

Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho.

**"Derechos Humanos: crítica a su consagración interna y
las consecuencias en el ámbito penal."**

Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales

Profesor Guía: Juan Ornar Cofre Lagos
Memorista: Marcial Edgardo Cofre Monsalve

Valdivia, Abril de 2005

Valdivia, 8 de mayo de 2005.

Señor
Director Instituto de Derecho Privado
y Ciencias del Derecho
Fac. Cs. Jurídicas y Sociales
Presente.

De mi consideración:

Me permito hacer llegar a usted el Informe de la Memoria de Prueba del señor MARCIAL EDGARDO COFRE MONSALVE titulada "Derechos Humanos: crítica a su consagración interna y las consecuencias en el ámbito penal".

Se trata de un trabajo de carácter general dedicado a historiar, de manera somera, el advenimiento de los derechos humanos como fundamento del orden jurídico en el mundo contemporáneo.

El autor hace alusión a las dos principales tendencias que pretenden explicar la emergencia de los derechos humanos en el mundo moderno y contemporáneo, esto es. el iusnaturalismo y el positivismo jurídico.

Después de algunas críticas al iusnaturalismo, el autor se decanta por el positivismo jurídico y considera que éste, especialmente en la obra de Bobbio, es el que mejor da cuenta de esta realidad jurídico-política.

En relación a este tema examina la aparición del concepto de "derechos esenciales" en la Constitución chilena de 1980 y concluye, después de un análisis, en realidad algo confuso, que la Constitución es fuente de confusión respecto de una mala intelección de lo que realmente son los derechos fundamentales en el orden interno del ordenamiento jurídico nacional.

Parece, digo, porque "no parece" tan claro que el autor responsabiliza a la Constitución del 80 -y especialmente al constituyente- de una ambigüedad en orden a la protección de los verdaderos derechos que son. según él, los derechos de la víctima, sobre todo en el plano del Derecho Penal.

Sostiene que en el Derecho Penal hay una "sensiblería" humanista que no traduce bien el verdadero interés de una sociedad por proteger las instituciones humanas y especialmente a la persona de la víctima. Sin embargo, los argumentos que utiliza no son del todo claro e "incluso", se puede decir que a veces contrarrestan la idea directriz según la cual los derechos humanos serían derechos esenciales e inviolables.

Lo mismo ocurre a la hora de tratar la Reforma Procesal chilena en donde no queda claro si, en definitiva, lo que realmente se debe hacer es proteger a la víctima -cosa que parece él deducir que no se hace- o bien al victimario, cosa que parece sugerir que se hace en demasía.

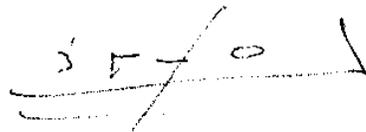
Sin embargo, en uno y otro caso los argumentos son, si no contradictorios, al menos parcialmente contrarios y, repito, confundentes.

Habría esperado un tratamiento más riguroso, más claro y más demarcativo entre protección de la víctima y del victimario a la luz de una buena teoría constitucional de protección de los derechos fundamentales.

La redacción, aunque en general es aceptable, tampoco es excelente e, incluso, se deslizan errores de redacción y de ortografía que he tenido que corregir.

Por todo lo cual sugiero se califique esta Memoria con nota 5.5 (cinco punto cinco).

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. O. C. Lagos', written over a horizontal line.

Prof. Dr. Juan Omar Cofré Lagos

1. Introducción

El desarrollo de los derechos humanos en el siglo pasado, especialmente luego de la segunda guerra mundial, y en nuestro país, luego del golpe de estado de 1973, ha creado una corriente de pensamiento cada vez convencida en una defensa a muerte de ciertas prerrogativas, deberes y derechos en sentido estricto, fundados en premisas de carácter absoluto. Una posición como ésta, crea un manto de incertidumbre respecto a los derechos humanos y su verdadero sentido y significado. Nuestra legislación interna no hace mucho por aclarar el panorama, más bien permite la confusión.

En una primera parte, trataré de dilucidar el concepto de derechos humanos, y los problemas que trae consigo el intentar dar un concepto. Como primer paso, se delimita el campo de acción para llegar a un concepto. Debe ser analizando el término junto a otros dentro de un campo semántico similar y así estableciendo los límites internos, para luego establecer la ubicación de los derechos humanos en el sistema positivo. El siguiente paso será formular un concepto, clasificando los tipos de definiciones y exponiendo algunas de ellas, dadas por diversos autores.

En el segundo capítulo, trataré el tema del fundamento de los derechos humanos, exponiendo las corrientes clásicas, además de un análisis de la postura de Norberto Bobbio, a la cual adhiero en gran medida. Su importancia, radica en que este autor critica la necesidad de encontrar un fundamento, realizando proposiciones concretas y muy interesantes, postura a la que por lo demás adhiero.

Un tercer capítulo sobre las bases, origen y evolución de los derechos humanos permitirá completar la visión global de éstos.

Por último, bajo el supuesto de tener un panorama más claro de lo que debemos entender por derechos humanos, entraremos de lleno en el análisis de la consagración interna de ellos, tomando como primer y más importante referente nuestra Carta Fundamental, realizando observaciones y objeciones, a la luz de una postura personal ya asumida. Luego se analizará la consagración de los derechos humanos en el ámbito penal,

más precisamente en nuestro sistema procesal penal, poniendo especial atención en la situación de víctima y victimario.

Concluye este trabajo con la exposición de las conclusiones, y la propuesta de lo que entiendo debe realizarse para lograr un sistema de protección y reconocimiento de derechos humanos que permita aplicar de manera más justa la normativa penal.

1. El concepto de derechos humanos

1.1 Delimitación

El concepto de derechos humanos no ha sido encasillado de manera precisa como una fórmula matemática que resuelva lo que el hombre común y corriente entiende al escuchar hablar de ellos. Es cierto que las palabras son en general multívocas, pero en este caso, se debe cercar el campo de acción del concepto de Derechos Humanos, de manera que podamos comprenderlos, enseñarlos, ejercitarlos, y lograr su afiatamiento en el nuevo Estado Constitucional de Derecho.

No es que exista un desconocimiento general de ellos, pero resulta ser de aquellos conceptos respecto de los cuales la gente dice saber entender qué es, más no explicarlo, lo que nos advierte la existencia de un sentimiento de autosuficiencia del término, que se explica así mismo, y que no hay nada que dilucidar al respecto, tal como al hablar de *razón*, o *idea*. Para autores como Antonio Pérez Luño¹ existen ciertos términos que son usados de manera general por la población, y que logran una gran difusión en un momento determinado, pasando a constituir verdaderos signos caracterizadores de las inquietudes sociales imperantes en una época, transformándose también en parte del patrimonio del lenguaje común. Tal cuestión ocurriría con los Derechos Humanos, inspirador del nacimiento de las nuevas instituciones políticas y sociales del siglo XVIII, pilar del pensamiento político del siglo XX, hasta hoy en día.

El problema que nos trae aparejado estos signos caracterizadores como el que nos ocupa, es el de su sentido y alcance, de las ambigüedades a que da lugar tal expresión, como la mayoría de los términos y definiciones que contienen altos índices de contenido ideológico, inspirados en distintas corrientes de pensamiento filosófico y/o religioso. Esta ambigüedad, se traspasa obviamente al ciudadano común, el que asocia estos conceptos a una idea general en cuanto al campo de aplicación práctica, de ahí que a mayor amplitud en

¹ Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1984, quinta edición 1995, editorial Tecnos, Madrid (1995) pág. 22.

la idea asociada, menor es el sentimiento de concepto dotado de obligatoriedad social, en otras palabras, la imprecisión en el significado al alargar o extender el uso del término *derechos humanos*, ha determinado una pérdida gradual de su significación jurídico-política, ganando terreno el aspecto emocional, ensalzado en algunas ocasiones por la doctrina imperante en épocas de crisis como la de la Post Guerra, provocando equivocidad y vaguedad, lo que a la larga nos hace encontrar siempre como excusa o impedimento a todo, aquellos o éstos Derechos Humanos.

Los problemas en la definición parecieran tener su origen en las delimitaciones lingüísticas del concepto, en el adecuado uso del lenguaje, de manera de poder precisar lo que se dice, eliminando aquellas ideas inútiles o ambiguas y cercando el campo para evitar equivocidades. En este aspecto, Jeremy Bentham², critica las declaraciones de los derechos del hombre realizando interesantes observaciones al respecto.

En primer lugar, para Bentham, palabras tales como ley, derechos, seguridad se emplean creyendo que existe un acuerdo tácito de ellas, sin darse cuenta de la multiplicidad de significados, por ello, al usarlas sin tener definido claramente su sentido sea ir de error en error. El lenguaje de la razón es difícil de aprender, menos seductor que el usado comúnmente, el que incluso es formulado de un modo oscuro y complicado de manera de seducir a los que se creen más sagaces, haciéndoles entender los términos más comunes de manera misteriosa.

En segundo lugar, señala Bentham que uno de los errores más comunes en el uso del término *derechos humanos* en las declaraciones, así como también en el lenguaje común, es confundir la función descriptiva con la prescriptiva, es decir, se le da el carácter de deber a aquello que sólo se encuentra en el plano del deber ser, produciéndose una contradicción entre la realidad y lo que son meras expectativas. Así, en la declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, artículo 1: “Los hombres nacen y se desarrollan libres e iguales en derechos”, no pasa de ser más que un objetivo y no una realidad práctica. Un ejemplo

² J. Bentham, *Anarquical Fallacies: being and examination of the declaration of rights issued during the French Revolution*, en works, ed. Bowring; se cita por reimpresión de Russell y Russell, New York, 1962, citado por Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1984, quinta edición 1995, editorial Tecnos, Madrid (1995) pág. 22.

más claro es el de la igualdad de clases y derechos, donde si se afirma que las distinciones sociales no nacen más que en la utilidad común, se comete un error, pues tales distinciones son claras en la práctica, donde no deberían existir; lo que en el fondo se hace, es un juicio de valor.

Por último, señala Bentham a quienes lo critican se analizar todo desde un punto de vista lingüístico, el uso de las palabras de manera incorrecta, utilizando sólo la bella retórica, no hace más que llevar al caos y al desorden, cuestión de suma importancia que se ve día a día al revisar nuestra historia político-social, donde existe una Constitución que reconoce como límite a la soberanía de la nación, aquellas normas que reconocen derechos fundamentales, sin explicar cuales y cómo. Con meridiana inteligencia observamos que muchos crímenes permanecen aún impunes, que vidas fueron sacrificadas con pretextos ideológicos que parecen ser más fuertes que cualquier declaración.

Para comprender un poco más el análisis lingüístico del término derechos humanos, es necesario conocer las limitaciones del término, que pueden ser internas y externas.

1.1.1 Límites internos

Los límites internos, se refieren a establecer las fronteras dentro de los cuales el término puede tener un significado específico, lo que se logra comparándolo con otros términos que pueden tener un significado próximo.

Así, podemos comparar desde un punto descriptivo, en relación con el uso común de términos a los que se les aplica un campo semántico parecido el término *derechos humanos*, como son vg. *derechos naturales*, *derechos fundamentales*, *derechos subjetivos*, entre los más importantes.

Respecto a la relación entre derechos humanos y derechos naturales, se ha dicho que los primeros son la prolongación de los segundos, sin embargo se replica señalando que en realidad entre éstos no hay nada sino una ruptura, desde que los derechos humanos son aquellos reconocidos por el hombre, y que le pertenecen por ser miembro de una sociedad, y no por el sólo hecho de ser hombres. De todas maneras, hay un cierto acuerdo en que gran

parte de la doctrina de los Derechos Humanos proviene de las doctrinas ius naturalistas, y que habrían sido llevadas a la práctica o al papel, perdiendo así su carácter de sacrosantos.

Entre derechos humanos y derechos fundamentales existe una estrecha relación. La expresión derechos fundamentales fue usada por primera vez en Francia alrededor de 1770, como antecedente de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, para continuar afianzándose en Alemania, como una expresión que dice relación con la positivación de los derechos humanos en las constituciones estatales. Por otro lado, se ha dicho que los derechos fundamentales dicen relación con la exigencia de la Filosofía a ordenar las ideas en torno a los derechos humanos. Pareciera que en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, se pudiera apreciar una diferenciación en los términos, más no es tal a la luz de su lectura. Hoy en día la diferencia radica en que se utiliza la expresión *derechos fundamentales* para referirse a el campo de aplicación interna, así como la de derechos humanos en el campo de las declaraciones y convenciones internacionales. Norberto Bobbio y Gregorio Peces-Barba prefieren hablar de derechos fundamentales, entendiendo por tales, los reconocidos por una norma jurídica válida, a diferencia de la expresión derechos humanos, que no es propiamente un derecho, sino una idea o argumento para darle validez a alguna prerrogativa que aspire a ser reconocida por el derecho.

Respecto de los derechos subjetivos, existe también ambigüedad, motivada por la imprecisión en su formulación en los diversos ordenamientos jurídicos. Todo esto torna difuso el momento de unión y separación con derechos humanos. Para algunos, derechos subjetivos es una expresión de todos los atributos de la personalidad, por lo que los derechos humanos no serían más que una subcategoría de aquellos, mediante los cuales se expresan y desarrollan las facultades de autodeterminación del individuo, dígame derecho al nombre, honra etc. Por otra parte, en su acepción técnico-jurídica, estos derechos se relacionan con prerrogativas establecidas en normas jurídicas para situaciones especiales, que podrían transferirse o estar sujetas a prescripción, lo que choca con el concepto anterior. Se replica con que existen derechos personalísimos que serían también inalienables e imprescriptibles, pero nuevamente existe contradicción ya que justamente

como se ha dicho, la posibilidad de renuncia o transferencia es lo que caracteriza a los derechos subjetivos.

Interesante es la posición Marxista, para la cual los derechos subjetivos no son más que prerrogativas burguesas destinadas a confirmar y asentar el derecho de propiedad. No deja de tener razón tal posición, desde que el progreso económico y capitalista en especial, exige en un mundo globalizado como hoy, el libre tráfico en cuanto a todo aquello susceptible de tener un rédito pecuniario. Así, existe un derecho de propiedad sobre el nombre, y es lícito usufructuar de él permitiendo su uso y lucrar con él. Esta crisis es la que aparta más los derechos subjetivos, de los derechos humanos.

1.1.2 Límites externos

En el caso de los límites externos, debemos necesariamente situarnos en un contexto histórico cultural, más que en un plano semántico o lexical. Esto, pues para poder situar a los derechos humanos con cierto grado de precisión, se requiere de elementos fácticos que más allá de un análisis puramente ideal, nos permitan contemplar su existencia, desarrollo y estado actual. En este orden de ideas, los derechos humanos poseen como antecedente inmediato, los derechos naturales, en la noción iusnaturalista racionalista.

Para algunos autores como Pietro Piovani y Rudolf Wiethölter, la doctrina de los Derechos Humanos nace definitivamente de la ruptura irrevocable de la doctrina clásica de la ley natural, derechos naturales objetivos, con la doctrina de los derechos naturales subjetivos, matriz de las libertades individuales y de las grandes declaraciones. Sin embargo, a entender de Pérez Luño, esto no es tan efectivo, ya que es desde el descubrimiento de América y de las nuevas civilizaciones, que autores como Fray Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria se esforzaron por reformular las ideas e instaurar un nuevo estatuto jurídico y moral que se adecuara al nuevo escenario, siendo su inspiración de corte profundamente naturalista. En el mundo anglosajón, las libertades inglesas fueron trasladadas al nuevo mundo reformulándose al tenor de las nuevas condiciones de las colonias, más el influjo del iusnaturalismo racionalista, fueron las

inspiradoras de las declaraciones de los derechos del hombre. Los derechos naturales ya no eran parte de un grupo determinado, sino parte del hombre, patrimonio de la humanidad.

Los autores recién mencionados, y en general los de los siglos XVII y XVIII, no pusieron los derechos subjetivos por sobre los objetivos, pero es obvio que los cimentaron y los trataron como un todo.

De acuerdo a lo anterior, resulta casi imposible no atribuir al derecho natural, el carácter de factor decisivo y delimitador de los derechos humanos, así tenemos por ejemplo a Tomás de Aquino, para quien la ley natural tiene el carácter de originaria, universal e inmutable. Originario, por su condición de innatos y su evidencia intrínseca; Dios ha puesta la ley natural en la mente de los hombres, y por ello es cognoscible. Universal, porque en sus principios es la misma para todos los hombres, tanto por su comprensión como por el conocimiento de ésta por todas las civilizaciones. Es inmutable, porque no puede ser borrada de los corazones de los hombres.

Resulta entonces casi obvio concluir que tales propiedades de la ley natural, han sido traspasadas en tanto cualidades a los derechos naturales subjetivos, y en definitiva, a los derechos humanos hoy en día, y no sin un resultado práctico, como es el de la legitimación de los poderes públicos, y el término de las arbitrariedades por parte de la autoridad, en donde todos estamos sujetos de la misma manera a la ley, y a aquellos principios que reconocemos como inalienables, inmutables, imprescriptibles como son los derechos humanos, por lo menos en el plano formal.

1.2 Formulación de un concepto

Es importante destacar los tipos de definiciones que podemos encontrar de derechos humanos, así tenemos la *tautológica*, que no aporta ningún elemento nuevo que permita desentrañar el sentido, vg. que los derechos del hombre son los que corresponden al hombre por el hecho de ser tales. Están las *formales*, que no especifican el contenido de los derechos, sino que los limitan a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto, vg. los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los

hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado. Las definiciones *teleológicas*, en que se recurre a ciertos valores últimos, no especificados, que a menudo tendrán diversas interpretaciones, vg. Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización. Se concluye que en ninguna de estas definiciones se puede llegar a precisar el verdadero sentido y alcance de lo que son los derechos humanos. Si bien pareciere ser la definición *teleológica* la más completa, esta peca de contener conceptos demasiado amplios y vagos, ¿qué se entiende por progreso social?, la discusión sería larga entre un capitalista y un miembro de Green Peace.

Para Salvador Vergés Ramírez, derechos humanos son: ³“Aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana, y que por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de aquellos que estén constituidos en autoridad”. Los elementos basales de esta definición son: el *reconocimiento*, el primer paso en el desarrollo de los derechos humanos, que significa aceptar la obligatoriedad de los mismos, tanto en lo teórico como en lo práctico, con un carácter universal, única manera de lograr la convivencia del hombre en sociedad. El *respeto*, mediante el cual se concreta el reconocimiento, a través de una postura activa que haga realidad, que concrete en la práctica los derechos humanos. Los desequilibrios económico-sociales existentes especialmente en países subdesarrollados nos demuestran que no basta con el mero reconocimiento de derechos, sin ir más lejos en Chile, uno de los dos países en Latinoamérica con peor índice de distribución de riqueza nos demuestra que no es suficiente una declaración de buenas intenciones y discusiones académicas si en realidad los poderes fácticos no hacen nada por la concreción de lo que se impone como norma de la más alta jerarquía. La *tutela y promoción*, dos aspectos importantísimos, el primero, referente a la protección de los derechos humanos, que incumbe en mayor medida a quienes ejercen el poder, pues son ellos los que deben velar para que las relaciones entre particulares, y entre éstos y el Estado se den en el marco del

³ Vergés Ramírez, Salvador, *Derechos Humanos: Fundamentación*, 1997, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 16

respeto de los derechos humanos. Por otro lado, la promoción, implica la verdadera intervención práctica de los agentes sociales en torno a los derechos humanos, requiriendo la intervención de los responsables, dígase autoridades en cada comunidad.

Para Pérez Luño, los derechos humanos son:⁴ “Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” La definición de Pérez Luño, que no deja de ser práctica y realista en todo sentido, nos quiere decir que los anhelos del hombre por alcanzar la equidad social en general, se refleja en cada episodio de la historia a través de declaraciones que refirman o hacen renacer la búsqueda de la libertad, como valor fundamental, y la igualdad, que en definitiva se funda en uno solo principio matriz, que da vida a los derechos humanos. Es la necesidad de poner un alto a los atropellos de quienes detentan el poder, lo que a través de la historia se plasma en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, la Declaración de Independencia Americana, hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por cierto que con esta definición no se hace una apuesta valórica importante a pesar de muchos, pero la idea es reflejar el uso otorgado a los derechos humanos a través de la historia, como son, y no como deberían ser.

Es así como el uso del término derechos humanos, se ha ido volviendo vago e impreciso, dependiendo en cada caso de lo que un autor en particular crea más conveniente a la doctrina que abraza. En este sentido, Agustín Squella Narducci señala:⁵ “..las posibilidades de una definición y fundamentación únicas para una clase de derechos que ha tenido un considerable proceso de expansión, resultan al parecer bastante problemáticas, desde el momento en que hoy es posible colocar bajo el mismo rótulo de derechos humanos a los llamados derechos básicos, a los derechos civiles y políticos, y, asimismo, a los más modernos derechos económicos, sociales y culturales:...” . Para Squella, los derechos humanos constituyen un concepto histórico, que se desarrolla continuamente sin que sea posible encasillarlos bajo un rótulo general.

⁴ Pérez Luño, Antonio E., op. Cit. en nota 1, pág. 48

⁵ Squella Narducci, Agustín, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1991, Edeval, Valparaíso, pág. 110

Diversas corrientes y posturas intentan explicar el fundamento de los Derechos Humanos. A las llamadas posturas clásicas, se suman otras que pueden encasillarse en términos generales dentro de estas corrientes, con más o menos matices, siendo las más modernas de gran interés, puesto que hablan ya con propiedad de los derechos humanos y su fundamentación.

2. El fundamento de los derechos humanos

2.1 Corriente Iusnaturalista

Si hay algo en que las diversas corrientes iusnaturalistas concuerdan, es en afirmar la existencia de unos postulados de juridicidad anteriores y justificadores del derecho positivo.

Un nuevo clásico de esta corriente, Jacques Maritain⁶, quien con una postura iusnaturalista sumida en el rechazo al totalitarismo Nazi de la Segunda Guerra Mundial, entiende al *hombre* como parte de la sociedad humana, pero trascendente a ella como persona propiamente tal. Hasta el momento no hay inconveniente, tampoco en cuanto a su visión del bien común, en cuanto a que es el bienestar que pertenece al todo y a las partes, no ya como conjunto de bienes individuales reunidos, ni como el bien del conjunto, considerado como un todo: la sociedad, que nos llevaría según él, al colectivismo o totalitarismo respectivamente. Entiende que es el bienestar de la comunidad, que exige el sacrificio de las partes en determinadas condiciones, y que contempla como requisitos esenciales la *redistribución* del bien común, la *autoridad* en cuanto se necesita de personas que conduzcan la sociedad para su orden, y la *moralidad intrínseca* del bien común, que se refiere a moralidad de vida, rectitud de vida, traducida en la aplicación de la justicia y la rectitud moral.

⁶ Maritain, Jacques, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Traducción Héctor Miri, primera edición 1945, Editorial Leviatán, Buenos Aires, 1982.

Es en el último requisito de Maritain, que se deje ver el idealismo al que por cierto no adhiero. Ciertamente que su proposición se enmarca dentro de una lógica de sentido común en un primer vistazo, sin embargo, caemos en el vicio eterno de recurrir a bases metafísicas que no encuentran más asidero que la conciencia del propio autor: ¿qué es justicia?, ¿a cuál moral se refiere?, ¿es la moral católica la correcta?

Ya que Maritain entiende los derechos humanos como aquellos que han sido *revelados*, más no creados e impuestos por el hombre, bajo su lógica cristiana-naturalista, quedamos con los mismos derechos que hoy se reconocen bajo la denominación de derechos humanos, los mismos que al parecer han existido siempre, y que sólo esperaban ser descubiertos. Se queda simplemente en la bella proclamación de tales derechos, su fundamento natural, y con el gran problema a cuestas que implica el vivir en una sociedad de Hombres y no de divinidades. ¿Es que acaso sólo Dios va a poder aplicar justicia en la tierra?; sin lugar a dudas es innegable el valor del trabajo de este autor, pero lo considero como un primer gran paso, que era necesario en el mundo de post guerra, más hoy se siguen cometiendo atrocidades y las posturas naturalistas sólo sirven para calmar espíritus idealistas.

Para Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, existen dos perspectivas generales de apreciación de la corriente iusnaturalista. La primera, que afirma la existencia de un orden normativo objetivamente válido, que sirve de criterio valorativo para los ordenamientos jurídicos positivos, es decir, la fundamentación de los derechos humanos se encuentra en este orden normativo anterior y superior al derecho positivo, de contenidos morales universales, generalmente de carácter absoluto, y ligados íntimamente a las creencias religiosas. El segundo punto de vista, agrega a la función de criterio valorativo para los ordenamientos jurídicos positivos, la de servir de criterio de valoración para la definición del derecho, es decir, va aún más lejos, pues la manera de pensar, la manera de explicar el derecho y la base axiológica corresponden a este orden normativo anterior y superior cuyas normas y preceptos parecen emanar de la tierra como agua de un manantial.

En lo que respecta al contenido de dichos valores, existe discrepancia dependiendo del momento histórico en que se hallan formulado, en el sentido de qué es lo que debe entenderse perteneciente a la naturaleza inherente al hombre.

Los presupuestos básicos de esta corriente se pueden exponer de la siguiente manera: Primero, la naturaleza humana, en cuanto universal, comprende a todos los hombres, sin distinción alguna por razón de raza, sexo, condición social o profesión religiosa. Todas las personas constituyen igualmente la naturaleza humana.

En segundo lugar, el origen de lo que atañe, por lo mismo a todas las personas ha de ser algo fundamentado necesariamente en la misma naturaleza humana. De lo contrario sería una incoherencia manifiesta a la universalidad del primer presupuesto. Los presupuestos tienen sentido en cuanto guardan su correlación recíproca entre sí, merced a su misma condición de tales.

Ligado a estos presupuestos, se encuentra el que el fundamento de los derechos humanos se halle en la naturaleza humana, y esto porque sólo la naturaleza humana está dotada de razón, a la vez que de libertad. Son éstas dos condiciones que la hacen acreedora a la suprema dignidad. Entendiendo además por ésta aquel valor intrínseco de la misma, merced a su propia condición.

Ahora bien, ¿Por qué la racionalidad confiere tal prestancia a la naturaleza humana?, bueno, porque sólo ella puede ser autoconciente, por una parte, y únicamente el carácter racional diferencia a esa naturaleza de la naturaleza animal, por otra parte. Por tanto, la inclinación natural a la sociabilidad viene de la mano con la racionalidad.

Esta autoconciencia, significa que el hombre es capaz de comunicarse consigo mismo en su ser más profundo, pues pronuncia la palabra mental para sí, como observó Platón. Pero además es capaz de comunicarse con los demás, produciéndose, aparte del monólogo, el diálogo, donde se entrelazan las ideas y pensamientos.

Es esta relación la más íntima, entre el carácter racional interno, y el social, lo que canaliza el derecho natural, que brota desde el interior del hombre y no de manera externa, señalan los iusnaturalistas, concurriendo en definitiva, hasta los derechos humanos, y sus correlativos deberes.

Más extremo, aparece el iusnaturalismo racionalista, que exagera en tal medida la dependencia foránea del derecho, que cae abusivamente en un oscuro pozo. Ya no es el hombre el punto de partida de la norma, sino que proviene del exterior, donde no se encuentra repuesta lógica, y donde existe un campo fértil a la retórica y la imaginación. La realidad humana no encuentra conexión con esta postura, perdiendo el hombre en definitiva su propia identidad.

Dos grandes autores representativos de esta corriente son Grocio y Hegel. Para el primero, los derechos humanos se cimientan sobre la naturaleza humana, que es universal, cuestión que pocos reclaman, sin embargo, agrega que esta naturaleza humana se encuentra corrompida, y es en ese punto donde caen las críticas en el sentido de que es ilógico respaldar los derechos humanos en algo que esté carcomido por dentro. De todas maneras, Grocio replica señalando que es de la divinidad de donde proviene la naturaleza humana, es desde ahí que nace limpia y pura, es decir, utiliza un argumento metafísico y abstracto que sirve de sostén a su teoría. Lo anterior, en razón de la situación histórica en que se formula la idea, en tiempos de Jacobo I de Inglaterra, el que defendía una postura absolutista, donde el poder bajaba directamente desde Dios al monarca. Los abusos cometidos con el pueblo hicieron de Grocio el altavoz de éstos, llevándolo a decir que es el pueblo el soberano absoluto de la sociedad, que recibe dicho poder del mismo hacedor de su naturaleza social: Dios.

Para Hegel, encasillado en la misma corriente, pero de diferente razonamiento que Grocio, los derechos humanos encuentran su fundamento en la libertad, desde la cual nacen todas las demás, especialmente la libertad personal, base de la libertad social, donde el derecho encuentra el terreno apropiado para desarrollarse. El problema es que la libertad es mirada por todos como un derecho, y en este caso se toma como fundamento. Hegel señala que la libertad es la sustancia y fin del derecho, basándose en tres postulados: Primero, la autodeterminación natural del espíritu, a la luz de la conciencia y la voluntad, en la línea de la tesis; luego, la antítesis, que es la oposición del espíritu respecto de sí, como una pugna contra sí mismo, debido a la riqueza que le desborda; y tercero, la síntesis dialéctica de los precedentes, que es el reencuentro del espíritu consigo mismo, como ser libre. Como

puede apreciarse, aparece la libertad como un concepto globalizador, pero que no se sostiene, ya que absolutiza todo sobre la base de una idea abstracta, también fuera de la naturaleza humana. En efecto, se pasa de la libertad personal, propia del hombre, a la libertad social, para culminar en la libertad del Estado, y en definitiva en la libertad universal, que simplemente es, sin encontrar una respuesta adecuada.

Una propuesta que parece más moderna y novedosa, es la de John Finnis, quien evita enfrentar o contraponer el positivismo jurídico para fundamentar los derechos humanos. Rechaza la idea que se tiene respecto a que sólo se busca identificar al derecho con principios morales anteriores y superiores. Este autor señala que se trata de principios a través de los cuales la razón práctica dirige la vida humana y social, con el objeto de alcanzar la realización de ciertos valores que constituyen el bien común. Lo interesante, es que se separa en cierto aspecto del absolutismo de las corrientes más cerradas del iusnaturalismo, que insisten en una verdadera predeterminación mística de los derechos, al establecer mayor libertad en los individuos para, mediante un proceso racional, buscar el bien común. El derecho natural entonces, es el mapa que sirve de guía para alcanzar la meta del bien común, constituye el conjunto de bienes que se le presentan al hombre como valores finales objetivos, para posteriormente determinar las reglas de razonamiento práctico para aplicar de manera más eficiente esos bienes. Para el desarrollo y obtención del bien común, es necesario un orden social con una autoridad respetada. Sin embargo, por novedosa que pareciera esta postura, se puede intuir que el vicio, mirado desde una simple lógica, es el mismo de todas las posturas iusnaturalistas: para Finnis, lo más importante será la capacidad del ser humano de descubrir aquellos bienes que se le presentan y desarrollarlos, es decir, volvemos a preguntarnos quién nos impone tales bienes o principios, y cómo descubrirlos. Por otro lado, si se utiliza un criterio práctico en la búsqueda de aquellos bienes, que debemos considerar anteriores al derecho ¿será un criterio absoluto o el de la simple mayoría?, ¿será el de la autoridad vigente?. Estas interrogantes son respondidas por Finnis señalando que la captación de los valores, principios o bienes, no se debe a simples intuiciones, sino que a reflexiones que reconocen a estos como obvios. Estos valores básicos son indemostrables, pero auto evidentes, que modelan el

razonamiento práctico y que no son sólo modos de procurar otros valores. El hecho de negar esta preexistencia de valores, implica discutir sobre ellos, demostrando así su validez. Salta a la vista el que nuevamente topemos con la naturaleza de aquellos valores, los que siguen teniendo un halo de misterio y oscuridad en cuanto a su determinación, de hecho, el propio autor, sin temor señala cuáles son a su entender los valores básicos: vida (que incluye la salud y los aspectos de la vitalidad que permiten al ser humano autodeterminarse, incluida la procreación), conocimiento, juego o disfrute, experiencia estética (creativa o no), sociabilidad o amistad, razonabilidad práctica (la capacidad de usar la inteligencia para escoger las acciones y el estilo de vida y modelar el carácter), y religión.

Utilizando la razonabilidad práctica, cuyos requisitos también se encuentran determinados, Finnis extrae de los bienes o valores básicos, valores morales aplicables a la norma jurídica, a través del siguiente proceso: 1) obtención de un primer principio de la moral, una vez constatado que los actos moralmente correctos responden mejor que los incorrectos al primer principio de la razón práctica; y 2) obtención de normas morales específicas a partir de ese primer principio moral, ya sea directamente, o con la intervención de normas morales intermedias, que serían las exigencias o requerimientos de razonabilidad práctica.

Las ideas de Finnis a mi entender, representan las ansias por mantener el sitial sacrosanto de aquellos derechos llamados fundamentales, y su superioridad metafísica. Para ello, utiliza elementos prácticos, llamados criterios de razonabilidad, para explicar simplemente que el hombre se mueve por influencias externas, y que de acuerdo al resultado obtenido al realizar una conducta motivada, evalúa si hay o no beneficio. Si dicha conducta generalmente es beneficiosa o no destructiva, le asignará una valoración mayor, y por ende mayor protección. A estos valores, Finnis otorga el carácter de bienes básicos, de manera totalmente arbitraria, pero no por ello menos certera y elogiada. El punto de conflicto es que tales valores no son anteriores o absolutos, sino relativos, y será la costumbre la que los determine, dígame valores, como conductas o hipótesis de hecho con mayor grado de aceptación y beneficio general.

Como puede apreciarse, el razonamiento iusnaturalista intenta explicar el por qué de los derechos humanos, desde el punto de vista lógico, con un orden que casi no deja lugar a dudas, salvo por la eterna crítica: Quién, Cómo y Por qué impone esta ley natural, y de qué manera debe ser aceptada, si no es a través de su consagración social, y no puramente ideal.

2.2 Corriente Positivista

Como ya se ha adelantado, radicalmente opuesta es esta corriente doctrinaria. Para el positivismo, la norma jurídica, se identifica con aquellas que se encuentran legalmente establecidas. Cualquier intento por encontrar un fundamento más allá de lo positivo, o una valoración anterior al derecho, corresponde a una posición metafísica e inaceptable objetivamente hablando.

El derecho, es un conjunto de normas de conducta, que tienen la característica especial de estar respaldadas por un sistema coactivo, organizado y reglado. Por este motivo, los derechos humanos, sólo serán derechos en la medida en que se entiendan incorporados al ordenamiento jurídico vigente, y tengan el respaldo coercitivo correspondiente, y por ende validez. Por otro lado, el fundamento de los mismos debe encontrarse en el mismo ordenamiento, y no en otra parte.

Uno de los más representativos exponentes fue Bentham, quien puso de manifiesto la incongruencia que entrañaba la exigencia de unos derechos anteriores al Estado. Donde no existen leyes positivas, no hay ningún Estado ni derecho alguno, señalaba, ya que para poder definir esos derechos naturales, hay que recurrir inevitablemente a la ley positiva. Bentham criticó ácidamente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, al decir que aquellos que defendían los pretendidos derechos atribuyéndoles el carácter de jurídicos, no hacían más que propagar la anarquía, la desobediencia social y exaltar los ánimos con el fin de no respetar la ley en nombre de aquellos derechos.

Para otro positivista de envergadura, como Austin, los derechos naturales no eran más que un sector dentro de las reglas de la moralidad positiva. Eran ciertos sentimientos

sociales que en definitiva se podían o no plasmar y aplicar, es decir, de todas maneras adquirirían validez al momento de ser reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Una postura moderna y novedosa, es la de Gregorio Peces-Barba, llamada *dualismo*, según la cual, es preciso integrar la filosofía y el derecho positivo de los derechos humanos, para una correcta comprensión de estos. Este autor sostiene que a pesar de la raíz moral de muchos derechos fundamentales, su validez y explicación como tales sólo nace con la positivación de los mismos, momento en el que es posible (y necesario) aplicar criterios morales y éticos para su aplicación, y no antes. De esta manera, se mantiene la independencia teórica de ambos ámbitos, haciendo presente la íntima relación que mantienen. Es por ello que es perfectamente posible afirmar que la fundamentación de los derechos humanos, la encontramos en dos campos, el de la moral, y el del derecho positivo, pasando a llamarse en este último caso derechos fundamentales, para darle la connotación positiva, de validez jurídica, según decir de Peces-Barba. Sin embargo, esta postura no se encuentra fuera de críticas. En efecto, el problema nace al momento de conjugarse ambas áreas de fundamentación, pues para el positivista, los derechos humanos encuentran su fundamento inmediato en el reconocimiento jurídico. Parece entonces que el fundamento último lo da la moral, pero si así fuera, quiere decir que no es necesario el reconocimiento jurídico para entender que los derechos humanos existen. Por otro lado, si derechamente entendemos que no hay más derechos humanos que los reconocidos positivamente, nos quedaremos con que sólo existen premisas o exigencias de índole valórico, que en algún momento son tomadas e incorporadas al ordenamiento jurídico, ya por costumbre, por decisión de la autoridad u otra circunstancia de necesidad social, pero que no pueden constituir fundamento pues este sólo se concibe desde que pertenece al sistema jurídico. La crítica entonces surge, a raíz de que no es objetable señalar la calidad jurídico-moral de los derechos humanos, sino el que el origen, el por qué, sea jurídico y moral, cuestión que los dualistas como Peces-Barba niegan. De todas maneras la postura dualista es útil pues ambas campos de fundamentación (igualmente legítimos) unidos responden de manera más certera y real que actuando por separado. Así la crítica al problema de la fundamentación

positivista podemos resumirla en palabras de Joaquín Rodríguez-Toubes⁷: “El positivista puede estar convencido de que hay base moral suficiente para justificar la existencia de cierto derecho (es decir, puede admitir que está fundamentado en el contexto moral), pero si tal derecho no está admitido jurídicamente, negará que esté fundamentado en sentido genuino. Esto es, negará que exista como derecho. Decir en este caso que dicho positivista tiene un enfoque dual de la fundamentación, de modo que es coherente que simultáneamente la aprecie en un aspecto (el moral) del derecho humano cuestionado y no en otro (el jurídico), encubre que en definitiva ha negado que tal derecho estuviese fundamentado. Y lo ha negado en definitiva porque así se lo exige su interpretación de lo que es genuinamente fundamentar”.

Necesario, aunque parezca majadero, es preguntarse: ¿Y quién decide el contenido del contexto moral?. Necesario es también recordar, que dicho contexto sólo adquiere validez y fuerza, al momento del reconocimiento positivo, las discusiones sobre cual deberá ser derecho o no, tendrán la trascendencia que les dará a futuro el reconocimiento del ordenamiento jurídico, y no otro.

2.3 Tesis histórica y jurídica

El objetivo perseguido por esta tesis es la que le da su nombre: Es la historia la que va creando y determinando el nacimiento, evolución y configuración actual de los Derechos Humanos, y por ende, sólo a la luz de ésta, se pueden fundamentar tales derechos.

Lo anterior parece de Perogrullo, pero no deja de tener una atractiva acertividad, ya que los Derechos Humanos son en la mayoría de las ocasiones, producto de reivindicaciones sociales que han tenido reconocimiento jurídico posterior. En este orden de ideas, es claro que lo que tiene categoría de derecho fundamental en una época, puede no serlo en otra y pasar al olvido. Los ejemplos resultan bastante aclaratorios, a recordar, la esclavitud que era algo normal hace unos siglos atrás, así como los derechos y libertades

⁷ Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, “La Razón de los Derechos, Perspectivas Actuales Sobre la Fundamentación de los Derechos Humanos”, editorial tecnos Madrid, primera edición, 1995, pag. 137-138.

políticas, restringidas para unos pocos hace unas décadas, y parte del ramillete de derechos básicos hoy en día, para qué hablar de los derechos de carácter económicos, educación, religión etc.

Ligada estrechamente a la anterior se encuentra la tesis jurídica, que señala que es la codificación el punto de partida de los Derechos Humanos, fundándose en la soberanía del pueblo, básicamente explican que las leyes son la expresión viva de la voluntad del pueblo, dado que elige a sus representantes; las leyes en ese sentido son el reflejo jurídico de dicha voluntad soberana, las cuales obligan a su cumplimiento dado que poseen fuerza coactiva dado su carácter de norma jurídica.

El hombre, como ser político por naturaleza, se ha asociado para constituir una sociedad civil organizada a través de poderes legislativos, judiciales y ejecutivos. Por esto es que la codificación constituye el ejercicio ordinario de soberanía del pueblo. El consenso entonces es la norma última que fundamenta los Derechos Humanos.

2.4 La tesis de Norberto Bobbio

La propuesta de Bobbio me ha parecido una de las más claras y objetivas, pecando de no ser un filósofo erudito en el tema, pero conociendo el valor asignado a los llamados derechos humanos como hombre de leyes que pretendo ser, y por lo mismo, intuyo o creo compartir esta postura, la que veo como más razonable y con el pragmatismo suficiente como para crear normas verdaderamente eficientes y con mayor libertad, sin sujeciones valorativas, que en nuestro país rayan en un apego religioso de principios de siglo pasado.

Entrando derechamente en materia, el iusfilósofo dirige sus dardos hacia el fundamento absoluto de los derechos humanos, dando por hecho que para los iusnaturalistas, no hay discusión, es decir, son absolutos.

Bobbio plantea su posición a través de tres temas: 1) cuál es el sentido de plantearse el problema del fundamento absoluto de los Derechos Humanos, 2) si el fundamento absoluto es posible, y 3) si es posible, es también deseable que así sea.

Respecto al primer punto, el problema del fundamento absoluto es diferente si se trata de buscar el fundamento de un derecho que se tiene o de un derecho que se debería tener. Para el primer caso, se debe buscar en el ordenamiento jurídico positivo, debe tratarse entonces de una norma válida que reconozca tal o cual derecho. En el segundo caso, habrá que encontrar buenas razones para tener por legítima dicha norma, y así lograr su consagración positiva, influyendo en la sociedad, y en definitiva en aquellos que detentan el poder. Bobbio no elude la importancia de los derechos humanos, y es por ello que da por sentado que son deseables, y representan fines merecedores de ser perseguidos. No obstante, no parece correcto insistir en buscar un fundamento a la elección que tomemos de estos derechos, en vías también de uniformar el criterio a nivel mundial, pues esto, según el autor, no es el medio adecuado para obtener un reconocimiento más amplio.

Esta búsqueda de la fundamentación de los derechos humanos, es la que según Bobbio, produce la ilusión del fundamento absoluto, que termina de una u otra manera con encontrar las razones y argumentos, llamados por él *irresistibles*, a los que nadie podría negarse aceptar, según señala:⁸ “El fundamento absoluto es el fundamento irresistible en el mundo de nuestras ideas, del mismo modo que el poder absoluto es el poder irresistible en el mundo de nuestras acciones. Frente al fundamento irresistible se pliega necesariamente la mente, así como al frente del poder irresistible se pliega necesariamente la voluntad. El fundamento último no es ulteriormente discutible, así como el poder último debe ser obedecido sin discusión. Quienes resisten al primero se colocan fuera de la comunidad de las personas racionales, los que se rebelan frente al segundo se colocan fuera de la comunidad de las personas justas o buenas”.

Las palabras de Bobbio no dejan de agradar, desde que de manera muy firme y delicada, hecha por tierra el autoritarismo naturalista en su insistencia de proclamar tales o cuales principios sin más que derivarlos de la naturaleza del hombre. Muchos de estos llamados derechos fundamentales, no encontraban más aceptación que en las mentes de quienes los proponían, y muchas veces, las respuestas y soluciones para un mismo

⁸ Bobbio, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*, Traducción Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, 1991, Madrid, pág. 54.

problema práctico, eran igualmente satisfactorias y acordes con la naturaleza del hombre. En síntesis, la importancia de plantearse el problema en cuestión, esta dada por el hecho de darnos cuenta que los derechos humanos debemos entenderlos como deseables socialmente no por una cuestión valórica, sino por una cuestión práctica.

Para la pregunta de si el fundamento absoluto es posible, Bobbio plantea cuatro dificultades: La primera, ya planteada por otros autores como Carlos Santiago Nino, Pérez-Luño o Peces-Barba, dice relación con la expresión *derechos humanos*. El autor en comentario, señala que la mayoría de las definiciones son tautológicas, no encuentran soluciones, sino que llegan al mismo lugar, por ejemplo: *derechos humanos son los que pertenecen al hombre en cuanto hombre*, o establecen la jerarquía de tales derechos sin hablar del contenido: *derechos humanos son aquellos que pertenecen, o deberían pertenecer, a todos los hombres, o de los que ningún hombre puede ser despojado*, por otro lado, cuando se trata de darles el contenido se hace referencia a términos de valor: *derechos humanos son aquellos cuyo reconocimiento es condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana o bien para el desarrollo de la civilización*. Sobre esta última clase de definiciones, la crítica es lógica, por cuanto las valoraciones morales van de la mano de la ideología que adhiera quien las proponga. Es claro que no es lo mismo el valor que se le asigne a *libertad* en la cultura occidental, que en la musulmana, y siendo más restrictivos, la valoración cambia de una sociedad a otra, de un país, de una región, etc. Este problema se nota con mayor facilidad a la hora de aplicar aquellos derechos llamados fundamentales.

No es posible en consecuencia elaborar un concepto claro de derechos humanos, ni obviamente determinar su fundamento, puesto que no se tiene una noción precisa de que se trata.

Una segunda razón, es lo imposible que resulta darle el carácter de absoluto a un fundamento de derechos que a través de la historia han sido relativos. Es patente el hecho que lo que fue considerado un derecho fundamental, inalienable e irreductible en una época, deja de serlo con el paso del tiempo, y más precisamente, con la evolución política, económica y social. Concluye el autor, que el mal mirado relativismo, resulta ser lo que

existe, y lo más sano. Comparto esta visión, desde que el hombre como ser racional, evoluciona, en el sentido de perfeccionar las ideas, buscando siempre la mejor solución, lo que no implica que esta en realidad resulte efectiva y positiva para la sociedad, eso ya es otra cosa, dificultad natural a la que no han escapado ni siquiera los hoy considerados derechos humanos.

Agrega el filósofo, que además los derechos humanos son heterogéneos, existen entre ellos distintas pretensiones, e incluso muchos resultan contradictorios. Más que hablar de fundamentos de los derechos, se debiera hablar de las razones que esgrime uno u otro para defender tal o cual posición. Esto se ve con claridad si revisamos el catálogo de derechos que existe en nuestra propia Constitución: derechos sociales que son limitados o restringidos, derecho a la libre expresión supeditados a otros derechos, derecho a reunión también supeditados, libertad de conciencia, libertades que son supeditadas a decisiones políticas como los estados de excepción constitucional, en los que ante la existencia de situaciones anormales extraordinarias (según criterios políticos), se deben tomar las medidas para modificarlas y volver al estado de normalidad, señalándose eso sí, que dentro de las facultades existentes en los estados de excepción que en ningún momento se puede suspender la vigencia de los derechos humanos. Únicamente es posible una restricción en su ejercicio sin llegar a eliminarlos, negarlos o derogarlos, creándose una verdadera nebulosa respecto de si se niegan o se restringen. En estos casos se supone que es el orden público el principio primordial, el derecho del conjunto, por sobre el individual. Incluso respecto de aquellos derechos sobre los que hay mediano acuerdo en su superioridad, como la vida y la integridad física, a la hora de poner en práctica dicha superioridad, se produce el conflicto, como es el caso de una mujer embarazada cuyo hijo que esta por nacer pone en peligro su propia existencia. Es imposible que derechos con eficacia distinta, tengan fundamento absoluto. Bobbio hace referencia a dos categorías prácticas de derechos, los privilegiados, que no concurren o son puestos frente a otros con el objeto de realizar una elección, que son los menos, y aquellos que se ven expuestos a ser dejados de lado por otro derecho similar, o uno privilegiado. Respecto de los primeros, podría criticarse que ya se hace un juicio de valor, contradiciendo lo expuesto, más puede replicarse que ello no es

malo, desde que la asignación de autoridad de uno u otro es el resultado del proceso de concientización social, sobre los que existe mayor consenso en cuanto a su protección.

De lo anterior, salta la cuarta razón esgrimida por Bobbio, el que estas dos categorías de derechos se contrapongan, el problema de las antinomias, dando como ejemplo el que las declaraciones de derechos humanos comprenden tanto derechos individuales, llamados libertades, como derechos sociales, llamados poderes, los que no pueden desarrollarse en paralelo, pues la realización de unos impide la de otros. Cuanto más poder tengan los individuos, más se restringen las libertades de los mismos. Las palabras del filósofo son decidoras:⁹ “Los dos principales argumentos para introducir algunas libertades entre los derechos fundamentales son: a) la irreductibilidad de las creencias últimas; b) la creencia de que el individuo podrá prosperar moralmente más y promover también el progreso material de la sociedad cuanto más libre sea. De estos dos argumentos el primero es, para justificar la exigencia de nuevos poderes, irrelevante, y el segundo se ha revelado históricamente falso.”

Respecto a si es deseable este fundamento absoluto, para el caso que se entienda que sí lo son, Bobbio plantea que se cae por sí misma la segunda ilusión del iusnaturalismo. Ya que estima que es una ilusión el intentar demostrar que existen valores últimos (que por ser tales no tendrían fundamento, sino que simplemente son), con mayor razón es imposible la realización de los mismos, como quedó demostrado especialmente con el problema de las antinomias. Las razones precisas son: primero, nadie puede decir que los derechos humanos han sido más respetados en aquellas épocas donde existía un acuerdo mayoritario en el fundamento irrefutable. En segundo lugar, a pesar de la crisis en los derechos humanos, en los últimos años se ha logrado un consenso casi global en torno a ellos a través de grandes declaraciones. Esto no quiere decir que exista un consenso respecto del fundamento último, sino que existen buenas razones para codificar y determinar cuáles prerrogativas tendrán una protección y reconocimiento especial, a la luz de situaciones o circunstancias que lo ameriten, como fue el caso de los genocidios en la Segunda Guerra Mundial. Es por ello que no es necesario buscar más razones y proclamarlas como inherentes a la persona

⁹ Id., pág. 59.

humana, como si siempre hubieran existido en nuestro subconsciente a la espera de ser descubiertos estado en discusión el tema del fundamento. En definitiva, no resulta deseable un fundamento absoluto, pues la historia demuestra que son los avances tecnológicos, industriales, el progreso el que hace pensar en proteger tal o cual relación, dando origen a derechos y deberes, que por cierto no son inmutables. Bobbio concluye:¹⁰ “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político.”

3. Origen y consagración de los derechos humanos

3.1 Bases y gestación

Ya en la época dorada de Grecia, filósofos como Aristóteles se planteaban el tema de la naturaleza del hombre, esbozando al menos la idea de que no todos los hombres nacen iguales, al menos en naturaleza, ya que algunos nacen libres, y otros dependientes de aquellos. Sin embargo, tal dicotomía, dice relación con la inteligencia de cada cual, en el sentido que algunos nacen para gobernar, y otros para ser gobernados. Posteriormente, siempre avanzando en el encuentro de lo que hoy medianamente entendemos por derechos humanos, el sistema filosófico de la Estoa estableció que todos los hombres participan de la razón común, evocando una inteligencia universal propia del hombre, y que se destaca de mejor o menor manera en cada uno, en la medida que esté dotado de dicha virtud. La importancia de esto último, estriba en que de ahí nace la idea de igualdad, o el germen a lo menos. En el mismo grado de avance, aparece Séneca, quien dirá que todos los hombres, libres o esclavos, participan de este valor divino, la inteligencia, la libertad, y que situaciones como la esclavitud no son más que impedimentos corpóreos, que no afectan la calidad de persona: “*El hombre es una realidad sagrada para el hombre*”, dirá en definitiva. A pesar del avance, el estoicismo encuentra grandes dificultades, al carecer de un concepto claro de persona que permitiera separarlo del concepto de naturaleza. Fue San

¹⁰ Id., pág 61.

Agustín quien supo diferenciar la persona de la naturaleza cosmológica, como primer paso para esbozar el camino hacia el sentido genuino de los derechos humanos, pues el hombre no se pierde en la naturaleza, al modo de una gota de agua en el mar. El hombre no se pierde en el mundo, no es una simple parte del universo, sino antes es un ser racional y libre que lo preside; justamente por eso el hombre pertenece a la naturaleza, muy superior a la cósmica. Así, San Agustín lograba situar al hombre en el centro del universo, posesionándolo como único sujeto digno de derechos, digno de asociarse y de formar comunidades de intereses, en definitiva, el santo logró cristalizar la configuración progresiva del sentido de los derechos humanos.

Es así como en el medioevo europeo, nacen varias cartas y franquicias, que en uno y otro sentido establecen y reconocen por vez primera, derechos como la libertad, derecho a la vida, a no ser detenido sin causa justificada, libre elección del domicilio y su inviolabilidad.

Dentro del proceso de positivación, son estos pactos o cartas las que agruparon estos derechos, reconociéndolos como fundamentales, entre la que encontramos como la más importante la Carta Magna de 1215, la que ha alcanzado mayor trascendencia a través del tiempo, contrato suscrito entre el rey Juan y los Obispos y Barones de Inglaterra, en el que se les reconocían ciertos privilegios feudales, pero que en definitiva se tradujo en un factor primario para el desarrollo de las libertades públicas inglesas, y europeas en general.

La importancia de este documento, de tipo contractual y privado en un principio, radica en tres rasgos caracterizadores: Primero, el fundamento iusnaturalista que subyace a la carta. Los principios o ideas invocadas, no pertenecen sino a la tradición consuetudinaria, fruto del reconocimiento paulatino de derechos inherentes al hombre, suponiendo entonces, una especie de derecho preexistente, superior, al cual recurrir. En segundo lugar, en cuanto a la titularidad de los derechos, que se confieren a ciertas personas por pertenecer a clases determinadas, con plena identificación de las acciones y circunstancias en que se aplica. Se trata entonces de una declaración histórica, estamental y circunstanciada, pero con insospechadas fértiles consecuencias. Por último, en tercer lugar, respecto de la naturaleza jurídica contractual del pacto, el que sin perjuicio de encontrarse dentro del marco del

derecho privado, fue estatizándose cada vez más, debido a la pérdida de poder de la clase feudal, y el nacimiento del burgo y de la representación popular, de algún modo, a través de los parlamentos y otros órganos de representación. Fueron entonces esos nobles y justos derechos invocados para unos pocos, los que entraron en las conciencias de los hombres y los hicieron suyos, para aplicarlos a toda la sociedad.

Los derechos humanos, en el marco que actualmente los reconocemos, con mayor o menor precisión, nacen de un acontecimiento histórico como es el descubrimiento de América en el año 1492. No es que con anterioridad los derechos del hombre no existieran, o simplemente no se reconocían, sino que el cuestionamiento racional no se había realizado, sino a la luz de nuevas civilizaciones, de nuevas formas de vida, colores de piel y tradiciones, que hacían creer al ego centrista hombre de la época en estar frente a seres inferiores, cuestionándole la calidad de seres humanos, fundamentalmente, su condición de seres racionales y libres, naciendo un despotismo exacerbado por las riquezas que se podían obtener.

En aquella época, quien propinó un duro golpe a la conciencia, fue Francisco de Vitoria, señalando que los derechos humanos, no son un producto humano, sino una realidad inscrita en la naturaleza del hombre, que su razón descubre. Vitoria defiende los derechos de los indígenas, contra argumentando a quienes sostenían que éstos carecían de raciocinio, haciéndoles ver que su inteligencia era tan o más avanzada que la occidental, con estructuras de poder definidas, orden social, ciudades especialmente diseñadas etc. Así, el sentido de los derechos humanos parece redimensionarse, a nivel universal, pues no cabe en tales derechos excepción alguna, por razón de raza, lugar, sexo, ni condición social. La excepción es incompatible con la propia índole de los derechos humanos. Este gran salto, determina que la diversidad de culturas no es obstáculo para el alcance universal de los derechos humanos, por el contrario, establece que el hombre detrás de tales derechos, es el mismo sea cual sea su origen, que es un ser hecho para la libertad, porque esta dotado de razón humana. A pesar de lo anterior, no es menos importante el grado de desarrollo de los pueblos, pues será éste el que le dé un mayor o menor grado de reconocimiento social a los derechos humanos, los que de todas maneras, no se ven afectados en su contenido

sustancial; sin embargo, no hay que caer en el error de confundir lo que es la comprensión y asimilación que los pueblos tienen respecto a tales derechos, con el actuar de sus miembros, siendo lo primero un juicio de valor, y lo segundo, la manera de conducirse del hombre. A decir de Tomás de Aquino¹¹: “Aún en los grados más bajos de la civilización, algunos actos se experimentan inmediatamente como destructores de la cohesión social, y, por ello, como opuestos a la naturaleza humana”.

Ya en el siglo XVI, el Papa Paulo III en su Breve, defendió los derechos de los Indios, refrendando la misma idea posteriormente en otro documento llamado Veritas Ipsa, imponiendo penas para los detractores de tales ideas. Finalmente, se codificó lo expuesto en su decreto Novis Legibus, defendiendo los derechos de las personas en su doble dimensión, como ser libre, y el correlativo derecho a poseer, así como también condenando la esclavitud y el expolio de los bienes fundándose en la dignidad del hombre.

3.2 Nacimiento de los derechos humanos

En esta fase de la evolución de los derechos humanos, nos encontramos con la positivación de los mismos, por las garantías que amparan estos derechos. Es así como este proceso llega a su etapa de pragmatización, donde ya no se trata de simples formulaciones dejadas al cumplimiento de buena voluntad.

Sin lugar a dudas, fue la declaración de independencia de los Estados Unidos de América, y posteriormente, pero más valiosa, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en plena revolución francesa, que se puede hablar de un reconocimiento más o menos expreso de los derechos humanos. A finales del siglo XVIII la estructura social de Francia seguía siendo esencialmente aristocrática: conservaba el carácter de la época en que la tierra constituía la única forma de riqueza social y, por tanto, confería a quienes la poseían el poder por sobre aquellos que la cultivaban. La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789), es una declaración compuesta de 17

¹¹ Citado por Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1984, quinta edición 1995, editorial Tecnos, Madrid (1995) pág. 105.

artículos y precedida de un preámbulo, cuyo texto fue aprobado por los miembros de la asamblea constituyente francesa del 17 al 26 de agosto de 1789. Influyó en ella la declaración de independencia de los Estados Unidos de América. (4 de julio 1776) y de los otros seis estados americanos de 1777 a 1784, así como el pensamiento filosófico de Rousseau y Montesquieu entre otros pensadores del siglo XVIII. Se pretendía crear una declaración de principios de validez universal. Sin embargo, era, en gran parte, una obra redactada por y para la burguesía. En el preámbulo, se introducía a la problemática de la importancia de los derechos humanos, de la siguiente manera: "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido y el desprecio por los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos...". Se definía los derechos naturales del hombre que, según el art. 2, eran imprescindibles. Entre ellos se admitían solo derechos civiles; en primer lugar, la libertad (art. 1 y art. 2), en sus diversas formas: individual (art. 7, art.8 y art. 9), de pensamiento (art. 10 y art. 11), de prensa (art. 11) y de credo (art. 10). Se fijada como límite de esta libertad el ejercicio de derechos análogos por los otros miembros de la sociedad (art. 4 y art. 5); se ve reforzado el carácter intangible de la propiedad (art. 2 y art. 17), y se instituía una fuerza pública que velara por la seguridad de los ciudadanos y de sus bienes.

Nace entonces, el uso de la coacción para proteger y hacer respetar los derechos humanos. Los derechos del hombre necesitan que la autoridad competente garantice su puesta en práctica. No es entonces una cuestión privada, sino de incumbencia social, pues de nada serviría tratar de fundamentar y potenciar estos derechos sin que sean garantizados a nivel social.

Es así como el uso de la fuerza en la protección de los derechos humanos aparece como el símbolo de su nacimiento, no sin algunas dificultades. En efecto, el uso de la coacción implica la limitación de la libertad del hombre, pero esta aparente discrepancia en los conceptos, encuentra su respuesta en la búsqueda de la viabilidad de los derechos del hombre; estos no pueden tener valor y vigencia en ninguna esfera sino a través del ejercicio

de la autoridad competente, quien es el único que puede sancionar la legalidad de tales derechos, y exigir su cumplimiento.

Resulta gravitante el uso de la fuerza en la protección de los derechos humanos, y más aún resolver hasta dónde puede y debe llegar el sentido coactivo a favor del cumplimiento de las obligaciones derivadas de éstos derechos. Sería irrisorio establecer normas que protejan los derechos humanos y no sancionar, o hacerlo de manera liviana, así como totalitarista poner una carga excesiva que transforme al Estado, en un órgano de terror.

3.3 Positivación

Hemos visto cómo el reconocimiento de los derechos humanos por parte de las autoridades, dígame monarcas, fue el punta pié inicial en el nacimiento de los mismos, en la medida que tales derechos fueron dotados de vigencia, y poder coactivo.

Ya en el siglo XVII se asoma con fuerza el proceso de positivación, con la reformulación de la Carta Magna, en la que se estableció en definitiva la aplicación de esta para todos los ciudadanos, incluyendo además más libertad para éstos. Se abre paso entonces a un nuevo proceso, dentro de la misma positivación, cual es la Constitucionalización de los derechos humanos, la que supone un importante cambio, a saber: Se abandona la justificación histórica consuetudinaria de los derechos, para abrir paso a la legitimación iusnaturalista, la que de todas maneras racionaliza el fundamento. En cuanto a la titularidad de los derechos, se hace extensible al común de los ciudadanos, sin distinción de clase social, por lo menos en términos generales. Por último, respecto a la naturaleza jurídica de las declaraciones, se establecen ya con el carácter de públicos, normando en mayor o menor medida dichos derechos, articulando o enumerando grandes postulados.

A partir del siglo XVIII, se considera como fundamental del régimen liberal reservar al poder constituyente, en cuanto titular de la soberanía popular, la potestad de fijar

los derechos básicos de la convivencia social, ya sea a través de su formulación en preámbulos de declaraciones, o bien en su articulado.

Es necesario analizar previamente, los problemas a que esta sujeto la positivación a nivel constitucional, que es lo que nos interesa.

Hay que advertir, en primer lugar, que en el desarrollo de la protección de los derechos humanos, se han empleado dos sistemas de positivación. De acuerdo con la doctrina Alemana, se distingue entre el sistema de la *lex generalis*, esto es, el enunciado de grandes principios tales como la libertad, la igualdad, la dignidad humana etc, del sistema de *leges speciales*, que proclaman unas libertades o derechos más concretos como la libertad de pensamiento, de prensa, de conciencia etc. También se ha realizado una clasificación tripartita atendiendo a la posibilidad de sistemas de positivación por *cláusulas generales*, equivalente al método *lex generalis*; *casuístico*, que corresponde al sistema de *leges specialis*; y *mixto*, sistema empleado en aquellas constituciones que tras el enunciado de los grandes principios o postulados sobre los derechos fundamentales, generalmente llevados a cabo en el preámbulo del texto constitucional, pormenorizan en el texto articulado de la constitución, la lista de los derechos principales y fundamentales de los ciudadanos.

La distinción precedente, no carece de relevancia, desde el momento que aquellos sistemas que proclaman principios fundamentales, que luego son desarrollados de manera más o menos extensa y concisa, encuentran en este hecho la calma y certeza de saber a que atenerse, mientras que el sistema de proclamación de postulados reflejo de determinadas posturas filosófico-políticas, sin detallar el contenido, caen en el conflicto desde que se hace necesario llevar a la práctica dichos principios. Así, para algunos, se trata de meros postulados programáticos que se hace imposible traducirlos a normas obligatorias, para otros constituyen auténticas normas jurídico-positivas que imponen conductas a todos los poderes del Estado.

Gracias a las declaraciones Americanas, comienza una nueva etapa en el proceso de positivación de los derechos fundamentales, el de la Constitucionalización de los mismos. Los nuevos textos ya no se limitan a realizar una serie de concesiones a los nobles o

personajes influyentes, sino que consagran principios que preceden al ordenamiento positivo del Estado, y que antes de ser creados, son reconocidos por el poder constituyente. Este reconocimiento se entiende que debe formar parte de la constitución, en cuanto instrumento fundamental de la convivencia política. Es por ello, que las modernas declaraciones de derechos se hallan estrechamente vinculadas al desarrollo del constitucionalismo. De esta manera, a partir del siglo XVIII se considera que las constituciones deben contener, por una parte, una serie de normas relativas a los poderes públicos, y por otra, disposiciones que proclamen los principios fundamentales que deben inspirar el funcionamiento de los órganos del Estado.

Posteriormente a la consagración en cartas fundamentales, viene la consagración internacional, a través de instrumentos que establezcan ordenamientos jurídicos supranacionales.

4. La consagración de los derechos humanos en la legislación interna

4.1 Análisis del artículo 5to de la Constitución Política de la República

Sin lugar a dudas, es nuestra Carta fundamental la que entrega la pauta a seguir en esta materia, siendo su artículo 5to la norma que crea al marco general de regulación de los derechos fundamentales en nuestra legislación.

Señala el artículo 5to: *“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. 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”.

Lo primero que hay que señalar, es que se reconoce que la potestad del Estado está limitada por los derechos que emanan de la naturaleza humana, que se encuentren obviamente consagrados, o más bien dicho, *vigentes*. Esta limitación incluye también al poder constituyente derivado, ya que ni siquiera por la vía de reforma constitucional o plebiscito podría destruirse este régimen de respeto a los derechos humanos, así Enrique Evans de la Cuadra¹² ha dicho que: “es un precepto que obliga y que coloca la intangibilidad de esos derechos por encima de la letra y de la supremacía de la Constitución”.

La incorporación en 1989 del inciso segundo del artículo en comento, compromete al Estado de Chile en la universalización y progreso de los derechos humanos, aceptando obligaciones internacionales que puedan derivar de los pactos internacionales ratificados por nuestro país.

Sin embargo, esta norma no se encuentra exenta de polémica, ya que elevar a rango constitucional los tratados internacionales que versen sobre cualquier derecho esencial que emane de la naturaleza humana, habría producido la derogación de todas aquellas normas internas que se opongan a aquellas normas convencionales, y por otra parte, se crea un conflicto entre normas de igual jerarquía, es decir, entre normas constitucionales y disposiciones de los tratados. Debe tenerse presente que estamos hablando de tratados que contengan normas que versen sobre derechos esenciales, más no que sea necesario que en su creación y título se refieran exclusivamente a derechos humanos. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que no se trata de tratados multilaterales de tipo tradicional suscritos entre Estados para beneficio recíproco, sino de instrumentos que deben ser respetados y aplicados sin distinción de nacionalidad, pues al aprobarlos, los Estados partes se someten a un régimen legal respecto del cual asumen obligaciones hacia los individuos que se encuentran bajo su jurisdicción, y no en relación a otros Estados.

¹² Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, tomo I, 1990, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 21

Previo al problema de la jerarquía, de darle uno u otro rango a los tratados sobre derechos humanos, es menester resolver dos puntos. El primero, que se refiere a que se entiende por *tratado*, dado que existen muchos instrumentos internacionales, y los tratados no son más que una especie de ellos. Para Luis Villavicencio Miranda¹³ debe aplicarse el artículo 2, párrafo uno, letra a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que dispone que: “Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Para éste autor, debe recurrirse a un instrumento internacional para dilucidar la definición precisa, ya que se trata de una norma técnica que no ha sido definida por nuestra constitución, siendo además el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por otro lado, apunta que la proposición original de la comisión que estudiaba las reformas a la Constitución de 1980, quería incluir a todo tipo de norma internacional, por lo que la interpretación de tratado debe ser aún más restrictiva.

El segundo punto de discusión, dice relación con que se debe entender por tratados *vigentes*, si se refiere a vigencia a nivel interno, o vigencia internacional; por otro lado, determinar si debe entenderse por tratados vigentes aquellos vigentes al momento de aprobarse la reforma constitucional de 1989 o los tratados vigentes al momento de interpretar y aplicar tales normas. Sobre el primer problema, de optar por la vigencia internacional, deberíamos entender que basta con que aquellos tratados se encuentren ratificados por Chile, más no promulgados y publicados, como ocurrió con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos entre 1972 y 1989. Para otros, debe respetarse los artículos 32n°17 y 50 n°1 de nuestra Carta Fundamental, en el sentido que para que los tratados tengan fuerza obligatoria, deben cumplir con las formalidades establecidas para la entrada en vigencia de una ley. Sin embargo, para Villavicencio, lo que establece el artículo 50 n°1, son las condiciones para que el Estado Chileno se obligue internacionalmente, más no establece la forma como dichos tratados serán acogidos y tengan fuerza en nuestro

¹³ Villavicencio Miranda, Luis, *La Constitución y los Derechos Humanos*, 1998, primera edición, Editorial Jurídica Conosur, pág. 123.

ordenamiento interno. De todas maneras, considero que para que los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos tengan fuerza obligatoria en Chile, es necesario tanto el depósito del instrumento de ratificación, como su aprobación, promulgación y publicación en el plano interno, acorde con la estructura de nuestro ordenamiento jurídico y por seguridad jurídica, especialmente si nos referimos a materias penales, donde es necesario conocer y tener fecha cierta respecto de normas que establecen o modifican sanciones punitivas o tipos penales. Por cierto tal posición puede encontrar detractores, especialmente para aquellos que mantienen procesos por abusos cometidos durante la Dictadura Militar en nuestro país. Creo que la solución va por otro lado, en el orden de las compensaciones, único medio en el que no existen contradicciones, pues de lo contrario llegaríamos a revivir incluso procesos ya fenecidos con anterioridad al golpe de estado de 1973; parece más lógico continuar con la evolución en materia jurídica nacional, tomando las lecciones del pasado como caminos que no hay que repetir y sentar de aquí en adelante una base sólida para el respeto de los derechos humanos. Los grandes cambios son producto de grandes impactos, la historia así lo demuestra. Sobre el segundo problema planteado, existen dos posturas, aquellos que sostienen que los tratados constitucionales poseen rango constitucional, y la de aquellos que mantienen que los tratados internacionales siguen teniendo rango de ley. Para los primeros, se ha establecido un mecanismo de reforma constitucional secundario por el poder constituyente, y por lo tanto el artículo 5 en comento se aplica a todos los tratados que versen sobre derechos humanos, cualquiera que sea el momento en que ellos entren en vigencia. Sin embargo, y dentro de la misma postura, algunos autores sostienen que sólo deben considerarse tratados vigentes al momento de la enmienda constitucional. Para la segunda postura, los que sostienen que los tratados tienen rango de ley, al no existir distinción por parte de la Constitución, no hay motivo para distinguir, y por lo tanto, se consideran los tratados ratificados y que se encuentren vigentes al momento en que el juez o el intérprete deban pronunciarse sobre qué normas internacionales o convencionales se encuentren vigentes.

El artículo 5 de la Constitución trajo consigo un gran avance en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, no hay duda, y es opinión general y mayoritaria en

nuestra doctrina, que tales derechos tendrían rango constitucional. Así lo entiende por ejemplo Humberto Nogueira Alcalá¹⁴: “La incorporación de la oración final del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, les da a las normas de los tratados en materia de derechos humanos, jerarquía de Constitución material, a diferencia de otros tratados, que no tratan específicamente de derechos humanos..., luego señala ¹⁵“Consideramos que el derecho convencional internacional, en materia de derechos humanos se incorpora a la Constitución material, en cuanto ella reenvía directamente a tales tratados como normas que contienen los derechos que limitan la soberanía estatal. Por tal razón, las normas internas que contravengan los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile, pueden ser objeto de requerimiento ante el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 82 de la Carta Fundamental o de recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al artículo 80 de la Ley Fundamental. Los tratados en materia de derechos humanos integran el bloque dogmático de la Constitución”.

Ahora bien, respecto de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, adhiero a la postura que entiende que son *los derechos esenciales contenidos en ellos los que poseen rango constitucional*, más no el tratado como instrumento en sí, el que mantiene rango de ley, ya que entraríamos en abierta contradicción con la reglamentación respecto de las reformas constitucionales, confiriendo incluso poder a otros Estados para modificar nuestra legislación. A mayor abundamiento, el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, se refiere a los derechos esenciales *contenidos* en ella y en los tratados, lo que necesariamente nos lleva a la conclusión anotada. Esta postura me parece más coherente y lógica desde el punto de vista formal. Ahora bien, cuáles serán los derechos que consideremos esenciales, es una cuestión de acuerdo de las partes adherentes, es por ello que no basta, a mi entender, con proclamar sin especificar completa y correctamente lo que se quiere proteger, y en qué condiciones.

¹⁴ Verdugo Marinkovic, Mario. Pfeffer Urquiaga, Emilio. Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, 1994, Editorial Andrés Bello, Santiago, pág. 123.

¹⁵ Id., pág. 130.

4.2 El sistema de protección de los Derechos Humanos en la Constitución

Se puede esquematizar de la siguiente manera:

a) Ya se ha analizado la trascendencia del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, sólo agregamos que a mi parecer, no se trata de una simple declaración de buenas intenciones como muchos plantean, a la luz de los problemas interpretativos respecto de los tratados internacionales, más no podemos dejar de lado un punto basal, cual es que dicha norma establece la gran limitación a la soberanía de la nación, cual es, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Dicha limitación, constituye una de las bases de la institucionalidad, que de la mano de los instrumentos o acciones contempladas en la Constitución, logran la estructura de defensa. Lo anterior no es menor, ya que todas las acciones o medios de defensa expresos establecidos al efecto, tienen por fundamento la inviolabilidad de los derechos humanos, provenga la violación de cualquier persona o autoridad, y en especial para éstas últimas, ya que en nombre del Estado, no pueden realizar estos actos perniciosos, puesto que por el artículo 5, se encuentran automáticamente fuera de sus atribuciones, sea cual sea el motivo.

b) El artículo 1; que consagra aquellos principios fundamentales de búsqueda del bien común, protección de la familia, subsidiariedad del Estado y promoción de los grupos intermedios de la sociedad. Es sabido que se consagra también el principio de protección del bien común, donde es el Estado el que se coloca al servicio de la persona humana. Todos estos principios son de enorme importancia al colaborar a delimitar la acción del Estado en la protección de los derechos humanos.

c) Los artículos 6 y 7; en estos artículos se contemplan los principios de legalidad de las actuaciones de los órganos del Estado y la nulidad de derecho público, que refuerza la idea que los actos de la administración no pueden vulnerar la Constitución, y obviamente los derechos esenciales.

d) El artículo 19 n°15, que impide que quienes promulguen concepciones totalitarias respecto de la vida social, puedan llegar al poder por las vías contempladas en la Constitución, y con ello, destruir las instituciones fundamentales de su ordenamiento.

e) El recurso de protección; esta acción constitucional, tiene por objeto amparar a los ciudadanos frente a los abusos cometidos por el Poder Ejecutivo, o por personas naturales o jurídicas, dígase actos u omisiones arbitrarias o ilegales que priven, perturben o amenacen el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución, que se señalan en el artículo 20 del mismo cuerpo legal. Esta acción constitucional se encuentra íntimamente ligada a la cláusula de seguridad jurídica o principio de la esencialidad, consagrada en el artículo 19 n°26, el que se encuentra orientado hacia la limitación legal de las normas que regulen o complementen las garantías constitucionales, o que las limiten, de manera que éstas no se vean vulneradas en su esencia, ni que se impongan tributos, condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio.

f) El recurso de amparo; establecido con idéntico fundamento que la acción de protección, pero dirigido a la protección de la libertad personal. Hay que señalar que su aplicación directa va en disminución, con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, que contempla un mecanismo de amparo muy similar al establecido en la Constitución, y que será tratado más adelante. De todas maneras, su constatación constitucional continúa dándole a la libertad, como derecho esencial, la trascendencia debida.

g) El rol de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional; se establecen en los artículos 80 y 81 y siguientes, los controles represivo y preventivo respectivamente, de la constitucionalidad de las normas legales o proyectos de ellas, impidiendo de esa forma que se vulneren los derechos fundamentales.

h) La creación del Ministerio Público y su consagración constitucional; mediante reforma constitucional introducida por la ley 19.519 de 1997, se incorporaron dos nuevas normas a nuestra Constitución, siendo la más importante el artículo 80 A, que impone como función al Ministerio Público, la de adoptar las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, y que consagra un verdadero derecho constitucional al ejercicio de la acción penal pública para el afectado por el ilícito.

i) Los principios tradicionales de la seguridad jurídica; se destacan entre ellos la cosa juzgada, la irretroactividad de la ley penal, la presunción de inocencia, la presunción del

conocimiento de la ley y la prescripción, conceptos doctrinales que encuentran su cabida en la Constitución bajo la forma de garantías constitucionales.

j) La cláusula de seguridad jurídica; como se dijo, este precepto reafirma la protección de los derechos esenciales al proteger aquellas garantías establecidas en la Constitución impidiendo que sean afectadas en su esencia por normativas legales que regulen o limiten su ejercicio.

Además, tenemos que se entienden incorporados a nuestra Carta Fundamental los preceptos contenidos en tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, dígase Convención Americana sobre Derechos del Hombre o Pacto de San José de Costa Rica, y la Convención de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, llamada convención de Roma, se hace una enumeración no taxativa de los principales y fundamentales Derechos Humanos. Es la primera de las convenciones la que más nos interesa por pertenecer a nuestra área de habitación. Así, se enumeran, luego de los breves deberes, los siguientes derechos: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, Derecho a la vida, Derecho a la Integridad Personal, Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre, Derecho a la Libertad Personal, De las Garantías Judiciales, Principio de Legalidad y de la Irretroactividad de la ley penal, Derecho a Indemnización por error judicial, Derecho a la Honra y Dignidad personal y familiar, Libertad de Conciencia y Religión, Libertad de Pensamiento y de Expresión, Derecho de Rectificación o Respuesta por informaciones inexactas o agraviantes en contra de la honra, Derecho a Reunión, Libertad de Asociación, Protección de la Familia, Derecho al Nombre, Derechos del Niño, Derecho a la Nacionalidad, Derecho a la Propiedad Privada, Derecho de Circulación y de Residencia, Derechos Políticos como votar, participar en la dirección de asuntos políticos, Igualdad ante la Ley, Protección Judicial, Desarrollo Económico y social Progresivo.

4.3 El sistema de protección de los derechos humanos en la legislación procesal penal

4.3.1 Situación antes de la reforma procesal penal

El antiguo sistema procesal penal, vigente en todo Chile hasta diciembre del año 2000, desde se comenzó a aplicar de manera paulatina comenzando por la IV y IX regiones, había sido heredado del modelo español vigente hasta el año 1.852, sistema inquisitivo que a fines del siglo XIX fue reemplazado en toda Europa por un sistema mixto, que comprendía la separación de funciones investigativas y juzgadoras. En Chile, no hubo cambio, y se mantuvo este proceso vicioso en cuanto no velaba en lo absoluto por el derecho a un juicio justo, que permitiera al acusado defenderse en un clima de imparcialidad absoluta ante un juez que no la tenía precisamente, al haber participado y dirigido él mismo la investigación del hecho punible.

Por otro lado, las violaciones a los derechos humanos no sólo se cometían con la misma aplicación de la ley procesal en concreto, sino con las actuaciones anteriores a la iniciación del proceso mismo, dígame por las actuaciones policiales, amparadas de igual manera por la débil legislación existente.

Con el retorno a la democracia en el año 1990, sectores académicos y políticos abogaron por el establecimiento de mecanismos que permitieran una mejoría en la efectiva protección de los derechos humanos en materia penal, en especial con los victimarios:

a) Derecho a conferenciar con Abogado; Es así como por medio de la ley N°19.041 de 14 de febrero de 1991, se modificó el artículo 293 del antiguo Código de Procedimiento penal, para establecer al nivel legal lo ya existente en diversos tratados internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile: el derecho de los detenidos a conferenciar con su abogado. Esta prerrogativa resulta importante en el contexto de los abusos carcelarios y policiales, sin embargo, se estableció que este derecho debía realizarse en presencia de funcionarios, lo que intimidaba al detenido a realizar las denuncias, más frente a abusos psicológicos u otros físicos no detectables a simple vista. Por otra parte, no existían

Defensores Públicos que se encontraran disponibles para concurrir a las comisarías o recintos policiales, como lo es hoy con la reforma procesal penal en vigencia.

b) Plazo de detención; Se estableció un plazo de detención hasta de 24 horas, si tal detención se debe a la comisión de un delito flagrante, o quebrantamiento de condena, o por haber sido decretada por autoridad distinta al juez, plazo que podía aumentarse hasta por 48 horas, y hasta por 5 días existiendo motivos fundados por parte del Magistrado respectivo. Esta última ampliación de plazo a la larga resultó muy perjudicial, por cuanto en algunas ocasiones, funcionarios policiales cometían abusos contra los detenidos, y solicitaban al juez los 5 días para así esperar a que se mitiguen las huellas o heridas producidas por tales abusos. Los jueces tenían no la obligación, sino que la facultad de ver al detenido para comprobar su real estado de salud, cuestión que en la práctica no ocurría. No obstante lo anterior, la ley 19.047 de 14 de febrero de 1991, estableció que al existir denuncia de malos tratos, un médico debería examinar al detenido.

c) Detención por sospecha; Quizás el cambio más significativo, o simbólico, es la eliminación de la detención por sospecha, por la ley 19.567 de 1 de julio de 1998. La antigua detención por sospecha regulada en el Código de Procedimiento Penal, en su artículo 260, dejaba un amplio margen de discrecionalidad a los agentes de la Policía. La redacción de dicho artículo a lo menos llevaba a confusión, ya que por ejemplo autorizaba a detener al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare a darla a conocer, o al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas. Esta modificación resultó en definitiva más simbólica que efectiva, desde dos puntos de vista: Primero, muchos sospechosos no pudieron ser detenidos, por no encontrarse cometiendo delitos flagrantes, sabiendo personal policial que se trataba de delincuentes habituales o comunes. El segundo problema, dice relación con que las denuncias por abusos policiales o detenciones ilegales fueron en aumento, especialmente en los años 1999 y 2000¹⁶, echando

¹⁶ Fuente, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile, resultado de una investigación exploratoria, primera edición 2002.

por tierra lo que se pretendía lograr en materia de abusos, en el sentido que la reforma no consiguió disminuir estos, situación que incluso fue reafirmada por un informe de la organización de derechos humanos Amnistía Internacional del año 2001.

c) Derechos del detenido; Es otra reforma importante, pero más simbólica que efectiva. En efecto, la ley N°19.567 de 1 de julio de 1998, estableció en el artículo 284 del Código de Procedimiento Penal, la obligación de los funcionarios policiales aprehensores, de informar al detenido de los derechos que le asisten, además de colocar en cada cuartel policial un cartel visible que contenga el listado de ellos. Estos derechos son: A conocer la razón de su detención; a guardar silencio para no culparse; a que se informe en su presencia, a persona que indique que ha sido detenida; el motivo de su detención y el lugar donde se encuentra; a entrevistarse con su Abogado. Si no lo tiene o fuere procesado el Estado le proporcionará defensa judicial; y a recibir visitas si no se encuentra incomunicado por orden judicial. Nuevamente en reiteradas ocasiones todo queda en buenas intenciones, puesto que el rol del Juez en cuanto fiscalizador del cumplimiento de estas normas, se diluye ante la imposibilidad de comprobar los abusos denunciados por los detenidos. Además, generalmente los únicos testigos eran los mismos funcionarios policiales que participaron en la detención, por que todo queda en nada. La sanción por el no cumplimiento de la lectura de los derechos del detenido, era que el Juez no tomará en consideración las declaraciones prestadas por el detenido. Sin embargo, al no quedar en nada las denuncias efectuadas por los sospechosos, el vicio se mantenía. Más aún cuando en un estudio realizado en 1997, publicado en 1998, por la Universidad Diego Portales, determinó que de un total de 264 expedientes en materia criminal con sentencia condenatoria, en el 52,2% había contradicción entre las declaraciones extrajudiciales y las judiciales, pero lo más importante fue que el 84,8% de las sentencias condenatorias tomaron mayor consideración a las declaraciones extrajudiciales, sirviendo de aliciente a las policías para lograr una confesión de la manera más rápida y certera posible, conllevando en muchos casos, al uso de métodos abusivos que violentaban los derechos de los detenidos.

d) Penalización de la tortura; Es la última modificación importante en la antigua legislación procesal penal, en la búsqueda de mayor protección de los derechos humanos. Sin embargo,

se critica la redacción vaga e imprecisa que impuso el artículo 150 A del Código Penal: “El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo”. El superior jerárquico del funcionario también tiene una sanción penal, disminuida en un grado. Si el abuso o tortura cometido tiene por objeto obtener alguna confesión, se aumenta la pena a presidio o reclusión menor en su grado máximo, a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo.

Esta penalización de la tortura, escapa a lo definido por la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas, que define la tortura: “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Como se puede apreciar, la definición que el organismo internacional ha dado, no circunscribe la penalización de la tortura a determinados funcionarios, y expresamente señala que cualquier acto, que provoque dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, es tortura, y no sólo tormentos o apremios. Resulta lógico colegir también, que de esta manera, se hace más difícil el perseguir penalmente la tortura en Chile.

Como puede apreciarse, las modificaciones legales realizadas en torno a la protección de los Derechos Humanos, en su gran mayoría se hicieron en materia procesal penal, estando dirigidas básicamente a mitigar los abusos policiales y de funcionarios de Gendarmería. Punto importante es el destacar las paupérrimas condiciones carcelarias, que unidas a una malentendida cultura de los mismos internos, hace como suya la aplicación de violencia y abusos, dado que éstos entienden que es parte de la vida que eligieron vivir, parte de su oficio, aceptando y no denunciando en muchos casos dichos abusos.

Con respecto a las sanciones penales en sí, no han existido muchos cambios, salvo la abolición de la pena de muerte, modificación que no comparto, pues las razones esgrimidas escapan a lo netamente judicial, acercándose más a lo ideológico y a posturas que apuntan a disminuir las sanciones penales.

4.3.2 El nuevo proceso penal y los derechos humanos

4.3.2.1 Cambios estructurales

Sin lugar a dudas, el respeto y protección de los derechos humanos, fue uno de los principales objetivos de la reforma procesal penal. Ya hemos visto los avances que en estas materias se realizaron con modificaciones al antiguo sistema, que en definitiva quedaban en buenas intenciones, ya que los abusos continuaban, tanto en las etapas previas a la formación del proceso, como durante la detención de los imputados, todo esto ayudado por un sistema normativo que adolecía de serios problemas estructurales que impedían a los jueces velar por las garantías de los detenidos, al tener que desempeñar múltiples funciones en el proceso. El nuevo proceso penal, buscó cambiar este esquema con un nuevo diseño normativo, y con la creación de nuevas instituciones que intervienen en el sistema. Es así como se creó un nuevo Código Procesal Penal, y organismos como el Ministerio Público, Juzgados de Garantía, Tribunales Orales y Defensoría Penal Pública.

Los principales elementos dentro de este nuevo diseño son, en primer lugar, la separación de funciones de persecución penal y jurisdiccionales en dos organismos diferentes, dígase Ministerio Público y Juzgados de Garantía respectivamente. Antiguamente estas funciones recaían en el Juez del Crimen, pero ahora, se ha liberado a los jueces de la carga persecutoria, lo que conllevaba a un escaso control de las actividades policiales, e impunidad de las violaciones de las garantías de los imputados durante la investigación. Por otra parte, los jueces ahora sí pueden llamarse imparciales, cumpliendo un anhelo de casi un siglo y medio de vigencia de la antigua normativa.

Un segundo elemento estructural importante, es la creación del Ministerio Público, responsable de las investigaciones persecutorias, convirtiéndolo en un ente más autónomo y cercano al trabajo policial, lo que también importa una supervigilancia más exhaustiva de los procedimientos y de la protección de las garantías de los inculpados o detenidos.

El tercer elemento, dice relación con el reconocimiento extenso que se realiza en la nueva normativa procesal penal, de las garantías y derechos individuales, siendo lo más relevante, el que dichas garantías se puedan impetrar desde etapas tempranas dentro del proceso, incluso antes de la formalización del proceso, así por ejemplo el artículo 7 del nuevo Código Procesal Penal, que establece respecto del imputado que las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por aquél que se le atribuye participación en el hecho punible desde la primera actuación dirigida en su contra, hasta la completa ejecución de la sentencia. Además, agrega que por actuación se entiende cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar, o de otra especie que se realice por o ante un tribunal, Ministerio Público o la policía. Otra norma importante es el artículo 10 del citado cuerpo legal, que faculta al juez de garantía para que en cualquier etapa del proceso adopte las medidas necesarias para permitir el ejercicio de los derechos que la ley, la Constitución o los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes establezcan a favor del imputado. El juez incluso puede suspender el procedimiento, citar a los intervinientes, dígase Ministerio Público, Defensores y policía a una audiencia al efecto, y decidir con los antecedentes que se entreguen la continuación o sobreseimiento temporal del proceso.

El último elemento estructural fundamental en la reforma, es la creación de la Defensoría Penal Pública, cuya misión es prestar asesoría jurídica gratuita a todos los imputados o acusados por crímenes, simples delitos y faltas desde los primeros momentos de la persecución penal. Este factor es muy importante y decisivo en la limitación de los abusos cometidos por el Estado y sus agentes en la aplicación de las normas penales.

4.3.2.2 Protección de los derechos de los victimarios

En la práctica, el nuevo sistema encuentra su base en tres instituciones fundamentales durante el desarrollo del proceso: La audiencia de control de detención, el nuevo habeas hábeas o amparo del artículo 95 del Código Procesal Penal y la regla de exclusión de prueba obtenida con infracción a garantías fundamentales.

a) Audiencia de control de detención: Los artículos 131 y 132 del Código Procesal Penal, establecen que dentro de 24 horas, contados desde la detención por orden judicial o en casos de flagrancia, el detenido debe ser llevado a una audiencia en presencia de un juez de garantía que controlará la legalidad de dicha detención. Con esta medida, se evita así detenciones prolongadas y la comisión de abusos mientras esta transcurre por parte de los aprehensores, como ocurría en el antiguo sistema. De esta manera, el juez puede ver por sí mismo al detenido, y comprobar su estado físico y en general que se encuentre en buenas condiciones, a mayor abundamiento, es menester señalar que junto al juez, los Abogados defensores cumplen un rol importantísimo, en cuanto señalar al detenido los derechos que le asisten en el procedimiento, y los mecanismos existentes para denunciar las vejaciones. Por su parte, los Fiscales que conducen la investigación ejercen un papel determinante en el control de abusos policiales; con la concurrencia de estos tres estamentos, se asegura el control horizontal más efectivo en el respeto de los Derechos Humanos.

b) El recurso de amparo especial; llamado también Habeas Corpus especial, ante el Juez de Garantía, contemplado en el artículo 95 del Código Procesal Penal. Este recurso no limita la posibilidad de interponer un recurso de amparo ante las Cortes de Apelaciones respectivas, y fue creado con el objetivo de asegurar que toda persona privada de libertad, pueda recurrir lo más pronto posible ante el Juez de Garantía, para que éste examine la legalidad de la misma, y las condiciones del detenido, pudiendo incluso constituirse en el lugar de detención, evitando la demora y tramitación que tiene actualmente el recurso de amparo ante las Cortes.

c) Regla de exclusión de la prueba obtenida con infracción a garantías fundamentales; este mecanismo opera como un incentivo negativo a las violaciones de derechos fundamentales

para obtener prueba inculpatoria. Vemos que se marca la diferencia con la antigua normativa procesal penal, ya que antes los organismos policiales tenían amplias facultades para recabar información e interrogar a los detenidos, mediante órdenes amplias de investigar, lo que posibilitaba el uso de métodos violentos sin una supervisión cercana. El Código Procesal Penal, en su artículo 91 dispone que la policía sólo puede interrogar autónomamente a los detenidos en presencia de su Abogado defensor, y si éste no estuviere, ante el Fiscal, y si eso no fuere posible, y el detenido o imputado quisiere declarar, la policía podrá consignar las declaraciones, pero bajo su responsabilidad y con autorización del Fiscal. Por otra parte, están detallados los métodos prohibidos de investigación e interrogación, como por ejemplo, no ser objeto de amenaza o promesa, salvo los beneficios contemplados expresamente en la ley, se prohíbe que el imputado declare por períodos excesivamente largos, en el artículo 93 letra g) del cuerpo legal en comento se consagra el derecho del imputado a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.

4.3.2.3 Protección de los derechos de las víctimas

Los cambios producidos por la reforma procesal penal, no se han limitado sólo a acelerar procesos, sino que también ha procurado lograr un sistema acusatorio de persecución penal que responda a los requerimientos de un Estado Social y Democrático de Derecho, que exige la adecuada protección de los derechos, tanto de víctimas como victimarios, de manera de acercarse cada vez más a un juicio justo y objetivo.

El nuevo rol de la víctima en el nuevo proceso penal, nos habla de una nueva relación entre el Estado y aquella. El sistema antiguo, era el reflejo de la persecución penal pública en que la víctima era despojada casi por completo de sus facultades, quedando sólo una relación Estado-imputado. Este nuevo rol de la víctima, no ha estado exento de polémica en el ambiente doctrinario, así, se ha dicho que:¹⁷ “la sed de venganza y las

¹⁷ Hirsch, citado por Ministerio Público, Fiscalía Nacional, *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, editorial fallos del mes, primera edición, 2003, pág. 48

emociones deben ser mantenidas lejos de la persecución penal”, sin embargo, esto es casi imposible en términos prácticos, cualquiera que sea el delito cometido. Por otro lado, se señala que al participar la víctima activamente en el proceso penal, podría encontrarse en un plano de desigualdad, ya que chocaría contra los órganos del Estado, y además contra los intereses del otro actor en el proceso, el victimario, quien se encuentra dotado de un conjunto de facultades y prerrogativas. Sin embargo, hay que replicar que esta aparente desigualdad para la víctima, no es tal, desde el momento en que es el imputado el que se halla en un plano desigual con los órganos del Estado a través de los cuales se ejerce el poder público, situación que es contrarrestada justamente con el conjunto de garantías y derechos, materiales y procesales que se le reconocen en el curso del proceso.

Ahora bien, del otro lado las posturas que defienden el nuevo rol de la víctima, justifican la condición de protagonista de éste, junto con el imputado, dado que es en definitiva el interés particular del afectado el que se ve amenazado o dañado. El Estado no puede desentenderse de aquél interés, aduciendo mantener el bienestar general, más porque para la reconstrucción del conflicto, es necesaria la participación de la víctima. Tampoco hay que desentenderse del ánimo de venganza o revancha existente, pero es precisamente ahí donde se necesita que la víctima participe activamente, de manera de encauzar ese ánimo en el marco de la legalidad, sin pretender poner a la víctima y al imputado en una igualdad de armas en la relación procesal. Cabe recordar que nuestra carta fundamental consagra como valor supremo la dignidad de la persona humana, elevándose como fundamento de todos los derechos constitucionales. En éste orden de ideas, el valor en cuestión concibe a la persona como un fin en sí misma y no como un objeto de la acción del Estado o como un instrumento o medio de intereses particulares, ni siquiera con el pretexto de una investigación penal a costas. El antiguo sistema procesal penal no hacía más que dirigir el poder estatal contra el imputado, olvidándose por completo de la víctima, sin tomar en consideración el hecho que fuera ésta la afectada en sus derechos.

Otro papel importante que juega la víctima en el desarrollo del proceso penal, es el de fiscalizador y guía para los órganos del Estado, ya que éstos últimos tienden a la burocratización y dilación de los procesos, dada la mecanicidad con que pueden llegar a

actuar, olvidándose de los intereses individuales que están en juego. Se justifica plenamente de esta manera el rol asignado por la reforma procesal penal a víctima.

La víctima posee varios derechos o garantías dentro del proceso penal, dentro de los cuales podemos distinguir aquellos derechos fundamentales en estricto sensu, y aquellos derechos con un carácter más práctico, contemplados generalmente de manera expresa en la legislación procesal penal:

1. Derechos fundamentales de la víctima.

a) Derecho a la intimidad y principio de publicidad; por intimidad entendemos el espacio personal y exclusivo del ser humano, al cual sólo puede ser compartido por decisión propia, pero nunca vulnerado debido a ese carácter interior, es la facultad que tiene todo individuo de mantener una zona reservada para sí, protegida de cualquier interferencia o intromisión, en la que sólo podrán inmiscuirse quienes fueren expresamente autorizados por su titular. Este derecho a la intimidad, se encuentra reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 12 señala: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia, ni ataques a su honra o su reputación”*, principio que se reitera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11, numeral 2. Nuestra Constitución consagra este derecho en el artículo 19, número 4, donde se asegura el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia. No escapa a la crítica nuestra disposición constitucional, desde que no se encuentra suficientemente definida la intimidad, aún cuando doctrinariamente se entiende que existe una separación entre lo público y lo privado, desde que el ser humano, para su completo y correcto desarrollo necesita la inviolabilidad de ciertas manifestaciones de su vida diaria.

El derecho a la intimidad es sin lugar a dudas el derecho que se ve más afectado en un proceso penal. La víctima se ve expuesta no sólo a los agentes policiales sino que a fiscales, defensores, jueces, audiencias públicas con público asistente, e incluso, con medios de comunicación que pudieran estar presentes, donde se debe relatar los hechos que

constituyen el delito que se denuncia, piénsese en los delitos sexuales, y la connotación que reviste para víctima e incluso victimario.

La intimidad, como derecho fundamental, no puede ser absoluta, y es por ello que se produce un conflicto con el principio de la publicidad, entendiéndolo como “aquél que permite la percepción inmediata de las actuaciones judiciales realizadas por y ante el tribunal, por personas ajenas al proceso.”

La importancia del principio de publicidad se deja ver en palabras del profesor Claus Roxin¹⁸, quien al respecto señala: “constituye una de las bases del procedimiento penal, sobre todo, una de las instituciones fundamentales del Estado de Derecho. Su significado esencial reside en consolidar la confianza pública en la administración de justicia y en evitar la posibilidad de que circunstancias ajenas influyan en el tribunal, con ello, en la sentencia”.

Encontramos la consagración de este principio en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.1 establece que: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”. Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone en su artículo 8 que: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Cabe hacer presente que por el artículo 5 inciso 2 de nuestra carta fundamental, el principio de la publicidad posee rango constitucional, y no por expresa consideración, ya que el texto constitucional pareciera incorporarlo en su artículo 19 número 3 al establecer que: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer

¹⁸ Roxin Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 407, citado en “La víctima y el testigo en la reforma procesal penal”, Ministerio Público, Editorial Fallos del Mes, 2003, p.85.

siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”. Será el Código Procesal Penal el que establezca el principio de publicidad como elemento fundamental del juicio a través de su artículo 289 que dispone: “La audiencia del juicio oral será pública”

Este aparente conflicto entre el derecho a la intimidad y el principio de publicidad, se diluye en la aplicación concreta, desde que ambos, en aparente contradicción, se complementan y permiten su consolidación, el primero, la intimidad, permitiendo que la víctima no sea pasada a llevar en su vida privada, sino sólo a aquello que resulta relevante para la investigación del delito, y el segundo, haciendo públicas y de conocimiento general aquellos hechos o elementos propios del delito, de manera de lograr que el ciudadano común conozca la forma en que se desempeña el aparato judicial, ejerciendo así un mejor control en la aplicación de justicia. A su vez, los tribunales de justicia también resultan beneficiados desde que se hace más expedito la solución al conflicto.

Es así como lo ha entendido la doctrina y legislación internacional, como se expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, artículo 6: “La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencias puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en el interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”. Por su lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.1 establece: “... La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

A pesar de la consagración nacional e internacional, vemos como a través de los medios de comunicación muchas veces se realiza un verdadero juicio público, tanto a víctimas como a victimarios. Ya no es sólo el interés de la comunidad por acercarse a las instituciones que ejercen justicia lo que prima, sino un afán mediático con miras económicas lo que impone el criterio de publicidad. Además, hay que agregar que nuestros tribunales de justicia no han tenido nunca una posición clara respecto a cuál es el equilibrio que logre hacer funcionar de manera correcta estos derechos fundidos en uno solo.

2. Derecho a la salud; Este derecho resulta fundamental a la hora de ejercer plenamente los demás derechos humanos, en especial de la víctima.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que: “... toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es más completo en este sentido, ya que su artículo 12 establece que los estados partes reconocen: “..el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

En nuestra legislación constitucional, el artículo 19 número 1 de la constitución asegura a todas las personas: “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”. Por otro lado el número 9 del mismo cuerpo legal dispone que: “El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. Demás esta decir que se entienden incorporadas a nuestra carta fundamental aquellas normas en tratados internacionales, como los ya citados en la materia, por aplicación del artículo 5 de la Constitución.

Ahora bien, en el nuevo sistema procesal penal se contemplan derechos y garantías que por cierto reflejan los dos anteriores, pero especificando y disponiendo derechamente su aplicación práctica:

a) Garantía o derecho a la protección; este derecho ya lo encontramos con su consagración constitucional en el artículo 80 A de nuestra carta fundamental. La sola puesta en marcha del proceso penal, no es garantía del cese absoluto del conflicto producido, más cuando la

víctima juega un rol protagónico en él, se hace necesario entonces crear un marco de protección efectivo. De esta manera, la letra a) del artículo 109 del Código Procesal Penal contempla el derecho de toda víctima a solicitar las medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia. Por otro lado, la letra b) del artículo 78 del mismo cuerpo legal, consagra el deber del Ministerio Público de adoptar medidas o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de delitos y sus familias frente a probables hostigamientos, amenazas y atentados; los artículos 6 y 289, que señalan que el Ministerio Público está obligado a velar por la protección de las víctimas de delito en todas las etapas del procedimiento penal y que se podrá limitar la publicidad de la audiencia de juicio oral cuando ello sea necesario para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio respectivo. Sumado a lo anterior, hay que recordar el papel de la policía, quienes deben prestar auxilio a la víctima y tomar las medidas pertinentes antes de realizar cualquiera actividad de investigación, y sin necesidad de recibir previamente instrucción de parte del Fiscal.

En definitiva, lo protegido no es la víctima en sí, sino el derecho de ésta y su familia a la vida, la integridad física, seguridad, intimidad y honor. Esto no es menor, ya que en el antiguo sistema la víctima pasaba a instrumentalizarse, dirigiéndose la eventual protección hacia ella y no a los derechos inherentes a ella. En la práctica, el uso de medidas de protección a las víctimas en el nuevo sistema, se ha masificado, permitiendo también el uso de la inventiva, poco practicada por los jueces del antiguo régimen procesal penal. Así, según fuentes del Ministerio Público¹⁹, al 15 de marzo de 2003 donde regía la reforma en 8 regiones del país, se adoptaron 1.976 medidas autónomas de protección a favor de los derechos de la víctimas, tales como tramitación de líneas telefónicas privadas, contacto prioritario de la víctima con la policía, la entrega de celulares limitada para que la víctima pueda contactarse con la policía y el Fiscal, punto fijo de Carabineros, rondas periódicas de

¹⁹ Fuente de información base computacional de datos de la División Nacional de Atención a Víctimas y Testigos del Ministerio Público, citada por Ministerio Público, Fiscalía Nacional, *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, editorial fallos del mes, primera edición, 2003, pág. 60

personal policial al domicilio de la víctima etc. Fuera de estas medidas directas para las víctimas, tenemos las medidas cautelares personales, de enumeración taxativa en el Código Procesal Penal, distintas a la prisión preventiva, que puede decretar el tribunal y que indirectamente están dirigidas también a la protección de las víctimas.

b) Garantía o derecho al trato digno; esta garantía, en armonía con la anterior, implica reconocer a la víctima como un fin en sí misma, más que como un instrumento u objeto de prueba. Así, el artículo 78 del Código Procesal Penal, obliga a los Fiscales, durante el procedimiento, a evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar las víctimas con ocasión de los trámites en que debieren intervenir; el artículo 6 inciso 3 del mismo cuerpo legal exige a los demás organismos auxiliares que deberán prestar a la víctima un trato acorde con su condición de tal, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que haya de intervenir.

Sin lugar a dudas que son las víctimas de delitos de connotación sexual las que necesitan con mayor urgencia un trato digno, desde la primera denuncia. En este ámbito, se ha comprobado que el nuevo sistema ha logrado ser más eficaz, en el sentido de dar una mejor respuesta, atención y solución a este tipo de delitos, así como por la mayor protección y vigencia de los derechos fundamentales de las víctimas e imputados. Así, por ejemplo, con el inicio de la reforma se ha incrementado el número de denuncias, amén de el mayor grado de confianza en el sistema, y de la conciencia de estar frente a un proceso que justamente respeta los derechos de todos, haciéndolo más justo, como es el caso de las regiones II, III, IV, VII Y IX, que mostraron un incremento de casi un 40% entre los años 1997 y 2002²⁰ respecto de las denuncias por delitos sexuales. No es que este tipo de delitos haya aumentado, sino que, como se señaló, a aumentado la confianza de la ciudadanía.

c) Garantía o derecho a la información; como complemento de las garantías anteriores, se hace necesario proveer a la víctima de toda la información necesaria, de manera que ella sepa y pueda con mayor facilidad ejercer un rol activo en el nuevo proceso penal. Así, tenemos el artículo 78, 109 y 137 del Código Procesal Penal, los que contemplan la

²⁰ Lidia Casas Becerra y Alejandra Mera González- Ballesteros, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena*, cuadernos de análisis jurídico Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, 2004, Santiago, pág.113.

obligación del Ministerio Público de entregar a la víctima toda la información respecto del curso y resultado del proceso, los derechos y actividades que debe y puede realizar en vías de obtener justicia, la obligación de exhibir en un lugar destacado y visible los derechos de la víctimas. Se agrega a esto, el deber de los juzgados de garantía y tribunales orales de oír a la víctima, previa solicitud para ello, otorgando una adecuada orientación e información para ello.

d) Derecho a ejercer acciones y pretensiones penales; Es el derecho que tiene la víctima de iniciar el procedimiento penal, mediante denuncia ante Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile, el Ministerio Público, Gendarmería de Chile, o cualquier tribunal con competencia penal, un hecho que revistiere caracteres de delito. Se mantiene la posibilidad de la víctima de convertirse en parte acusadora mediante la interposición de querrela criminal.

e) Derecho a ejercer funciones de contrapeso y control sobre el aparato de justicia; Este derecho, que se supone se entendía incorporado en el proceso penal antiguo, hoy tiene su consagración expresa y práctica en el nuevo proceso penal. El control que puede realizar la víctima, es sobre el Ministerio Público por una parte y sobre los tribunales de justicia por otra; la idea es que éstos órganos escuchen y atiendan las necesidades de la víctima.

Respecto del control sobre el Ministerio Público, la víctima puede solicitar al fiscal a cargo todas las medidas y actuaciones que considere útiles para el esclarecimiento de los hechos. Podrá para ello revisar todos los registros y documentos de la investigación, facultad consagrada expresamente en la ley. Podrá también solicitar al fiscal ser oído antes de que éste pida o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada.

Una facultad novedosa es la posibilidad de solicitar por parte de la víctima al juez de garantía, que deje sin efecto la decisión del fiscal de poner término al procedimiento, cuando aquella manifieste de cualquier modo su interés en el inicio o continuación del procedimiento. La importancia radica en que en aquellos casos de delitos menores, que en otros sistemas penales son tratados casi sin forma de juicio, de todas maneras, a instancias de la víctima, se puede obtener una investigación y sanción, lo que obviamente significa

una satisfacción práctica de ver cómo la justicia se acerca y se hace presente a favor de todo ciudadano, consiguiendo también borrar la sensación de impunidad tan viva hoy en día.

f) Derecho a la reparación del daño causado por el delito; En la nueva legislación procesal penal, se contemplan variados mecanismos tendientes a obtener la máxima reparación del daño causado a la víctima. Entre éstos, tenemos los acuerdos reparatorios, las medidas cautelares sobre el patrimonio del imputado, la suspensión condicional de la pena junto a una indemnización como garantía etc., todas medidas cuya iniciativa recae sobre el fiscal a cargo. La idea que subyace dice directa relación con el ánimo de lograr un sistema de justicia cada vez más pragmático y objetivo, sin embargo, pareciera que las sanciones penales han quedado de lado. Por otra parte, no se trata aquí de una reparación estatal, sino de entregar a los funcionarios respectivos, dígase Ministerio Público o jueces, las herramientas necesarias para conseguir del victimario un resarcimiento del daño causado a la víctima. No es que con anterioridad no existieran medidas similares, como las cautelares por ejemplo, sino que este derecho o garantía de la víctima no estaba expresado con tanta fuerza como ahora. Respecto de este punto, no todo parece muy feliz, desde que como señalé, las sanciones corporales o privativas de libertad han sido dejadas de lado. Necesario es recordar que la reparación tiene un alcance muy diferente a la pena, puesto que la primera justamente implica la renuncia de la segunda, realizando un papel secundario en el sistema penal, por lo que cabe preguntarse si no es demasiado peligroso entregar la determinación de la sanción (entendida como resultado de un proceso condenatorio) al ciudadano común, dado que éste juega un papel fundamental en la decisión final del fiscal, sin perjuicio de hacer presente que la parte que se sienta afectada pueda impugnar tal decisión.

5. Conclusiones

La primera crítica que se avizora, es el de la no definición de una postura clara respecto de los derechos humanos en nuestra Carta Fundamental. Catalogué de postura cómoda el invocar repetidamente como fundamento último y sostén de todo nuestro ordenamiento jurídico a los derechos humanos, lo que no es sino el producto del vacío dejado por nuestro constituyente, me explico: En primer lugar, los derechos humanos no se encuentran definidos, existe un vacío a ese respecto. Si ya vimos que su definición y fundamento no es absoluto, se debe establecer en un capítulo aparte en que los llamados *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* se expliquen y detallen de manera adecuada, independiente de la protección de aquellos, ya contemplada en el artículo 19 de la Carta Fundamental. En segundo lugar, (y con ello se contesta el contra argumento de los defensores del artículo 5) no es sano dejar al arbitrio de instrumentos foráneos como los tratados internacionales, el determinar cuáles son las prioridades, los derechos de mayor importancia en un ordenamiento jurídico determinado. Por cierto las convenciones sobre derechos humanos son importantes, y contienen un catalogo amplio de derechos, procedimientos y medidas de protección, pero no deberían ser más que complementarios a la regulación interna. Si no se tiene claro qué son y en que consisten: ¿Quién determina cuáles son los tratados internacionales que contienen normas sobre derechos humanos?, ¿Será el poder ejecutivo el que a su entera voluntad determine cuáles tratados aprobar y cuáles no?.

Al revisar la legislación interna, se puede observar que en cuanto a la aplicación de la normativa penal, los derechos de las víctimas y victimarios se encuentran a buen cubierto. Sin embargo no dejan de tener el rango de ley, por lo que su consagración carece de la fuerza, como la tendría con su consagración constitucional expresa, que dotaría de mayor seguridad y certeza a los partícipes del proceso penal, incluido el juez.

En síntesis, se respeta la normativa internacional que versa sobre derechos humanos, transformando en ley de la República las exigencias de éstos instrumentos. Sin dudas, desde este punto de vista los derechos humanos constituyen una herramienta útil en la

consecución de un anhelo humano tan importante como la obtención de justicia, es decir, se trata de una verdadera carretera doble vía hacia el objetivo final, en desmedro del antiguo camino de asfalto existente antes de la reforma procesal penal. Sin embargo, el lugar al que se llega mediante esta nueva carretera desilusiona bastante: menos condenas, más acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales. Este resultado se aleja bastante de lo que entendemos por justicia, producida por carencia de que adolece la Constitución

Es así como en informe elaborado por la Fundación Paz Ciudadana²¹, presenta interesantes conclusiones: La mayoría de las penas privativas de libertad impuestas a delincuentes, se encuentran dentro de los mínimos establecidos, existan o no circunstancias atenuantes. Las penas privativas de libertad se aplican en mayor cantidad a delitos menos graves en términos de daño directo, así el 81% de los condenados por tráfico de drogas cumple pena en la cárcel, contra un 49% de robo o hurto, 70% por violación y 68% por homicidio.

El problema no está en los derechos humanos, sino en la influencia y mala interpretación que de ellos se hace. Ya vimos que sólo con el reconocimiento jurídico, los derechos humanos adquieren la categoría de tales, y no antes. En el plano judicial, el juez simplemente acata la ley y la aplica, no tiene margen de discreción, sino sólo el que le da el rango de la pena, y lamentablemente es ya una constante que se aplican en su mínimum.

Pero respecto al legislador, no cabe más que decir que ellos sí pueden corregir esta situación, estableciendo nuevos rangos de pena, aumentando la duración de las mismas y restringiendo las posibilidades de libertad para los delincuentes. Ya se ha dado un paso con la reforma procesal penal, ahora basta establecer estos derechos llamados fundamentales en el proceso, más el objetivo que se quiere lograr con la aplicación de penas tomando en consideración lo que más queremos proteger, en nuestra Carta Fundamental, para así construir una estructura sólida que ayude a velar por aquellos que realmente necesitan de los derechos humanos.

²¹ Hurtado, Paula. Jünemann, Francisca. "Estudio Empírico de Penas en Chile", Fundación Paz Ciudadana y Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, 2001.

Concluyo señalando que los derechos humanos, en cuanto sean normas positivas, acordadas democráticamente, constituyen una herramienta útil que permite perseguir los delitos de manera adecuada, y ser más estrictos en la aplicación de sanciones. Esto se logra positivando, de la manera más extensa y detallada que se pueda, sin temor. Las restricciones sólo se encuentran en la cabeza de quienes legislan y quienes ejercen jurisdicción, más no en los llamados derechos humanos o fundamentales.

Bibliografía

- Pérez Luño, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 1984, quinta edición 1995, editorial Tecnos, Madrid (1995)
- Squella Narducci, Agustín, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 31 de mayo de 1991, (1991), Edeval, Valparaíso.
- Maritain, Jaques, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural 1939-1945*
- Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, *La Razón de los Derechos, Perspectivas Actuales Sobre la Fundamentación de los Derechos Humanos*, editorial tecnos, 1995, Madrid.
- Bobbio, Norberto, *El Tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, primera edición, 1991, Madrid
- Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, tomo I, 1990, primera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago
- Villavicencio Miranda, Luis, *La Constitución y los Derechos Humanos*, 1998, primera edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago.
- Verdugo Marinkovic, Mario. Pfeffer Urquiaga, Emilio. Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional*, tomo I, 1994, primera edición, Editorial Andrés Bello, Santiago
- Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile, resultado de una investigación exploratoria*, primera edición 2002, Santiago.
- Ministerio Público, Fiscalía Nacional, *La víctima y el testigo en la reforma procesal penal*, editorial fallos del mes, primera edición, 2003, Santiago

- Lidia Casas Becerra y Alejandra Mera González- Ballesteros, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena*, cuadernos de análisis jurídico Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, primera edición 2004, Santiago.
- Hurtado, Paula. Jünemann, Francisca. “Estudio Empírico de Penas en Chile”, Fundación Paz Ciudadana y Gobierno de Chile, Ministerio de Justicia, 2001, Santiago.
- Atria, Fernando, *Los Peligros de la Constitución, la idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, cuadernos de análisis jurídicos Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, diciembre 1997, Alfabetas artes gráficas, 1997, Santiago.
- Gros Espiel, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, análisis comparativo*, febrero 1991, Editorial Jurídica de Chile, 1991, Santiago.
- Vergés Ramírez, Salvador, *Derechos Humanos: Fundamentación*, 1997, Editorial Tecnos, Madrid.
- Beuchat, Mauricio, *Derechos Humanos, Historia y Filosofía*, 1991, segunda edición 2001, Biblioteca de Ética Filosófica del derecho y política, Editorial Fontana, Mexico.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	1
1. El concepto de derechos humanos	
1.1 Delimitación	3
1.1.1 Límites internos.....	5
1.1.2 Límites externos.....	7
1.2 Formulación de un concepto.....	8
2. El fundamento de los derechos humanos	
2.1 Corriente iusnaturalista.....	11
2.2 Corriente positivista	17
2.3 Tesis histórico jurídica	19
2.4 La tesis de Norberto Bobbio.....	20
3. Origen y consagración de los derechos humanos	
3.1 Bases y gestación.....	25
3.2 Nacimiento de los derechos humanos.....	28
3.3 Positivación.....	30
4. La consagración de los derechos humanos en la legislación interna.	
4.1. Análisis del artículo 5to de la Constitución	
Política de la República.....	32

4.2. El sistema de protección de los derechos humanos en la Constitución	37
4.3. El sistema de protección de los derechos humanos en la legislación procesal penal.	
4.3.1 Situación antes de la reforma procesal penal.....	40
4.3.2 El nuevo proceso penal y los derechos humanos	
4.3.2.1 Cambios estructurales.....	44
4.3.2.2 Protección de los derechos de los victimarios.....	46
4.3.2.3 Protección de los derechos de las víctimas.....	47
5. Conclusiones	57
Bibliografía.....	60