

Hugo A. Llanos Mansilla*

Cumplimiento por Chile de la sentencia del caso Almonacid de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Introducción

El presente artículo se refiere a la obligación de Chile a cumplir con la sentencia del caso **Almonacid** de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuyo desconocimiento acarrearía su responsabilidad internacional.

El término de la Segunda Guerra Mundial produce un fuerte movimiento que tiende a la humanización del Derecho Internacional, protegiendo y beneficiando al hombre, y reconociéndole el goce, cada vez mayor, de determinados derechos.

Los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos constituyen un claro ejemplo de este desarrollo de los Derechos Humanos

Como lo anota Lauterpacht¹, la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso Jurisdicción de los Tribunales de Dantzig, reconoció la posibilidad de que los individuos adquieran derechos directamente de los tratados internacionales.

En efecto, dijo la Corte: "Se puede admitir fácilmente que, según un principio de Derecho Internacional bien establecido, el acuerdo internacional, no puede como tal crear directamente derechos y obligaciones para particulares. Pero no se puede discutir que en la intención de las partes el objeto mismo de un acuerdo internacional puede

¹ Celso de Albuquerque Mello, obra citada, pág. 418.

El Derecho consuetudinario otorga derechos a la persona humana, cuya violación acarrea la responsabilidad internacional del Estado. Por ejemplo, los derechos de un extranjero en su territorio.

* Profesor titular de Derecho Internacional Público en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Central y Universidad Bernardo O'Higgins

ser la adopción por las partes de reglas determinadas que creen derechos y obligaciones para individuos y susceptibles de ser aplicados por los tribunales nacionales”².

En el **caso de la Fábrica Chorzow**, la misma Corte Permanente declaró: “El Derecho Internacional no excluye que un Estado acuerde a otro el derecho de pedir a instancias arbitrales que concedan directamente a súbditos de este último indemnizaciones por los perjuicios que hayan sufrido como consecuencia de una violación del Derecho Internacional por el primer Estado”³.

En esta etapa del desarrollo del Derecho Internacional, lo normal es que la persona humana vaya adquiriendo, en forma más creciente, derechos para fines determinados y precisos

“Según la teoría ortodoxa, los individuos y las sociedades privadas, a diferencia de los Estados y, hoy, de las organizaciones internacionales asimiladas para algunas cosas a los Estados, son meros objetos, y no sujetos, de Derecho Internacional. Pero, en los últimos años, esto ha sido puesto en tela de juicio por no pocos autores prestigiosos, los cuales defienden que el individuo es, o debe ser, considerado como sujeto.

Las diferencias son principalmente jurídicas, porque de lo que se trata es de si los derechos y deberes del individuo derivan directamente del Derecho Internacional, o sólo indirectamente, a través de la incorporación de las normas leyes internacionales al derecho y a las costumbres nacionales. Cuando se dispone en un tratado que los nacionales extranjeros tienen determinados derechos en el territorio de los Estados signatarios, ¿derivan esos derechos directamente del tratado, o sólo de la legislación nacional que cumple sus cláusulas? ¿Son las normas derivadas de los tratados y del Derecho consuetudinario, únicamente compromisos formales, contraídos por los Estados, de procurar que se cumplan en su nación, o imponen por sí mismos derechos y deberes a los beneficiarios privados? ¿Importa mucho el que la respuesta sea una u otra?

En general, los que dicen que los derechos individuales derivan directamente del Derecho Internacional están adoptando, en cierta manera, una postura favorable al Derecho natural. Los primeros se basan en la teoría del Derecho natural expresamente y alegan “derechos inalienables”; aluden a los precedentes sentados en virtud del Derecho de naciones; advierten que el conjunto de los tratados, o en su mayor parte, regulan de hecho, directamente, los derechos individuales de una u otra índole y no relaciones estatales; aducen que ciertos crímenes (de los cuales el ejemplo principal es la piratería) se consideran como delitos contra el Derecho de naciones, y este antiguo precedente se corrobora con las declaraciones hechas en Nuremberg, de que los criminales de guerra debían ser castigados por violar la ley internacional contra la guerra de agresión; y, finalmente, citan los casos numerosos de tribunales especiales -como las comisiones para atender a las reclamaciones- ante los cuales los individuos se han

² CPJI, 1928. Serie B, W 15, pág. 17

³ CPJI, 1928. Serie A, N_ 17, pág. 28.

querellado directamente de violaciones de las garantías internacionales, aunque, de ordinario, no pueden hacerse valer de manera igualmente directa.

A excepción de las diferencias producidas por ideas y definiciones distintas del Derecho, no hay desacuerdo en cuanto a su proceso real. Los que afirman que los derechos y deberes individuales emanan directamente del Derecho Internacional, no discuten que, en realidad, no haya tribunales, excepto los nacionales, donde pueden ser defendidos tales derechos. Tampoco niegan que la inmensa mayoría de los que toman las decisiones nacionales no creen tener razón en realidad, aunque se empeñan en que sólo admitiendo su punto de vista pueden explicarse como es debido ciertas prácticas anteriores. Tampoco discute el positivismo ortodoxo la obligación que tienen los Estados de dictar leyes en armonía con el Derecho Internacional, y de urgir el cumplimiento de lo estipulado en los tratados y de lo dispuesto por la costumbre dentro del territorio nacional. Consienten en que los individuos esgriman directamente la doctrina del Derecho Internacional en muchos tribunales nacionales, pero insisten en que esto se debe a que las reglas en cuestión son parte del Derecho nacional creado por los soberanos al cumplir con sus compromisos internacionales. Como, además, reconocen que puede haber derechos y deberes individuales emanados directamente del Derecho Internacional, si los Estados así lo prescriben y crean organismos internacionales o supranacionales para administrados, las consecuencias prácticas de las diferencias teóricas parecerán mínimas.”⁴

El Derecho Internacional ha aprobado los siguientes textos y convenios internacionales destinados a la protección de la persona humana. Entre los más importantes destacaremos:

A.- LOS DERECHOS HUMANOS.- Convenios internacionales.

1.- La Carta de las Naciones Unidas

Chile fue uno de los Estados que participó en la redacción y suscripción de la Carta que crea, en 1945, en la ciudad de San Francisco, la Organización de las Naciones Unidas.

Con la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, en 1945, se inicia la protección universal de los derechos de la persona humana, que busca obtener de los Estados la obligación jurídica de respetarlos⁵.

⁴ MORTON A. KAPLAN Y NICHOLAS DE B. KATZENBACH, *Fundamentos políticos del Derecho Internacional*, México, 1965, págs. 126 a 128.

⁵ La brutal violación de los derechos de la persona humana cometida durante la Segunda Guerra Mundial movió a los redactores de la Carta de las Naciones Unidas a tener presente que la protección de dichos derechos es esencial para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

La primera Declaración de los Derechos del Hombre se efectuó en los Estados Unidos con la Declaración de Virginia, de 1776. Luego, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos y su proclamación de Dere-

Es así que en el Preámbulo de la Carta se reafirma “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”.

En los Propósitos, la Carta establece en su artículo 1º: “3. Realizar la cooperación internacional en la solución de los problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

Por su parte, el artículo 13, al referirse a la Asamblea General, dice: “1. La Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para los fines siguientes:

- b) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

El Capítulo IX de la Carta, que se refiere a la Cooperación Internacional Económica y Social, consigna en el artículo 55 lo siguiente: “Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

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

Y el artículo 56 agrega: “Todos los miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55”.

El Capítulo X, que trata del Consejo Económico y Social, al referirse a las funciones de éste, dispone en el artículo 62 lo siguiente: “2. El Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

Por su parte, el artículo 68 señala: “El Consejo Económico y Social establecerá comisiones de orden económico y social, y para la promoción de los derechos

chos inserta en las diez primeras enmiendas de la Constitución y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, efectuada por la Asamblea Nacional francesa, en 1789, constituyeron importantes hitos en la protección de los derechos fundamentales del hombre. Lo mismo cabe decir de la Carta Magna, en 1215, de la Protección de Derechos, de 1628, y de la Declaración de Derechos y la Ley de Establecimiento, de 1689, en Gran Bretaña.

humanos, así como las demás comisiones necesarias para el desempeño de sus funciones”.

La última disposición de la Carta que se refiere a los derechos humanos es el artículo 76, que establece los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria. Entre éstos, determina: “e) promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. . .”

Pese a todas estas disposiciones legales citadas, la Carta de las Naciones Unidas no define los derechos humanos, ni establece tampoco los dispositivos legales tendientes a asegurar su protección.

2. La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, es el Consejo Económico y Social el órgano principal de la Organización encargado de velar por los derechos humanos. En 1946 se constituyó la *Comisión de Derechos Humanos*⁶ prevista en el artículo 68 de la Carta, para llevar a cabo estudios y preparar proyectos de tratados, en aplicación de los artículos 55 y 56 de la Carta.

La Declaración Universal tiene treinta artículos que, como lo expresó en 1968 el ex Secretario General de las Naciones Unidas, U Thant, *habían ya inspirado, en dicho año, por lo menos cuarenta y tres constituciones*, a lo que hay que agregar que en todos los continentes se pueden encontrar leyes que expresamente citan o reproducen disposiciones de la Declaración⁷. Así, por ejemplo, la Declaración ha influido en las Constituciones de Guinea (1958), Madagascar (1959), Costa de Marfil, Mali y Níger (1960), Gabón y Mauritania (1961), Burundi (1962), Argelia, la República del Congo, Senegal y Toga (1963), Zaire (1967), Dahomey y Alto Volta (1970) y Cae merún (1973). También se refiere a la Declaración Universal el Acta Final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa, realizada en Helsinki, en 1975.

A juicio de H. Waldock⁸, este reconocimiento constante y generalizado de los principios de la Declaración *reviste el carácter de Derecho consuetudinario*.

Esto último tiene innegable importancia si consideramos que la Declaración no revistió forma de tratado sino de una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, que normalmente no es vinculante para los Estados. Sus redactores no la concibieron

⁶ Esta Comisión fue reemplazada, en el año 2006, por el Consejo de Derechos Humanos.

⁷ Acta de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, reunida en Teherán, en 1968. Doc A/CONF. 32/41, pág. 37, en *La ONU: Dilema a los 25 años*. Editores: María del Rosario Green y Bernardo Sepúlveda, México, 1970, pág. 155.

⁸ I.C.L.Q. Suplemento Especial N° 11, 1965, pág. 15, en *La ONU: Dilema...*, pág. 154.

como estableciendo obligaciones legales exigibles para los miembros de la comunidad internacional, ni como medio de interpretar las estipulaciones de la Carta.

Como lo indica Akehurst⁹ es posible, sí, que la Declaración Universal pudiera haberse convertido, posteriormente a su formulación, en obligatoria, como una nueva regla de derecho consuetudinario. Así, la Conferencia de las Naciones Unidas reunida en Teherán, en 1968, adoptó una solución que proclamó que la Declaración Universal de Derechos Humanos [...] *constituyó una obligación para los miembros de la comunidad internacional*¹⁰

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General, reunida en París, aprobó dicha Declaración por 48 votos a favor, 0 en contra y 8 abstenciones, resultado del difícil equilibrio logrado entre dos concepciones tan diferentes del hombre: la liberal occidental y la socialista¹⁰

3.- La Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Nos referiremos brevemente a esta Convención por la influencia que tuvo sobre la Convención Americana de Derechos Humanos.

Fue suscrita en Roma el 14 de noviembre de 1950, entrando en vigencia en 1953, luego de que un protocolo adicional, suscrito en París, la complementó, en 1952¹¹ Posteriormente, han sido suscritos otros catorce protocolos adicionales. El Protocolo 9 permitió a los individuos a llevar sus demandas directamente ante la Corte y el Protocolo No. 11 modificó la estructura de la Convención, suprimiendo la Comisión y dejando únicamente a la Corte.

En 1961, la Carta Social Europea incorporó los derechos sociales y económicos del hombre europeo, entrando en vigencia en 1965.

Con lo anterior se llenó un vacío de la Convención Europea, la que si bien había incluido, más detalladamente, casi todas las disposiciones de la Declaración Universal, no lo hizo con los denominados derechos económicos y sociales. La Carta Social incorporó diecinueve de éstos.

Otros derechos se añadieron en el Protocolo Adicional de 1952

⁹ Obra citada, págs 125-126

¹⁰ La ex Unión Soviética, Bielorrusia, Ucrania, Checoslovaquia, Yugoslavia, Polonia, Arabia Saudita y la Unión Sudafricana votaron en contra

¹¹ Fue elaborada en el seno del Consejo de Europa. En éste, cada Estado -, todos Estados democráticos de Europa- reconoce el principio del imperio del derecho y del principio en virtud del cual toda persona bajo su jurisdicción debe disfrutar de los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 3º del Estatuto).

Todo miembro del Consejo que infrinja gravemente esta disposición puede ser suspendido o expulsado de él.

El Protocolo de 1963 garantiza otros cuatro derechos: la prohibición de encarcelamiento por deudas; la libertad de movimiento y de residencia; la prohibición de la expulsión colectiva de extranjeros¹²

En la Carta Social, los Estados aseguran el derecho al trabajo; a que éste se realice en condiciones equitativas, de higiene y de seguridad, y mediante una remuneración equitativa; se asegura la libertad sindical, de negociación colectiva; se protege a los niños, a los adolescentes ya las mujeres trabajadoras; a la salud y seguridad social; a la asistencia médica y social, etc.

La Parte II de la Convención de Roma y los protocolos adicionales se preocupan de los mecanismos llamados a garantizar el cumplimiento de sus disposiciones.

Se establecieron originariamente dos órganos: la Comisión¹³ y la Corte Europea de Derechos Humanos. También es importante destacar el rol efectivo que le corresponde realizar al Comité de Ministros del Consejo de Europa

Afirma Díez de Velasco¹⁴: «Creemos, por tanto, que el fundamento moderno de las reclamaciones sobre derechos individuales ejecutado directamente por parte de los Estados ha cambiado y nos aparece exacta la afirmación de Eustathiades que dice que «sobre todo después de las evoluciones recientes, la nacionalidad como base de una reclamación ha sido completada por otra noción que se considera también suficiente para fundar una reclamación internacional. Son estas nociones, en el caso de la protección del derecho del individuo, la garantía del funcionamiento de un servicio público internacional» (Eustathiades, *Les sujets du Droit International et la responsabilité internationale*, Paris, 1956, pág. 540)».

El Comité de Ministros, cuando el caso no ha sido sometido a la Corte Europea de Derechos Humanos dentro del plazo de tres meses de recibido el informe, por mayoría de votos de dos tercios, establecerá si ha habido violación de la Convención. Consecuencia de su decisión serán las medidas a adoptar, las que pueden consistir desde una petición de rectificar la conducta impugnada dentro de un determinado plazo, o una reparación equitativa, hasta la medida extrema de expulsión del Estado infractor del Consejo de Europa.

La aceptación de la jurisdicción de la Corte, que se extiende a todos los casos relacionados con la interpretación y aplicación de la convención, es facultativa para los Estados partes en la Convención.

Los Estados pueden declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin acuerdo especial, la jurisdicción de la Corte. Sólo diez países la han aceptado.

¹² Todos los derechos referidos son derechos civiles y políticos

¹³ Hoy suprimida

¹⁴ *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1996, , págs.242-243

La Corte puede, además, emitir dictámenes u opiniones jurídicas, a petición del Comité de Ministros.

El protocolo nº 11 del convenio europeo de derechos humanos (Noviembre de 1998)

Antes de la entrada en vigor del protocolo nº 11, el mecanismo de control descansaba en una estructura tripartita: -la Comisión, encargada de pronunciarse sobre la admisibilidad de los recursos, establecer los hechos, contribuir a las soluciones amistosas y, en su caso, formular un dictamen sobre si hay o no violación del Convenio; -La Corte, encargado de pronunciar un sentencia definitiva sobre los recursos que le remite la Comisión o una parte contratante interesada; -el Comité de Ministros del Consejo de Europa, encargado, por una parte, de adoptar una decisión definitiva y obligatoria sobre las cuestiones que no se han remitido al Tribunal y, por otra parte, de vigilar la ejecución de sus decisiones o de las sentencias del Tribunal. Sin embargo, con el paso de los años, el sistema creado fue víctima de su propio éxito. El volumen de litigios tratados por la Comisión y el Tribunal no dejó de aumentar. A modo de ejemplo, se puede citar que en 1981 la Comisión había registrado 400 recursos. En 1997, esta cifra se elevaba a 4.750. En cuanto al Tribunal, sólo tuvo que pronunciarse sobre 26 recursos entre el año de su creación en 1959 y 1976; sólo en 1997 pronunció unas 200 sentencias. Este riesgo de progresiva asfixia de los órganos del Convenio aumentó con la llegada masiva al Consejo de Europa, en los últimos años, de países de Europa central y oriental. Aunque el Consejo de Europa contaba sólo con diez Estados en el momento de su creación en 1950, hoy reagrupa a 40 Estados, todos ellos parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- El protocolo nº 11, que entró en vigencia el 1º Noviembre de 1998, reemplazó a la Comisión y al funcionamiento parcial de la Corte, estableciendo que ésta sesionará permanentemente.

Modifica la estructura actual del mecanismo de control, creando una jurisdicción permanente única, compuesta por un número de jueces igual al de Estados parte. Los recursos llevados ante el Tribunal son primero sometidos a un comité de tres jueces que puede declararlos improcedentes sin examen adicional. Si así fuera, el recurso queda sometido a una sala de siete jueces que se pronuncia sobre la admisibilidad y la cuestión de fondo.

- Las partes tienen la posibilidad, en casos excepcionales, de solicitar el reexamen del recurso por parte de una cámara superior de 17 jueces, bajo reserva del acuerdo de un comité de filtraje. La sala también puede inhibirse en beneficio de la sala superior incluso antes de haber pronunciado sentencia, si el recurso suscita una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus protocolos o si la solución de la cuestión puede llevar a una contradicción con una sentencia anterior del Tribunal.
- Las sentencias de la Sala o de la Sala Superior se remiten al Comité de Ministros, que vela por su ejecución, como ocurría en el antiguo sistema. Los tres años siguientes a la

adopción del Protocolo 11, la labor de la Corte tuvo un recargo sin precedentes. Es así que el número de demandas creció de 5,979 in 1998, a 13,858 in 2001, un aumento aproximado de un 130%. De aquí que se aprobó el Protocolo 14, el 13 de mayo de 2004, que modifica nuevamente la estructura legal de la Convención, -no está aún en vigencia-, estableciendo un sistema que seleccionará previamente los casos sometidos a consideración de la Corte;

4.- La Carta de la Organización de los Estados Americanos¹⁵, Chile, como Estado Miembro de la OEA, está obligado a cumplir con las disposiciones de su Carta, la que establece en su artículo 3 que “los Estados Americanos reafirman los siguientes Principios:

- a) el Derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas; ...
- c) La buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre si;.....
- k) los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de⁴ raza, nacionalidad, credo o sexo.....”

5.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Establece el artículo 16 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos -OEA- lo siguiente: “Cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento d Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”.

En consecuencia, a diferencia de la Carta de las Naciones Unidas, donde la vaguedad del lenguaje ha dado origen a diferentes interpretaciones, la Carta de la OEA establece *la obligación internacional de respetar los derechos de la persona humana*. Se dice que el Estado “respetará” los derechos de la persona humana. Hay aquí una exigencia explícita para el Estado.

En 1948, la OEA aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, muy similar a la Declaración Universal de Naciones Unidas. Aprobó también la Carta Interamericana de Garantías Sociales.

La 5ª Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, reunida en Santiago en 1959, creó una Comisión Interamericana de Derechos Humanos, compuesta de siete miembros, e instruyó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos para que preparara una: Convención Interamericana de Derechos Humanos y la creación de una Corte Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos. El Estatuto de la

¹⁵ Reformada por el Protocolo de Buenos Aires, de 1967, y por el Protocolo de Cartagena, de 1985.

Comisión fue aprobado, en 1960, por el Consejo de la OEA y enmendado, en 1965, por la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, reunida en Río de Janeiro.

La III Conferencia Interamericana Extraordinaria, reunida en Buenos Aires en 1967, que aprobó las reformas introducidas a la Carta de La OEA ¹⁶ estableció como órgano de ésta a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. ¹⁷ El artículo 112 de la Carta de la OEA dice: “Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá como función principal, la de promover la observación y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”. Agrega: “Una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como la de los otros órganos encargados de esa materia”.

En 1968, el Consejo de la OEA presentó a los Estados miembros el Proyecto de Convención preparado por la Comisión Interamericana, el que fue aprobado como Convención Americana de Derechos Humanos en una conferencia especializada de derechos humanos, reunida en Costa Rica, del 7 al 28 de noviembre de 1969. ¹⁸ Entró en vigencia el 18 de julio de 1978 ¹⁹

Esta Convención protege veintiséis derechos y libertades, dieciocho de los cuales están incluidos en la Convención Europea, ya analizada, y sus protocolos, y ocho han sido tomados del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos.

De acuerdo con el artículo 1º de la Convención Americana: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o de cualquier condición social. . . “Los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2º).

El Capítulo II se refiere a los derechos civiles y políticos: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3º); derecho a la vida (artículo 4º): toda persona tiene derecho a que se respete su vida (este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción; nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente; en los países que no han abolido la pena de muerte; ésta sólo podrá

¹⁶ Entraron en vigor en 1970.

¹⁷ Artículo 51 de la Carta de la OEA

¹⁸ Los siguientes Estados suscribieron la Convención: Barbados, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Venezuela, y Panamá.

¹⁹ La han ratificado Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador Grenada, Guatemala, Honduras, Jamaica, México Panamá, Perú., República Dominicana y Venezuela

imponerse por los delitos más graves, por sentencia ejecutoriada; en ningún caso se la puede aplicar por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos; derecho a la integridad personal (artículo 5º): nadie debe ser sometido a tortura, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; prohibición de la esclavitud y servidumbre (artículo 6º); derecho a la libertad personal (artículo 7º): toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales; nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario, debiendo ser informado de las razones de su detención y ser notificado, sin demora, del cargo o cargos formulados en su contra; debe ser llevado, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Las garantías judiciales están consignadas en el artículo 8º y el artículo 9º establece el principio de legalidad y de retroactividad.

Otros derechos que caben destacarse son: el derecho a la indemnización (artículo 10): toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial; protección de la honra y de la dignidad (artículo 11); libertad de conciencia y de religión (artículo 12); de pensamiento y de expresión (artículo 13); derecho de reunión (artículo 15); libertad de asociación (artículo 16); protección a la familia (artículo 17); derecho a la nacionalidad (artículo 20); derecho a la propiedad privada (artículo 21): toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes, pudiendo la ley subordinar tal uso y goce al interés social; derecho de circulación y de residencia (artículo 22).

Entre los derechos políticos, se enumeran los siguientes: el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto; tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Los derechos económicos, sociales y culturales fueron incorporados a la Carta de la OEA mediante el Protocolo de Buenos Aires, de 1967, que reformó la Carta. Ellos, en consecuencia, no se encuentran mencionados en la Convención Americana, la que en su artículo 26 sólo consigna que los Estados se comprometen a adoptar providencias para lograr su plena efectividad²⁰.

La Convención establece como competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

²⁰ Las normas económicas están tratadas en la Carta de la OEA, en los artículos 29 al 42; las normas sociales, en los artículos 43 y 44, y las normas sobre educación, ciencia y cultura, en los artículos 45 al 50.

Entre las normas económicas se destacan: el compromiso de los Estados para lograr que impere la justicia social en el continente y para que sus pueblos alcancen un desarrollo económico y armónico, como condiciones indispensables para la paz y seguridad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores tiene lugar en Santiago, del 12 al 18 de agosto de 1959, y encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos elaborar un proyecto de Convención sobre derechos humanos y crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos²¹

El origen de la Comisión no fue un tratado, sino una resolución de uno de los órganos de la OEA. Según la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta, la Comisión se componía de 7 miembros, elegidos a título personal, de ternas de candidatos presentados por los gobiernos al Consejo de la OEA. Las personas elegidas deben ser de alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de derechos humanos. No pueden haber dos nacionales del mismo Estado y deberían ser elegidos de acuerdo al principio de la representación colectiva. Eran elegidos por 4 años y podían ser reelegidos.

La Comisión tendría las atribuciones que el Consejo le señalara. Así, en 1960, el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus miembros. Se la concibió como una entidad autónoma de la OEA cuya función se limitaba a promover entre los Estados Partes el respeto de los derechos humanos²² consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. No obstante lo limitado de sus atribuciones²³, desplegó una intensa actividad en defensa de los derechos humanos.

Su sede fue la de la Unión Panamericana en Washington D.C.²⁴, pero se la facultó para sesionar en el territorio de cualquier Estado, si así lo acordara la mayoría absoluta de sus miembros, con el acuerdo del Estado a visitar.

Será el Protocolo de Buenos Aires, suscrito el 27 de febrero de 1967 y en vigor el 27 de febrero de 1970, que enmendó la Carta de la OEA, el que fortaleció las bases jurídicas de la Comisión incorporándola al texto de la Carta y designándola como un órgano principal de la Organización²⁵, cuya función principal será "promover la observancia y protección de, los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización"²⁶.

La estructura y competencia de la Comisión, así como sus procedimientos serán determinados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita el 21 de noviembre de 1969²⁷.

²¹ Héctor Faúndez Ledesma: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2004, pág. 34.

²² Id., pág. 35

²³ No podía recibir y tramitar peticiones o comunicaciones individuales

²⁴ Actualmente la Secretaría General de la OEA

²⁵

²⁶ Artículo 51 de la Carta de la OEA

²⁷ Entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Siguió el sistema adoptado por Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 y

Esta Convención incorporó como órgano a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y creó una Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Competencia ratione temporis. - La Convención no se aplica retroactivamente por hechos anteriores a su vigencia o anteriores a la ratificación del Estado. Esta última situación la alegó Argentina y fue atendida por la Comisión. Diferente situación es si la violación anterior continúa después de su entrada en vigor para el Estado denunciado: por ej, un proceso extendido más allá de un tiempo razonable o una detención ilegal o violaciones ocurridas antes pero amparadas por leyes de amnistía, si favorecen abusos previos o constituyen denegación de justicia. Por esta situación fueron denunciados Chile, Argentina y Uruguay.

En un caso de denuncia contra Chile, por la amnistía decretada por el gobierno militar que, según la Comisión favorecía a los partícipes de los planes gubernamentales del régimen militar, dijo la Comisión:

“La autoamnistía fue un procedimiento general por el cual el Estado renunció a sancionar ciertos delitos graves. Además, el decreto, de la manera como fue aplicado por los tribunales chilenos, impidió no solamente la posibilidad de sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino también aseguró que ninguna acusación fuera hecha y que no se conocieran los nombres de los responsables (beneficiarios) de forma que, legalmente, éstos han sido considerados como si no hubieran cometido acto ilegal alguno. La ley de amnistía dio lugar a una ineficacia jurídica de los delitos y dejó a las víctimas y a sus familias sin ningún recurso judicial a través del cual se pudiese identificar a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura militar, e imponerles los castigos correspondientes” Informe 34/06 casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282, en contra de Chile, adoptado el 15 de octubre de 1992.²⁸

En un tema relacionado, la prescripción de la acción civil²⁹, cabe precisar que de acuerdo a los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando ha habido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. A juicio de la Corte Interamericana, el artículo 63.1 de la Convención “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte (...) y la jurisprudencia de otros tribunales (...)” (Caso Aloeboetoe y otros de 1993).

En un fallo del 2002, aplicando este criterio señala la Corte Interamericana: “Tal como ha indicado la Corte, el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja

en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. No contempló sí, un órgano político como el Comité Político del Consejo de Europa, lo que le resta eficacia para exigir el cumplimiento de las medidas adoptadas: cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, por ejemplo.

²⁸ Informe 34/06 casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282, en contra de Chile, adoptado el 15 de octubre de 1992.

²⁹ Ver fallos Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11.821-2003 y Rol 37.483 – 2004.

una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, *al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación*". (Caso **Trujillo Oroza**, de 2002. En el mismo sentido: caso **Cantoral Benavides**, de 2001; caso **Cesti Hurtado**, de 2001; caso **Villagrán Morales y otros**, de 2001; caso **Bámaca Velásquez**, de 2002).

En otras sentencias la misma Corte ha manifestado: "Es un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado 'incluso una concepción general de derecho', que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente". (Caso **Velásquez Rodríguez**, de 1989. En el mismo sentido caso **Godínez Cruz**, de 1989. Asimismo la Corte cita fallos de otros tribunales en que se ha sostenido la misma doctrina, dictados los años 1927, 1928 y 1949).

La Corte también ha aclarado que el artículo 63.1 de la Convención no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de manera que la obligación "no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo". (Caso **Velásquez Rodríguez**).

De otra parte, se ha señalado que esta responsabilidad estatal surge sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, lo cual resulta lógico ya que indudablemente una violación de derechos humanos, por su naturaleza, supone dolo o al menos culpa estatal. En este sentido refiere el juez Cancado Trindade: "En mi entender, la responsabilidad internacional del Estado se compromete a partir del momento en que deja él de cumplir una obligación internacional, independientemente de la verificación de falla o culpa de su parte, y de la ocurrencia de un daño adicional. Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la conducta objetiva del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de los derechos humanos). Se puede, así, ciertamente *llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o "absoluta" del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los derechos humanos. Sobre dicha responsabilidad objetiva reposa el deber de prevención*". (Voto del Juez A Cancado. **Caso El Amparo**).

Violación de la Convención Americana mediante ley interna. - *La jurisprudencia de la Comisión.* Un norma legal interna de un Estado puede por si sola constituir una violación de la Convención Americana. El hecho de que se trate de leyes internas y que se hayan adoptados de acuerdo con la Constitución nada significa si ellas han violado los derechos o libertades protegidos por la Convención. Ello implica determinar si la ley interna resulta violatoria de las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de un tratado.

La Corte ha decidido que una norma jurídica puede por sí mismo violar la Convención Americana, independientemente que se haya aplicado a un caso particular ³⁰.

En el caso **Barrios Altos**, la Corte señaló que *la adopción de leyes de autoamnistía, incompatibles con la Convención Americana, incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrado en el artículo 2. Las leyes de autoamnistía violan los artículos 8 y 25 de la Convención, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. La autoamnistía conduce a la indefensión de la víctima y a la impunidad de los transgresores de los derechos humanos. Constituyen violaciones de jure de los derechos de las persona humana.*

En el caso **La Última Tentación de Cristo** (Olmedo Bustos y otros), la Corte señaló que *el deber del estado, establecido en el art.2 de la Convención establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención a fin de garantizar los derechos consagrados en ésta.*³¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Estatuto y el Reglamento de la Corte regulan el procedimiento a seguir ante la Corte.

Los Estados Parte y la Comisión, que son los únicos que pueden remitir un asunto a la Corte, luego de elaborado el Informe de la Comisión y notificado al Estado, deben decidir, dentro de los tres meses siguientes, si lo someten a la Corte. Debe entenderse que es el Estado denunciado, que jamás lo ha hecho viendo todos los casos, por que debe ser la Comisión la que lo lleva a la Corte. No obstante, sólo desde 1986 lo ha hecho. La Convención no especifica las circunstancias bajo las cuales la Comisión debe llevar el caso ante la Corte; si bien no está obligada a hacerlo, si no se ha podido resolver el caso amistosamente, debería hacerlo. Por cierto también los casos graves. La mayoría de los casos que ha sometido la Comisión se refiere a aquellos en que el derecho a la vida está en juego; lo mismo sucede si el caso es de gran trascendencia o complejidad.

Luego de la última reforma al Reglamento de la Comisión, el artículo 44 dispone que si el Estado ha aceptado la jurisdicción de la Corte, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido con las recomendaciones del informe aprobado conforme al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión

Para que la Corte pueda conocer de un caso, verificará de oficio que posee competencia para conocer del mismo: en razón de las partes que intervienen; en razón de la materia

³⁰ Caso **Suárez Rosero**: sentencia del 12 de noviembre de 1997; y Caso **Castillo Petrucci y otros**: sentencia del 30 de mayo de 1999.

³¹ Sentencia del 5 de febrero de 2001, pár. 87

objeto de la controversia; en atención al tiempo transcurrido desde la notificación al estado demandado del Informe de la Comisión. Emitida su decisión, será ésta obligatoria para las partes.

En cuanto a los Estados que intervienen: *el Estado demandado debe de haber declarado expresamente que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.* Según el párrafo 2 del artículo 62 de la Convención, esta declaración puede haber sido hecha incondicionalmente o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado, por tiempo indefinido

Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención, no podrá pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona.

La aceptación de la competencia de la Corte es que ésta sólo puede conocer de hechos que ocurran a partir de la fecha en que el estado ha aceptado la competencia de la Corte: Chile, Costa Rica, Perú, Venezuela, Panamá. Otros han reconocido la competencia de la Corte por plazo indeterminado: Brasil, Ecuador, o indefinido: Colombia, Bolivia, Uruguay. México declara que la aceptación de la competencia de la Corte será hasta un año después de la fecha en que proceda su denuncia. Ecuador se reserva el derecho de retirar el reconocimiento de la competencia cuando lo estime conveniente; lo mismo Colombia y El Salvador.

Se Adoptó un Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: **EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”** (Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General)³²

6.- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA (Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada por la Asamblea General de la OEA, el 11 de septiembre de 2001)

Este texto internacional aprobado por Chile, y al que éste debe sujetarse , señala lo siguiente:

³² Mencionaremos también la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 1974. Resolución 3281 (XXIX), que establece que las relaciones económicas y de otra índole entre los Estados se regirán , entre otros, por el *principio del respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (Capítulo I Principios Fundamentales de las Relaciones Económicas Internacionales).

La democracia y el sistema interamericano

Artículo 1

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2

El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

.....

II

La democracia y los derechos humanos

Artículo 7

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente,

consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

Artículo 8

Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo.

Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el Hemisferio.

Artículo 9

La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

7.- Los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos

Luego que las Naciones Unidas proclamaron la Declaración Universal de Derechos Humanos, se abocaron a una tarea mucho más compleja: la transformación de los principios establecidos en dicha Declaración, en disposiciones de un tratado que obligara jurídicamente a los Estados ratificantes.

Se decidió que se necesitaban dos Pactos: uno de Derechos Civiles y Políticos y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La opinión más extendida era de que debían aprobarse dichos Pactos separadamente, ya que los derechos civiles y políticos podrían asegurarse inmediatamente, en tanto que los económicos, sociales y culturales sólo podían lograrse progresivamente, de acuerdo con los recursos disponibles de cada Estado.

No fue fácil, por cierto, conciliar, en la formulación de los derechos a incluirse en los Pactos, las diferentes ideologías, culturas, religiones, etc., presentes en los Estados miembros de las Naciones Unidas.

La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ³³ emprendió en 1948, la formulación de los Pactos, terminando su redacción en 1954. La Asamblea General demoró doce años en discutirlo, habiéndolos aprobado el 10 de diciembre de 1966.

Pasarían luego otros diez años antes de que los Pactos aprobados fueran ratificados por un número suficiente de Estados, para que entraran en vigor. Cada Pacto requería un mínimo de treinta y cinco ratificaciones (o adhesiones).

Es así que sólo el 3 de enero de 1976 entró en vigor el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor el 3 de marzo de 1976, junto con su Protocolo Facultativo, que permite la presentación de reclamaciones individuales

En general, los Pactos reconocen los mismos derechos establecidos en la Declaración Universal, aunque en ésta no figura el derecho de libre determinación de todos los pueblos y al disfrute y a la utilización plena y libre de sus riquezas y recursos naturales.

En efecto, ambos Pactos reconocen en su artículo 1º “que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”

En virtud de este derecho, establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

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

Otros dos derechos incluidos en los Pactos y que deben destacarse, son los siguientes: el derecho a la huelga (artículo 8º del Pacto de Derechos Económicos) y el derecho de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Político)

Por otra parte, se ha omitido en los Pactos toda referencia a la protección de la propiedad privada.

El artículo 20 del Pacto de Derechos Civiles establece una disposición novedosa. Dice: “Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología, del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

El Pacto de Derechos Civiles preceptúa en su artículo 4: que en situaciones excepcionales, que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido procla-

³³ Hoy el Consejo de Derechos Humanos

mada oficialmente, los Estados partes podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones impuestas por el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Sin embargo en ningún caso se autoriza la suspensión de los siguientes derechos: el derecho a la vida (artículo 6); el derecho a no ser sometido a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7º); el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículo 8º, párrafos 1 y 2); el derecho a no ser encarcelado por actos u omisiones por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (artículo 11); el derecho a no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá penas mas grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito (artículo 15); el derecho que tiene todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 16) y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18).

Los Estados que han ratificado el Pacto de Derechos Civiles, elegirán un Comité de Derechos Humanos integrado por dieciocho miembros que actúan a título personal, y que deberán ser nacionales de los Estados partes. Serán personas de gran integridad moral y con reconocida competencia en materia de derechos humanos.

Cada vez que el Comité lo pida, *los Estados partes se comprometen a presentarle informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el programa que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos.*

El Comité los estudiará y transmitirá luego los informes y comentarios generales a los Estados partes. Podrá también transmitir sus comentarios al Consejo Económico y Social, junto con una copia de los informes que haya recibido.

La competencia del Comité es facultativa para conocer las comunicaciones que un Estado presente en contra de otro. En efecto, el artículo 41 señala que todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones que le impone el Pacto.

El Comité no admitirá ninguna comunicación si el Estado que la formula no ha hecho dicha declaración.

Si un Estado Parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones del Pacto, podrá señalar el asunto a la atención de dicho Estado, mediante comunicación escrita. Dentro del plazo de tres meses contado desde la fecha de recibo de la comunicación, el Estado destinatario proporcionará al que envió la comunicación una explicación o cualquier declaración que aclare el asunto. Si éste no se resuelve a

satisfacción de ambos Estados en un plazo de seis meses contado desde la fecha en que el Estado destinatario recibió la primera comunicación, cualquiera de los dos Estados interesados podrá someter el asunto al Comité. Este lo conocerá luego de cerciorarse de que se han interpuesto y agotado todos los recursos de jurisdicción interna, salvo cuando éstos se hayan prolongado injustificadamente.

A reserva de lo expuesto, el Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados interesados a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales reconocidas en el Pacto. El Comité podrá solicitar a los Estados interesados cualquier información. Estos pueden presentar exposiciones verbalmente o por escrito.

El Comité dentro de los doce siguientes a la fecha de recibo de la comunicación presentará un informe en el cual: i) si se ha llegado a una solución, al haber interpuesto sus buenos oficios, se limitará a una exposición de los hechos y de la solución alcanzada; ii) si no se ha llegado a una solución se limitará a una breve exposición de los hechos, agregando las exposiciones efectuadas por las partes.

El informe será enviado a los Estados partes interesados.

Si el asunto sometido al Comité por un Estado contra otro no se resuelve a satisfacción de los Estados partes interesados, el Comité, previo consentimiento de aquéllos podrá designar una Comisión Especial de Conciliación cuyos buenos oficios se pondrán a disposición de los interesados para llegar a una solución amistosa. La Comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados interesados. Si, transcurridos tres meses, éstos no se ponen de acuerdo sobre su composición, los miembros de la Comisión sobre los que no haya habido acuerdo serán elegidos por el Comité entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios.

Cuando la Comisión haya examinado el asunto en todos sus aspectos, y en todo caso en un plazo no mayor de doce meses después de tomar conocimiento del mismo, presentará al presidente del Comité un informe para su transmisión a los Estados interesados.

Si se alcanza una solución amistosa, limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada.

Si no se logra dicha solución amistosa, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre los Estados partes interesados, y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa del asunto.

En este último caso, los Estados interesados notificarán al presidente del Comité, dentro de los tres meses siguientes a la recepción del informe, si aceptan o no los términos del informe de la Comisión.

Estas disposiciones no afectan las funciones del Comité anteriormente mencionadas.

De acuerdo con lo señalado en *el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en este Protocolo, reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que a leguen ser víctimas de una violación por ese Estado parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte del Protocolo (artículo 1º).

El individuo debe haber agotado todos los recursos internos para someter su caso ante el Comité, mediante comunicación escrita. Este considerará inadmisibles toda comunicación que sea anónima, que constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.

El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que:

el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional;

el individuo ha agotado los recursos de la jurisdicción interna, salvo si éstos se han prolongado injustificadamente.

Establece el artículo 4º que el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en virtud de este Protocolo en conocimiento del Estado parte del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.

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

El Comité presentará sus observaciones al Estado parte interesado y al individuo.

8.- El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³⁴.

El 3 de abril del 2006, se creó el Consejo de Derechos Humanos, que reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos, que estaba conformada por 53 Estados elegidos por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, a partir de listas presentadas por los grupos regionales. Como consecuencia de la excesiva politización de la Comisión, lo que desacreditó sus funciones, y debido al hecho de estar integrada por países con un controvertido historial en materia de derechos humanos, adquirió gran fuerza la necesidad de su rápido reemplazo, lo que culminó con la creación del nuevo Consejo

³⁴ Aprobado por 170 votos a favor, 4 en contra- los Estados Unidos, Israel, Palau e Islas Marshall- y 3 abstenciones, Venezuela, Irán y Bielorusia

de Derechos Humanos, que está integrado por 47 miembros elegidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por simple mayoría en votación secreta³⁵.

Se ha integrado el Consejo de modo tal que haya una distribución entre los diferentes Grupos Regionales: así, el grupo africano tendrá 13 miembros, el asiático, 13; Europa del Este, 6; América Latina y El Caribe, 8; y Europa Occidental y otras democracias occidentales, 7.

El nuevo Consejo de Derechos Humanos incluye el criterio de que la membresía “tomará en cuenta la contribución de los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos”

La resolución 60/251 de la Asamblea General, de fecha 3 de abril de 2006, que creó el Consejo de Derechos Humanos, dispone sus funciones y atribuciones y señala que:

El Consejo será responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos; Deberá ocuparse de las situaciones en que se violen los derechos humanos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y hacer recomendaciones al respecto; La labor del Consejo estará guiada por los principios de universalidad, imparcialidad, objetividad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación a fin de impulsar la promoción y protección de los derechos humanos; Realizará un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; Cooperará estrechamente en la esfera de los derechos humanos con los gobiernos...; Formulará recomendaciones...; y Presentará un informe anual a la Asamblea General...”

Una de las innovaciones de este nuevo Consejo es su facultad para revisar, sistemática y regularmente, la situación de los derechos humanos en cada uno de los países miembros de las Naciones Unidas, -incluido Chile, por cierto-, con lo que evitará la crítica de selectividad en la elección de países, que se le hacía a la Comisión.

Su primera sesión la celebró el día 19 de junio del 2006,

Una de las primeras actividades del nuevo Consejo fue aprobar la *Declaración de los pueblos Indígenas*, el 29 de junio del 2006³⁶. Con esta decisión culminó un trabajo de las Naciones Unidas, que se extendió más de veinte años.

³⁵ Los 53 miembros de la Comisión, eran elegidos por bloques regionales.

³⁶ Aprobó, además, la *Convención sobre Desaparición Forzada de Personas*.

9.- El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ³⁷

El Alto Comisionado es el principal funcionario de las Naciones Unidas responsable de los derechos humanos y rinde cuentas al Secretario General. El cargo se creó en 1993. Su función es dirigir el movimiento internacional de derechos humanos desempeñando la función de autoridad moral y portavoz de las víctimas. Asimismo, *el Alto Comisionado estimula el diálogo y fomenta la cooperación con los gobiernos para reforzar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional de cada Estado*. Trabaja con una amplia gama de actores, incluidas las organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y el sector privado, para conseguir el mayor compromiso posible en relación con los derechos humanos.

El Alto Comisionado reunirá las diferentes instituciones y organizaciones que trabajan por los derechos humanos en todo el mundo y las alentará a trabajar con el sistema de las Naciones Unidas en pro del progreso de los derechos humanos. Fomenta las relaciones entre instituciones y organizaciones nacionales, regionales e internacionales para asegurar la implementación práctica de las conclusiones y recomendaciones de los órganos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos.

10.- Derechos de los Pueblos Indígenas

Dentro del proceso de fortalecimiento de los derechos humanos, tiene un rol preponderante, el fortalecimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Chile, con las etnias que lo pueblan, estará vinculado a las resoluciones que se adopten en esta materia.

Recientemente las Naciones Unidas aprobaron la *Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas*³⁸

Entre las disposiciones más importantes resaltaremos las siguientes:

Artículo 1

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

³⁷ Debemos mencionar también la Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen del Apartheid, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 30 de noviembre de 1973

³⁸ Aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, Resolución 2006/2 de fecha 29 de junio de 2006

Artículo 2

Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos en cuanto a dignidad y derechos y tienen el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación desfavorable fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y a gozar de plenas garantías contra el genocidio o cualquier otro acto de violencia, comprendida la separación de los niños indígenas de sus familias y comunidades, con cualquier pretexto.

Además, tienen derechos individuales a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.

Tiene especial relevancia también la aprobación hecha por la Organización Internacional del Trabajo-OIT-, del Convenio N° 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989 ³⁹

11- Los Derechos de la Mujer

Debemos destacar también el impulso dado por las Naciones Unidas para hacer efectiva, en la práctica, los Derechos de la Mujer

El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció, en 1946, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, a fin de preparar informes y recomendaciones al Consejo sobre el fomento de los derechos de la mujer en los campos

³⁹ Aún no ratificada por Chile. Nuestro país tampoco ha reconocido, a nivel constitucional, la existencia de los pueblos indígenas.

político, económico, civil, social y educacional. Esta Comisión está compuesta por representantes de treinta y dos Estados, elegidos por el Consejo Económico y Social por un período de cuatro años. Se reúne cada dos años en sesiones de tres semanas, para tratar los problemas de su competencia.

Chile es Parte en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW*⁴⁰ que entró en vigor el día 3 de septiembre de 1981, cuyos fundamentos se encuentra en la Carta de las Naciones Unidas que reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y en la Declaración Universal de Derechos Humanos que reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo. Igualmente, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos tienen la obligación de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos,

Los Estados Partes en esta Convención, condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

⁴⁰ Conocido así por su sigla en inglés

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Adoptarán medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndum públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la Los Estados Partes otorgarán a las mujeres iguales derechos que a los hombres para adquirir, cambiar o conservar su nacionalidad. Garantizarán, en particular, que ni el matrimonio con un extranjero ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio cambien automáticamente la nacionalidad de la esposa, la conviertan en apátrida o la obliguen a adoptar la nacionalidad del cónyuge.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carteras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;
- c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza;
- d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;
- e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación permanente, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible toda diferencia de conocimientos que exista entre hombres y mujeres;
- f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;
- g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;
- h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluidos la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

- a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

- b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
- c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
- d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
- e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;
- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Chile votó favorablemente en las Naciones Unidas la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer⁴¹, cuyos fundamentos se encuentran, tanto en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos 1/, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 2/, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 2/, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 3/ y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes 4/.

1/ Resolución 217 A (III).

2/ Véase resolución 2200 A (XXI), anexo.

3/ Resolución 34/180, anexo.

4/ Resolución 39/46, anexo.

A los efectos de la Declaración, por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacio-

⁴¹ Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

nada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole. Entre estos derechos figuran:

- a) El derecho a la vida
- b) El derecho a la igualdad
- c) El derecho a la libertad y la seguridad de la persona
- d) El derecho a igual protección ante la ley
- e) El derecho a verse libre de todas las formas de discriminación
- f) El derecho al mayor grado de salud física y mental que se pueda alcanzar
- g) El derecho a condiciones de trabajo justas y favorables
- h) El derecho a no ser sometida a tortura, ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer. Con este fin, deberán:

- a) Considerar la posibilidad, cuando aún no lo hayan hecho, de ratificar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de adherirse a ella o de retirar sus reservas a esa Convención;
- b) Abstenerse de practicar la violencia contra la mujer;
- c) Proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares;
- d) Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que

sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;

- e) Considerar la posibilidad de elaborar planes de acción nacionales para promover la protección de la mujer contra toda forma de violencia o incluir disposiciones con ese fin en los planes existentes, teniendo en cuenta, según proceda, la cooperación que puedan proporcionar las organizaciones no gubernamentales, especialmente las que se ocupan de la cuestión de la violencia contra la mujer;
- f) Elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer; etc.

En el Sistema Interamericano se aprobó la **CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER “CONVENCIÓN DE BELÉM DO PARÁ”** (Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA)

Las reservas y los tratados de Derechos Humanos.

Chile, en su declaración de reconocimiento de competencia de la Corte Interamericana dejó constancia “que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha de depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”.

Dicha declaración ha sido respetada por la Corte interamericana en el fallo Almonacid, donde se analizan sólo conductas y normas vigentes a partir del 21 de agosto de 1990, constando en tales hechos, conductas y normas que para el Tribunal son hechos autónomos e independientes de situaciones anteriores, vulneraciones de las obligaciones emanadas de los artículos 1.1. y 2 de la Convención, además de incumplimiento de los derechos a garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25). Pero ¿qué valor tienen ante el Derecho Internacional, las reservas formuladas por los Estados, al ratificar los tratados de Derechos Humanos?

En diciembre de 1999, el Comité de Derechos Humanos, que supervisa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptó en el caso **Rawle Kennedy** una decisión que declaró inadmisibles una comunicación individual hecha en el marco del primer Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, declarando inválida la reserva hecha a dicho Protocolo, por el Estado Parte Trinidad y Tobago.

El Comité declaró que la reserva era incompatible con el objeto y fin del Protocolo⁴². La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, se adaptó a la doctrina de la Corte Internacional de Justicia desarrollada a partir de su Opinión Consultiva, de 1951, sobre las Reservas a la Convención sobre la Prevención y Represión del delito de Genocidio, que privilegió el principio de la universalidad y no el de la integridad de los tratados.

La decisión del Comité⁴³ constituye un cambio a dicha doctrina, impulsado por la cantidad de Estados que han formulado reservas al incorporarse a los tratados sobre derechos humanos, que limitan la efectividad de éstos.

Ya en 1982, la Comisión Europea de Derechos Humanos⁴⁴, y en 1988, la Corte Europea de Derechos Humanos⁴⁵, habían declarado inválidas las reservas formuladas, por no estar permitidas por la Convención Europea. Igual predicamento ha adoptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴⁶.

El caso Kennedy.

Trinidad y Tobago, se volvió a adherir al primer Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos - se había adherido, y luego lo denunció el 26 de mayo de 1998- con la siguiente reserva:

“Trinidad y Tobago vuelve a adherirse al Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos con una reserva respecto del artículo 1º, en el sentido que el Comité de Derechos Humanos no será competente para recibir ni examinar comunicación alguna que tenga relación con los reclusos que estén condenados a pena de muerte respecto de cualquier asunto relacionado con su acusación, sentencia o ejecución de la pena de muerte a que se le hubiera condenado, ni con ningún asunto conexo”

El señor Rawle Kennedy estaba a la espera de su ejecución, al haber sido condenado a la pena capital. No obstante la reserva de Trinidad y Tobago, el Comité hizo caso omiso de ella, y la declaró incompatible con el objeto y fin del primer Protocolo. Declaró, sobre el particular, que sólo al Comité le correspondía “interpretar y determinar la validez de las reservas hechas” Al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y a sus Protocolos Facultativos.

Señaló lo siguiente: *“dado que el objeto y fin del primer Protocolo Facultativo es el de permitir que el Comité compruebe si el Estado respeta los derechos por los que se ha com-*

⁴² Carlos López Hurtado: ¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del derecho internacional? En Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Volumen I.2001. Universidad Nacional de México, pág.249 y sigs.

⁴³ Ver también su Observación General 24.

⁴⁴ *Temeltasch v. Switzerland*, Application N° 9116/80, Report, 5 de mayo de 1982.

⁴⁵ *Belilos v. Switzerland*, European Court of Human Rights, fallo del 29 de abril de 1988;

⁴⁶ Opinión Consultiva OC-2/82, 24 de setiembre de 1982 y Opinión Consultiva OC-3/83, de 8 de setiembre de 1983.

*prometido a velar, toda reserva que trate de impedir esto sería contraria al objeto y fin del primer Protocolo Facultativo, cuando no del Pacto*⁴⁷”

De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son los otros Estados Parte los que deben referirse a la validez de una reserva formulada por un Estado.

¿Son los órganos de supervisión de tratados de derechos humanos competentes para evaluar la validez de las reservas formuladas por los Estados? La Convención de Viena guarda silencio sobre el particular. Se estima sí, que los principios generales de derecho internacional otorgan a los órganos jurisdiccionales o de supervisión, “competencia para decidir sobre su propia competencia”, por lo que nada impediría que los Estados y también los órganos de supervisión, en virtud de sus facultades implícitas, puedan coexistir en esta tarea de control⁴⁸

La decisión del Comité- de la “separabilidad”, reflejó, por una parte, un consenso general: la aceptación del criterio de objeto y propósito del tratado establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁴⁹, como criterio para evaluar la validez de las reservas a tratados de derechos humanos. Pero, por otra parte, plantea la siguiente cuestión: el Comité, al reivindicar su competencia, y declarar inválida la reserva, la separa del resto de la declaración de voluntad del Estado que la formula y considera que el tratado, *incluida la materia objeto de la reserva*, continúa en vigor para el Estado reservante. Por otra parte, varios Estados consideran que compete al Estado reservante decidir sobre las consecuencias que se derivan de una reserva declarada inválida y no puede el Comité asumir las funciones de interpretar la intención del Estado reservante. Presume que la reserva no fue formulada como una condición esencial para la ratificación del Estado Parte.

La Corte europea, en el caso *Loizidou*⁵⁰, consideró que Turquía, al formular su reserva, no podía ignorar que ella sería declarada inválida y separada, atendida la práctica de la Corte.

Esta fórmula asume que el Estado reservante formula su reserva en el entendido que el órgano supervisor puede declararla inválida y separarla, cuestión por cierto, muy polémica.

Por su parte, *la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en materia de interpretación de las reservas en materia de tratados de derechos humanos, lo siguiente: “hay que hacerla en forma tal que no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de*

⁴⁷ Carlos López Hurtado, obra citada, pág. 256. El Comité se basó en su propia Observación General 24.

⁴⁸ Id., pág. 258. El Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional para el tema de las reservas adhiere a esta fórmula de coexistencia de los métodos de control, aunque ello no refleja la opinión unánime de la CDI.

⁴⁹ Se estima, sin embargo, un vacío de la Convención al no prever el papel de los órganos de supervisión para evaluar la validez de las reservas en tratados de derechos humanos

⁵⁰ *Loizidou v. Turquía*, European Court of Human Rights, fallo del 23 de marzo de 1995.

*protección consagrado en la Convención y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma son la protección de los derechos fundamentales*⁵¹

Obligatoriedad para Chile de respetar los tratados, según su ordenamiento jurídico interno. Jerarquía de los tratados internacionales en el derecho interno chileno.

A raíz de los excesos que, en materia de derechos humanos, fueron cometidos durante los 17 años que gobernó en Chile el régimen militar, se agregó al inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política de la República, que se refiere al ejercicio de la soberanía por el pueblo, la siguiente frase:

“...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”⁵².

En consecuencia, el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política de 1980⁵³, quedó como sigue: “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 por Chile y que se encuentren vigentes”

El artículo 5º le otorga así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, **concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales.**

Cuáles son las razones que se han dado para justificar esta afirmación?

Francisco Cumplido C.⁵⁴, que intervino en la redacción de la reforma del artículo 5º, señala lo siguiente: “La Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno. En efecto, el inciso segundo del artículo 5º establece, nada menos, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Coloca pues sobre la soberanía a tales derechos. Por su parte, el artículo 1º prescribe que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, afirmación contenida en varias Convenciones sobre derechos humanos. Agrega que el Estado está al servicio de la persona humana. En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la

⁵¹ OC-4/84, párrafo 24.

⁵² El inciso 2º del artículo 5 decía: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”

⁵³ Inciso modificado por la Ley de Reforma Constitucional N°18.825, de 17 de agosto de 1989.

⁵⁴ En Seminario Internacional sobre Derechos Humanos, Constitución y Tratados Internacionales, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, en mayo de 2003.

Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana⁵⁵.

¿Por que resolvimos, entonces, aceptar incorporar expresamente en el inciso 2º de la Carta Fundamental los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes?

En primer término, porque sólo esporádicamente los tribunales aplicaba directamente las normas de la Constitución y, también, frecuentemente exigían que la legislación recepcionara lo convenido en los tratados internacionales.

En segundo término, se había producido durante el gobierno militar la suscripción, ratificación y promulgación de tratados sobre derechos humanos y, al no ser publicados en el Diario Oficial, los tribunales no los aplicaban por estimar que no estaban vigentes. Así ocurrió con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos promulgado en 1976, y publicado sólo en el mes de abril de 1989, con el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, ratificado en 1976 y promulgado y publicado el 27 de mayo de 1989, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos- Pacto de San José de Costa Rica-, sólo publicada en 1991.

Los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que **los derechos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigente tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución.** En segundo término les dábamos a los referidos tratados el carácter de vinculantes para todos los órganos del estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos, no la parte adjetiva del tratado. El enunciado de los derechos esenciales de la persona humana asegurados por la Constitución de 1980, no es taxativo, es decir, no sólo son tales los regulados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, sino todos los que sean necesarios para proteger la dignidad humana, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 1, incisos 1 y 4, artículo 5º inciso 2º, ambos Bases de la Institucionalidad y el artículo 19 inciso 1 y N° 26”.

Por lo demás, si se ha asimilado el tratado a una ley, y si **los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modificación constitucional citada, se infiere que estos últimos necesariamente han de tener una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional, que el resto de los tratados internacionales.**

Que, de existir alguna duda sobre el sentido y alcance de la norma del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución de 1980, es útil resaltar las palabras expresadas por Jaime Guzmán Errázuriz, al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el que sugirió la redacción de dicho inciso en la forma siguiente: “*La soberanía*

⁵⁵ Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203.

no reconoce otra limitación que los derechos derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana”;

Dicha idea la reafirma también Enrique Ortúzar Escobar, en la misma Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al afirmar: “Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional, queda claramente establecido que *la soberanía interna del Estado de Chile, reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos*”;

Como lo señala Humberto Nogueira⁵⁶ “el constituyente, a través de estas disposiciones- se refiere a los artículos 1º inciso 4º, artículo 5º inciso 2º, y artículo 19 inciso 1º y Nº26 de la Constitución Política de la República-, en una interpretación armónica y finalista, reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano; por lo tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales derechos y a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos. Si tales derechos emanan de la naturaleza humana, ellos pertenecen al hombre por el sólo hecho de ser persona y, por lo tanto, tales derechos tienen la característica de ser universales, absolutos, e imprescriptibles. Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en su sesión 203 de mayo de 1961: “La protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino que a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”, como asimismo se reconoció que tales derechos no son sólo los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, “sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana”. Una afirmación similar hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5º, pudiendo ser ampliados los derechos contenidos a otros que establezcan otros pactos posteriores. Así, la Constitución establece en su artículo 5º inciso 2º, en forma expresa, dos modalidades de institucionalización de derechos naturales: la propia norma constitucional y el tratado internacional, siendo esta última la modalidad que permite incorporar a la constitución material los derechos naturales que no están expresamente contenidos en el texto constitucional o no se hayan incorporados formalmente a ella a través del procedimiento de reforma de la Ley Suprema”.

Mas adelante se refiere a la institucionalización de derechos humanos mediante tratados internacionales, señalado lo siguiente “Ratificado un tratado internacional en materia de derechos humanos, previa aprobación del Congreso, y siempre que el tratado se

⁵⁶ “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”. En Revista Chilena de Derecho. Vol.23-Nºs 2 y 3. Tomo I. Mayo-agosto 1996, págs.351 y sigs.

encuentre vigente en el ámbito internacional y nacional, ello produce las siguientes consecuencias en el ordenamiento jurídico nacional:

- a) De acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, los derechos naturales asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respecto de los derechos.....Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5º de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario., lo que ha sido judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en el **caso de Nicaragua- Estados Unidos**, donde la Corte estableció el deber de los Estados Unidos de respetar y hacer respetar dichos convenios “*en todas las circunstancias*”, lo que deriva no sólo de tales convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario, a los cuales los convenios dan expresión concreta ⁵⁷.

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el **caso Velásquez-Rodríguez**, en sentencia del 29 de julio de 1988⁵⁸, y en el **caso Godínez Cruz**, en sentencia del 20 de enero de 1989⁵⁹, consideró que el artículo 1º párrafo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece para los Estados Parte la obligación de “*respetar y garantizar*” el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, consiste en que los Estados Parte están obligados a “*organizar todo el aparato gubernamental y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos*”⁶⁰ A ello, agregó la Corte, que la violación de derechos humanos por un simple particular puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por “*la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención*”

⁵⁷ Citando a Antonio Cancado Trindade en “Desarrollo de las relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos en su amplia dimensión”. Revista IIDH. N°16, San José de Costa Rica, p.52

⁵⁸ Sentencia caso **Velásquez-Rodríguez**. Serie C. N°4

⁵⁹ Sentencia caso **Godínez-Cruz**. Serie C. N°5

⁶⁰ Serie C. N° 4, párrafo 166, pp.68-69; Serie CN°5, párrafo 175. p.72

- b) La violación de tales derechos humanos introducidos por vía del tratado internacional constituye una transgresión tanto de la Constitución como del tratado internacional, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes.....
- c) Incorporado el derecho o su protección por medio del tratado, éste adquiere aplicación inmediata, ya que si fuera necesaria una reforma constitucional para ello, no se estaría cumpliendo el deber y mandato imperativo y perentorio de respeto y promoción de los derechos establecidos a todos los órganos del Estado, ya que quedaría a voluntad o no de dicho órgano acatar el mandato constitucional...”

Más adelante, Nogueira se refiere a la diferenciación entre tratados y tratados de derechos humanos, señalando lo siguiente: “En materia de tratados sobre derechos humanos, éstos tienen características especiales que los diferencian de otro tipo de tratados, como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, *“en ellos los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención... En una Convención de este tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad de las partes, el fundamento y medida de todas sus disposiciones*⁶¹”.

Esta concepción de los tratados en materia de derechos humanos es sostenida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer *“que estos instrumentos no son tratados multilaterales de tipo tradicional concluido en función de un intercambio recíproco de derechos, sino el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientes de su nacionalidad, tanto frente a su propio estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con los Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”*

A su vez, es necesario precisar desde la perspectiva del derecho convencional internacional establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969, el que se encuentra ratificado por Chile y vigente, que establece en el artículo 60, *que se excluye todo tipo de reciprocidad para las disposiciones relativas a protección de las personas en los tratados humanitarios*, lo que se aplica también a las Convenciones de Derechos Humanos.

La Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que *“es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes,*

⁶¹ Opinión Consultiva OC-82. Serie A N°2, párrafo29

*las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado*⁶²; y que “Un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes⁶³”.

Sentencias de las Cortes chilenas que otorgan mayor jerarquía a los tratados de derechos humanos

Hemos seleccionados algunas sentencias de nuestras Cortes que reconocen la primacía de los tratados de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico chileno:

1.- Sentencia dictada por la Corte Suprema, el 24 de agosto de 1990⁶⁴.

“26º.-Que, asimismo, los Convenios de Ginebra, suscritos por el Gobierno de Chile, con fecha 12 de agosto de 1949, están incorporados a la legislación nacional conforme a la normativa legal que rige para el efecto, en virtud de haberse promulgado mediante decreto supremo N° 752, publicado en el Diario oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951. Estando pues vigentes estos acuerdos internacionales, deben considerarse comprendidos en la norma del artículo 5º de la Constitución, que ordena a los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por los Tratados Internacionales...”;

2.- Sentencia dictada por la Corte Suprema, el 2 de mayo de 1991⁶⁵.

“Lo resuelto se encuentra además en concordancia con el artículo 7 N°7 de la Convención Americana de Derechos Humanos denominado Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por el Congreso Nacional y publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1992, que tiene plena vigencia en nuestro país en virtud del artículo 5º de la Constitución Política, que establece que nadie será detenido por deudas y no cabe dudas que si se aceptara la interpretación del recurrente la permanencia en el recinto carcelario(del procesado) habría sido una prisión por deudas, expresamente prohibida en la actualidad”;

3.- Sentencia dictada por la Corte Suprema, el 7 de septiembre de 1993⁶⁶.

“1º)Que el hecho de impedir a una persona o grupo de personas poder entrar en un lugar público en general, sea gratuito o pagado, basado en circunstancias de raza, sexo, idioma, religión o cualquiera otra circunstancia étnica, social o cultural implica un trato desigual y discriminatorio que contraviene los principios que hoy imperan en las sociedades modernas relativos a derechos humanos, contenidos en la

⁶² Serie B N°17p.32. Ver, asimismo, los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 1969.

⁶³ Serie A/B N°44, p.24.

⁶⁴ Ivan Sergio Insunza Bascuñán con Manuel Contreras y otro, en recurso de inaplicabilidad

⁶⁵ Confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que otorgó libertad bajo fianza en giro doloso de cheque

⁶⁶ Jae Jin Yoo Lee con Centro de Salud Günter Mund Ltda..

Carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos que son leyes de la República, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º inciso 2º de nuestra Carta Fundamental...

2º) Que nuestra Constitución establece que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos; el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ley de la República a partir del 29 de abril de 1989, establece, en lo pertinente, que nadie será objeto de ataques ilegales a su honra. El artículo 11 del Pacto de San José, ley de la República desde el 5 de enero de 1991, establece, en lo atinente, que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad" y que nadie puede ser objeto de ataques ilegales a su honra.....";

4.- Sentencia de la Corte Suprema, de 26 de octubre de 1995⁶⁷.

"Que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que ciertamente de producirse, debilitaría el estado de derecho";

5.- Sentencia dictada por la Corte Suprema, el 30 de enero de 1996⁶⁸.

"Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sea desconocidos";

6.- Sentencia dictada por la Corte Suprema, de 9 de septiembre de 1998⁶⁹

"El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (...), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto al Pacto persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza

⁶⁷ Citada por Humberto Nogueira en su trabajo no publicado "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y Jurisprudencia. Pág 30-31

⁶⁸ NN con Osvaldo Romo Mena

⁶⁹ Fallos del Mes. Nº446. Sección criminal, pág.2066, Considerando 4º. Citada por José L. Cea en Derecho Constitucional Chileno. Tomo 1, pag.236.

humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias lo ha reconocido.

Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5° inciso 2°, queda claramente establecido que la soberanía interna del estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”;

7.- Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 18 de noviembre de 1992⁷⁰

“Décimo Cuarto. Que, a mayor abundamiento, la Convención Americana sobre Derechos Humanos-“Pacto de San José de Costa Rica”. Diario oficial de 5 de enero de 1991-, en su artículo 13 establece que el derecho de expresión no puede estar sujeto a censura previa, sino a responsabilidades ulteriores. “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, o por cualquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”...;

8.- Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 22 de diciembre de 1994⁷¹

“3°.- Que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los artículos 32 N°17 y 50 N°1 de la Constitución, y luego su promulgación y publicación en el Diario Oficial.

4°.-Que una vez incorporado al derecho interno, los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en el país desde el 27 de enero de 1980, debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27. El primero de ellos establece que el Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del Tratado”;

5°.- Que la Convención internacional (se refiere al GATT) en consideración se aplica preferentemente frente a la ley interna, mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda su validez internacional...”;

⁷⁰ Megavisión S.A. Con Consejo Nacional de Televisión. Revoca la Resolución de 28 de septiembre de 1992, dictada por dicho Consejo

⁷¹ Cia. Chilena de Fósforos S.A con Comisión Nacional de Distorsión de Precios. Rechaza recurso de protección. Fallo confirmado por la Corte Suprema, el 11 de enero de 1995. Rol N°24.344.

9.- Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 11 de abril de 1995⁷²

“2º.- Que el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica establece que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Por su parte, el artículo 14.3. letra g) del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a no estar obligada a declarar contra sí misma y a confesarse culpable.

Todavía más, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, define como tortura “todo acto por el cual se infrinja 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...cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas(artículo 1º)....

En sus artículos 5º, 7º y 10º, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, acordada por la Organización de los Estados Americanos, repite en términos similares, estos mismos conceptos...

3º.- Que todas las disposiciones que vienen de recordarse son vinculantes para los jueces de la República, por cumplir plenamente las condiciones a que se refiere la frase final del inciso 2º del artículo 5º la Constitución Política.

La mayoría de los tratadistas, así como la jurisprudencia arriba citada, coinciden en que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional que los diferencia y distingue de otro tipo de tratados –

En el fallo en que el Tribunal Constitucional impugnó la constitucionalidad del Estatuto de la Corte Penal internacional, el voto de minoría del Ministro Libedinsky señaló respecto del artículo 5º inciso 2º de la Constitución: “¿ Es concebible que la Constitución, por una parte, imponga a todos los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, por otro, ella misma considere que mecanismos dirigidos , inequívocamente, a cumplir su mandato y obtener el respeto que ella exige, sean declarados inconstitucionales?” (considerando 9º del voto disidente) .

La interpretación del voto mayoritario del Tribunal Constitucional hizo caso omiso del sentido que tuvo la reforma constitucional de 1989, con lo que se desnaturaliza el artículo 5º inciso 2º y la reforma constitucional de 1989, cuyo objeto y fin fue incorporar con rango constitucional los derechos asegurados por los tratados internacionales, produciéndose una *verdadera mutación constitucional por vía interpretativa*.

⁷² NN con Luis Valdivia Jofré

En efecto, los derechos esenciales asegurados por tratados internacionales reconocidos como tales por el Estado de Chile e incorporados al derecho interno válidamente, ya no serían “límites a la soberanía” y, por tanto, a todos los poderes instituidos, ni tendrían fuerza de obligar a los órganos jurisdiccionales de aplicarlos como integrantes del bloque constitucional de derechos, lo que va contra el espíritu y voluntad de la reforma de 1989 y del derecho constitucional de fines del siglo XX.

Así dicho fallo desconoció el efecto vinculante obligatorio del artículo 5º inciso 2º, sin distinguir entre derechos contenidos en los tratados y los tratados mismos, sosteniendo que “la norma constitucional reformada no consagró que los tratados internacionales sobre derechos humanos esenciales tuviera una jerarquía igual o superior a la Ley Fundamental (considerando 62)”³.

Si antes de la reforma se sostenía que los tratados tenían igual jerarquía que la ley, ¿qué sentido entonces tuvo la reforma de 1989, si a los tratados de derechos humanos seguirían teniendo la misma jerarquía que a la ley que tenían antes de la reforma?

Por otra parte, y como lo afirma Cecilia Medina⁴, la interpretación de la enmienda al artículo 5º de la Carta Fundamental es que *la limitación que impone se refiere a los derechos esenciales⁵ de la naturaleza humana, cualesquiera que ellos sean* y no a aquellos derechos que están consagrados en la propia Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigen

Dicha afirmación la sustenta en que si el antiguo inciso 2º disponía: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, mal pudo la nueva enmienda constitucional, cuya finalidad fue fortalecer los derechos humanos, debilitar dicha limitación a la soberanía sólo a ciertos derechos esenciales.

Concluiremos señalando que la enmienda constitucional tuvo por objeto reforzar el avance de los derechos humanos, al establecer “como deber de los órganos del Estado, **respetar y promover** tales derechos” e igualar los derechos humanos contenidos en la Carta Fundamental con los incluidos en los tratados y en modo alguno debilitarlos, como pretende ahora el controvertido fallo mencionado del Tribunal Constitucional

Obligatoriedad para Chile de cumplir los tratados de derechos humanos de acuerdo al Derecho Internacional.-

³ Humberto Nogueira: Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 23- N°s 2 y 3. Tomo I. Mayo-agosto 1996, pág. 351 .

⁴ El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Ed. Universidad Diego Portales, N° 6, septiembre de 1996, pág. 62 y sigs.

⁵ Expresión equivalente a derechos humanos.

1.- Chile está obligado por la Convención de Viena, de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de nuestro país desde 1981, por los artículos 18 y 27, que señalan lo siguiente:

“artículo 18.- Un Estado debe abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin del tratado:

- a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o
- b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retrarde indebidamente”

“artículo 27.- Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado...”

El artículo 18 obliga al Estado que *sólo ha firmado un tratado* a no frustrar su objetivo o fin. De aquí ya nace una obligación para el Estado firmante: no realizar actos contrarios que vayan en contra de las disposiciones del texto internacional que ha suscrito.

Así, por ejemplo, obliga a Chile la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas*, suscrita en Belén de Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, que sólo ha sido firmada por nuestro país y cuya ratificación se encuentra pendiente.⁷⁶

Si la Desaparición Forzada de Personas, quedara impune en Chile, se vulneraría el objeto y fin de esta Convención, de acuerdo a lo señalado en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Como lo señaló el Presidente de la República en el Mensaje, al someter dicha Convención a la H.Cámara de Diputados, “Es importante tener presente que la práctica de la desaparición forzada de personas constituye una de las más atroces formas de violación de los derechos humanos que es dable imaginar y que esta Convención reforzará la voluntad política del continente americano de erradicar completamente aquella abominable forma de vulneración de la dignidad humana”.

Si bien es cierto esta Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, que tipifica este delito como un Delito Internacional, desde el punto de vista meramente formal, no se ha incorporado aún al derecho interno chileno, no es menos cierto que la desaparición forzada de personas constituye, desde hace tiempo una *gravísima ofensa a la dignidad*

⁷⁶ Ya entró en vigencia internacional, el 29 de marzo de 1996, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos.
3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

intrínseca de la persona humana, de carácter inderogable, tal como está consagrada en diversos instrumentos internacionales de carácter obligatorio para Chile- Carta de las Naciones Unidas, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Carta de San José de Costa Rica, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, entre otros, así como también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos- y, lo que es más importante, constituye un *crimen de lesa humanidad*, tal como está definido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ya se encuentra vigente internacionalmente, en su artículo 7: “A los efectos del presente Estatuto se entenderá por “crimen de lesa humanidad”, cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; a) Asesinato; b) Exterminio.....i) Desaparición forzada de personas”.

La Convención sobre Desaparición Forzada de Personas al tipificar el delito de Desaparición Forzada de personas como un Delito Internacional, acarrea las siguientes consecuencias jurídicas: *la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado, la inadmisibilidad de la eximente de obediencia debida a una orden superior*, la jurisdicción universal, la obligación de extraditar o juzgar a los responsables del delito, la obligación de no otorgar asilo a los responsables del delito, *la imprescriptibilidad de la acción penal, la improcedencia de beneficiarse de actos del poder ejecutivo o legislativo de los cuales pueda resultar la impunidad del delito* y la obligación de investigar y sancionar a los responsables del delito.

Ya en 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución N° 3.074 (XXVIII), de fecha 3 de diciembre de 1973, “Principios de cooperación internacional para el descubrimiento, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”, en la que señala: “Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, será objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”;

Además, la “Declaración sobre Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas- Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992-, atribuye a este delito la naturaleza de *crimen de lesa humanidad*, ya que constituye “un ultraje a la dignidad humana” y representa “una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes”.

La *Declaración sobre Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, agrega lo siguiente: “Las desapariciones forzadas significan la sustracción de la víctima de la justicia y que, entre otras, es una violación de las normas del Derecho Internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de

su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro” .

Además, ya en 1968, fue suscrita en el marco de las Naciones Unidas, la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad.

Por ello, la desaparición forzada de personas constituye, desde hace tiempo atrás, una *gravísima ofensa a la dignidad intrínseca de la persona humana, de carácter inderogable*, tal como está consagrada en diversos instrumentos internacionales de carácter obligatorio para Chile.

Siguiendo con el razonamiento de la jerarquía de los tratados, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados despeja toda duda respecto a la *supremacía que se le otorga a todo tratado*- no hablemos sólo de los tratados de derechos humanos-, en relación al derecho interno de un Estado. Este no puede ser invocado para eludir el cumplimiento de un tratado.

2.- En relación a la aplicación de *la amnistía*, debe también señalarse lo dicho por nuestra Excm. Corte Suprema- Rol N° 247-98- 7 de enero de 1999. 2ª Sala, integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau, Enrique Cury, José L. Pérez, y los abogados integrantes Sres. Vivian Bullemore y Fernando Castro y el Auditor General del Ejército, señor Fernando Torres Silva, autor de un voto disidente-⁷⁷

“Que ya sea que el hecho se califique como secuestro-en conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Código Criminal-, o como constitutivo de la detención ilegal que tipifica el artículo 148 del mismo cuerpo legal, en ninguna de las dos hipótesis cabe aplicar la amnistía fundada en aquella ley (Decreto Ley N° 2.191), puesto que dichos ilícitos, de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina son de carácter permanente , y en tal situación debe entenderse que los mismos se continuaron cometiendo con posterioridad al período comprendido por la ley de amnistía, pues hasta la fecha los ofendidos no han aparecido, sin que hayan noticias de ellos , ni se ha acreditado su fallecimiento.

Debemos referirnos a un importante fallo dictado el 14 de marzo de 2001, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte en la que es parte Chile,-incluso la integra un juez chileno-, en el **Caso Barrios Altos**, seguido en contra del gobierno del Perú, (Chumbipuma Aguirre y otros v. Perú), caso en el que la Corte se refirió expresamente a las instituciones de la amnistía y de la prescripción, considerándolas ambas incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷⁷ Fallos del mes N°482, pág.3077-:

Señaló la sentencia lo siguiente:

“Esta Corte considera que **son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción** y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y **las desapariciones forzadas**, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, **como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.**

Como consecuencia de la **manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos**, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

3.- Por otra parte, no debe perderse en vista que, mediante Resolución N° 808, de 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas,,

decidió crear un Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia, basándose en el Capítulo VI de la Carta de las Naciones Unidas que todos los Estados miembros de esta organización están obligados a cumplir, entre ellos Chile.

- 4.- No se debe olvidar, que al ser Chile Estado suscriptor del Estatuto de la Corte Penal Internacional está obligado por la Convención de Viena, de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de nuestro país, a no frustrar, de acuerdo a su artículo 18, el objeto y fin de dicha Convención, antes de su entrada en vigor;

En consecuencia, si las diversas situaciones descritas por el Estatuto de la Corte Penal Internacional- artículos 27, 28 y 33, entre otros-, quedaran impunes en Chile, se vulneraría el objeto y fin de esta Convención Internacional;

- 5.- Que ya, en 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución N° 3.074 (XXVIII), de fecha 3 de diciembre de 1973, "Principios de cooperación internacional para el descubrimiento, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad", en la que señala: "Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, será objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas";

ius cogens

Dice el artículo 53 de la Convención:

"Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa del derecho internacional general.

Para los efectos de la Convención, una norma imperativa del derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Esta disposición establece el llamado *ius cogens existente*, esto es, una norma imperativa de derecho internacional aceptada y reconocida actualmente por la comunidad internado nal, norma que no admite acuerdo en contrario, salvo por otra norma que tenga igual carácter.

¿Cuáles normas de derecho internacional tienen carácter de *ius cogens*?

“¿Pueden los Estados prescindir de cualquier norma de Derecho Internacional, mediante un acuerdo de voluntades?”⁷⁸

En ningún ordenamiento Jurídico es ilimitada la autonomía de la voluntad de sus sujetos, ya que ello supondría la negación del propio ordenamiento, y aunque la soberanía de los Estados constituya la base de la sociedad internacional y un principio constitucional del Derecho Internacional, es indudable que los conceptos abstractos de la libertad y soberanía absoluta de los Estados son incompatibles con la existencia misma de una sociedad internacional. En todo grupo social la libertad de pactar tiene límites y existen normas jurídicas y principios morales que la ley no permite a los individuos desconocer ni modificar por medio de acuerdos.

También en Derecho Internacional existen normas superiores a la voluntad de los Estados, indispensables para la vida internacional y profundamente arraigadas en la conciencia internacional, que se refieren a los intereses de la comunidad internacional, a los de toda la humanidad, y que, por ello, tienen carácter imperativo.

¿Que normas de derecho internacional son imperativas?

En el **caso sobre el Derecho de paso**⁷⁹, el juez Fernández sostuvo la existencia de ciertas reglas generales imperativas, no susceptibles de ser derogadas por una práctica particular.

También en el **caso de la Barcelona Traction**⁸⁰, en 1970, la CIJ sostuvo: “El Derecho Internacional impone a los Estados ciertas obligaciones *erga omnes*, es decir, obligaciones que se tienen hacia la comunidad internacional en su conjunto...Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la ilegalidad de los actos de agresión y de genocidio, así como de los principios y normas que conciernen a los derechos básicos de la persona humana, incluida la prohibición de la esclavitud y de la discriminación racial”.

Entre los ejemplos sugeridos por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, figuraron:

El **genocidio**⁸¹, las **normas fundamentales de derechos humanos**- la existencia de derechos fundamentales de la persona humana que todo Estado tiene el deber de respetar y proteger, por medio de reglas procesales que garanticen en la práctica aquellos derechos fundamentales.- la **violación de los derechos humanos en general**. entre otros ejemplos

⁷⁸ JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO: Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Madrid, 1969, págs. 205, 206, 208 a 215 y 223.

⁷⁹ CJI Recueil. 1960, pág. 135.

⁸⁰ ICJ Reports.1970, pág.32

⁸¹ De la Guardia v Delpech, obra citada, pág. 423. En 1993, Bosnia Herzegovina invocó la Convención sobre Prevención y Represión del delito de Genocidio como base de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en un juicio iniciado contra Yugoslavia

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado en concepto de *ius cogens*, determinando que deriva de conceptos jurídicos antiguos de “un orden superior de normas jurídicas que las leyes del hombre o las naciones no pueden contravenir”, habiendo sido “aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas”. La Comisión agrega que su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son normas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o aquiescencia, sino por la formación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario. La violación de estas normas afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obligan, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia ⁸².

Pacta sunt servanda.

Chile es parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, desde la fecha de su ratificación, en 1981. Esta señala en su artículo 26, que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplidos por ellos de buena fe”.

De tal forma, que todos los tratados que hemos mencionado más arriba, en materia de Derechos Humanos y derecho Humanitario y en los que Chile es Parte, *deben ser cumplidos de buena fe por nuestro país.*

Entre estos tratados debemos mencionar especialmente, la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dicha Convención no solo obliga al cumplimiento por parte de Chile, de acuerdo a lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino que también por lo que señala su artículo 68:

“1. Los Estados partes en la *Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.....*”

Si no lo hiciera, incurriría en responsabilidad internacional.

⁸² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 62/02. *caso 12.285. Michael Dominguez v. Estados Unidos*, de fecha 22 de octubre de 2002, párrafo 49.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1987 *Caso 9647. Roach y Pinkerton c. Estados Unidos*, párrafo 5. Citado por Humberto Nogueira en EL DECRETO LEY DE AMNISTÍA 2.191 de 1978, SUS EFECTOS JURÍDICOS Y SU EVENTUAL ARMONIZACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL. DE LOS DERECHOS HUMANOS., pag. 2, aún no publicado

Responsabilidad internacional

Señala Humberto Nogueira⁸¹ que, hasta septiembre de 1998, los tribunales superiores y la Corte Suprema de Justicia aplicaron el D.L. de Amnistía 2.191 de 1978⁸⁴.

Luego, en una perspectiva diferente, como lo demuestra la sentencia de septiembre de 1998, la Corte Suprema determina que para aplicar la amnistía debe estar determinada la persona del delincuente clara e indubitadamente, como única manera de *extinguir* a su respecto *la pena* que debiera corresponderle por su participación en los hechos investigados⁸⁵.

En una nueva evolución de su jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, en causa contra Fernando Gómez Segovia y otros, en sentencia del 7 de enero de 1999, sentó la doctrina, de que, en el caso de detenidos desaparecidos, ya sea calificando el hecho como secuestro o como detención ilegal, no corresponde la aplicación de la amnistía contemplada en el D.L. 2.191, ya que dichos ilícitos son delitos permanentes y por tanto, ellos continuaban cometiéndose con posterioridad al periodo comprendido en la ley de amnistía, el que se cerró el 19 de abril de 1978, culminando esta evolución, con la sentencia de Miguel Ángel Sandoval⁸⁶, en la que la Corte Suprema aplica los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados en 1950 y publicados en 1951, cuya aplicación fue negada expresamente hasta 1998, como asimismo, mantiene la línea del secuestro como delito permanente que excede el periodo de amnistía.

Un nuevo fallo dividido de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de cuatro de agosto de 2005, Rol N° 457-05, revoca sentencia de Corte de Apelaciones de Temuco de 15 de octubre de 2004 que había condenado al coronel (r) Joaquín Rivera González a diez años y un día, por delitos reiterados de homicidio calificado de Ricardo Rioseco

⁸¹ Id.

⁸⁴ Entre las diversas sentencias dictadas en el mismo sentido, pueden citarse los fallos de la Corte Suprema de Justicia:

sentencia de fecha 4 de septiembre de 1991, caratulada contra quienes resulten responsables, víctima: Alamiro Martínez Mesa, materia: presunta desgracia. Revista Gaceta Jurídica N° 135, año 1991, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, pág. 91;

Sentencia de 24 de julio de 1996, contra Zapata Reyes, Basclay, víctima: Eulogio del Carmen Friez Monsalve, en revista Fallos del Mes N° 452, Santiago, 1996, pág. 1468;

Sentencia de fecha 3 de diciembre de 1996, Rol N° 263-96, contra Romo Mena, Osvaldo, casación de fondo. En Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIII N° 3 Septiembre – diciembre, 1996, Segunda Parte, Sección Cuarta, pág. 229.

Sentencia de fecha 19 de agosto de 1998, autos Rol N° 298-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago. Revista Fallos del Mes N° 477, agosto de 1998, págs 1414 y sgs.

Sentencia de 8 de septiembre de 1988, autos Rol N° 469-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago contra Fernando Laureani Matamala y Osvaldo Romo Mena. Rol Corte Suprema N° 614-97. Gaceta Jurídica N° 297, septiembre de 1998, Editorial Conosur, pág. 138.

⁸⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 9 de septiembre de 1998, en autos rol N° 895-96, caratulado: detención ilegal de Pedro Poblete Córdova, considerando 8°, en Gaceta Jurídica N° 219, septiembre de 1998, Editorial jurídica Conosur, pág. 121.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de Chile, Sala Penal, Sentencia de 17 de noviembre de 2004, casación en caso deliro de secuestro de Miguel Sandoval Rodríguez.

Montoya y de Luis Cotaí Álvarez, (ejecutados mediante fusilamiento en octubre de 1973, luego ensacados y tirados a un río). En este fallo, la Corte Suprema determina que no existía a la fecha en Chile Estado de Guerra, no siendo aplicables los Convenios de Ginebra de 1948, ratificados en 1950 y publicados en 1951 en Chile, que por tanto no hay delito de lesa humanidad, que no se aplica el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas ratificado en 1972, por no encontrarse publicado en el Diario Oficial a la fecha, determinando la sentencia la prescripción de la acción penal. Este fallo fue dictado por tres votos y dos votos disidentes, donde dos ministros titulares del la Sala Penal señalan que a la fecha de los hechos se había en el país un Estado de Guerra interna oficialmente y jurídicamente establecido por las autoridades a través del DL N°5 de 12 de septiembre de 1973, siendo aplicables los Convenios de Ginebra y adecuadas las penas establecidas en segunda instancia.

Que dispuso el fallo de la Corte Interamericana en el caso Almonacid ?

“129. El Tribunal, como conclusión de todo lo señalado en esta sección A), considera que el asesinato del señor Almonacid Arellano formó parte de una política de Estado de represión a sectores de la sociedad civil, y representa sólo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época. El ilícito cometido en contra del señor Almonacid Arellano *no puede amnistiarse conforme a las reglas básicas del derecho internacional, puesto que constituye un crimen de lesa humanidad. El Estado incumplió su obligación de adecuar su derecho interno a efectos de garantizar los derechos establecidos en la Convención Americana, porque mantuvo y mantiene en vigencia el Decreto Ley No. 2.191, el que no excluye a los crímenes de lesa humanidad de la amnistía general que otorga.* Finalmente, el Estado violó el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, e incumplió con su deber de garantía, en perjuicio de los familiares del señor Almonacid Arellano, porque aplicó el Decreto Ley No. 2.191 al presente caso.

¿Cuales serían las consecuencias jurídicas para el Estado chileno, en relación al Derecho Internacional, si el Poder Judicial persistiera en aplicar el Decreto Ley N° 2.191, no obstante lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Almonacid?

Hoy en día, la doctrina y la jurisprudencia internacional afirman que la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos cometidos por sus distintos órganos, entre éstos, por el Poder Judicial⁸⁷. Ello porque el Estado es una unidad y sus órganos no son más que componentes del mismo.⁸⁸

⁸⁷ CDI., Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. N.York. Naciones Unidas, 25 período, pág.200, párrafo 7

⁸⁸ Id. Párrafo 8

Son imputables, en consecuencia, al Estado, las acciones y omisiones de cualquiera de sus órganos⁸⁹. El acto, por otra parte, debe ser calificado de ilícito por el Derecho Internacional y no por el Derecho interno⁹⁰

Como dijo la Corte Permanente de Justicia Internacional: “Es un principio de Derecho Internacional que la violación de un compromiso lleva consigo la obligación de reparar la falta así cometida. La reparación es, pues, complemento indispensable para la debida aplicación de un Convenio, sin que sea preciso que así se haya estipulado en el mismo”⁹¹

Todo Estado que comete un acto que el Derecho Internacional califica de ilícito, y que produce perjuicio, debe reparado

Señala el proyecto de la CDI sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, en su artículo 1: “Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de éste”

Son elementos de la responsabilidad internacional los siguientes: 1) Una acción u omisión ilícita; 2) que esta acción u omisión ilícita sea imputable al Estado, y 3) que cause daño.

El fundamento de la responsabilidad internacional es la violación, por parte del Estado, de una obligación internacional, como consecuencia de la cual se debe una reparación al Estado perjudicado por el acto ilícito.

Indica el artículo 17 del Proyecto de la CDI que “1. Un hecho de un Estado que constituye una violación de una obligación internacional es un hecho internacional ilícito sea cual fuere el origen, consuetudinario, convencional u otro, de esa obligación. 2 El origen de la obligación internacional violada por un Estado no afectará a la responsabilidad internacional a que da lugar el hecho internacional ilícito de ese Estado”.

La responsabilidad del Estado no requiere la existencia de un acto de malicia, negligencia o descuido por parte de cualquier agente individual; puede consistir en un defecto general o en una falla en la estructura del Estado, o en su administración pública, y estar absolutamente separado de toda intención subjetiva. Puede aun radicar -como lo decidió el arbitraje en el caso Alabama- en la “insuficiencia” de los poderes legales del,

⁸⁹ El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Lausana (1927), enunció el siguiente principio: “El Estado es responsable de los daños que causa a los extranjeros por toda acción u omisión contrarias a sus obligaciones internacionales, cual fuere que sea el órgano del Estado del cual proceda el acto: constituyente, legislativo, gubernativo o judicial”. Algo más precisa era la fórmula provisional adoptada por la 3ª Comisión de la Conferencia de Codificación del Derecho Internacional, reunida en La Haya, en 1930: “Toda infracción de las obligaciones internacionales de un Estado, por parte de sus órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) que causa perjuicio a la persona o a los bienes de un extranjero en el territorio de dicho Estado, determina la responsabilidad de éste” Ch. Rousseau, obra citada, pág. 357.

⁹⁰ *Así, una ley puede ser contraria a un tratado: es lícita ante el derecho interno, pero ilícita ante el Derecho Internacional.*

⁹¹ *Caso Fábrica Chorzow -Serie A, N°9, 1927. pág. 21*

gobierno (Lapradelle et Politis, *op. cit.*, pág. 891), En estos casos, sería inútil buscar la culpa del órgano legislativo o constitucional del Estado.

- b) *Responsabilidad por actos del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo es responsable por todo acto que contravenga al Derecho Internacional, sea cual fuere el funcionario del Estado que lo comete: Jefe de Estado, Ministros o funcionarios públicos de cualquier nivel.*

A pesar de haberse pretendido efectuar una distinción respecto a la jerarquía administrativa del funcionario, tratándose de eximir de toda responsabilidad al Estado por aquellos actos cometidos por funcionarios subalternos ⁹² esta calificación no ha sido respaldada por la práctica.

Si bien algunos laudos parecieron recoger, en el siglo XIX, una distinción respecto a la jerarquía administrativa del funcionario responsable, se ha determinado que en tales casos se rechazó la responsabilidad del Estado por no haberse agotado los recursos locales, y no en razón al lugar que ocupaba el funcionario en la Administración del Estado. Esta causal en que se incurrió -omisión del agotamiento de los recursos locales- tuvo una importancia decisiva, ya que, siendo el funcionario subalterno, existió un sinnúmero de recursos ante sus superiores jerárquicos que pudieron ser utilizados para dejar sin efecto el acto ilícito, lo que no se hizo, antes de intentar una acción internacional en contra de su Estado. La distinción anotada fue también rechazada en la Conferencia de Codificación de La Haya de 1930 ⁹³ Así, los proyectos de los artículos 79 y 89 no establecen diferencias entre la categoría de los funcionarios responsables. El artículo 79 hace incurrir al Estado en responsabilidad internacional “como resultado de un acto u omisión por parte del Poder Ejecutivo, incompatible con las obligaciones internacionales del Estado”; y el artículo 89 la establece “como resultado de actos u omisiones de sus funcionarios mientras actúan dentro de los límites de su autoridad, cuando dichos actos u omisiones infringen las obligaciones internacionales del Estado”.

Señala Sorensen ⁹⁴ que dicha distinción ha sido rechazada expresamente por los laudos arbitrales de mayor autoridad que afirman sin vacilación la responsabilidad directa de los Estados por actos de los órganos ejecutivos de menor categoría: un alguacil delegado (*Caso Quintilla* (1926)); un policía (*Caso Pugh* (1933)); el *Caso Roper* (1927); el *Caso Mallén* (1927); el *Caso Langdon* (1933); un funcionario de aduanas (el *Caso Koch* (1908); o soldados en tiempos de paz (*Caso De Falcon* (1926)); *Caso García y Garza* (1926); *Caso Kling* (1930).

⁹² El Estado sólo era responsable si no se desautorizaba tal acto, o no se castigaba al funcionario responsable o se dejaba de investigar el caso

⁹³ Sorensen, obra citada, pág. 519.

⁹⁴ Id

Igualmente, el Estado incurre en responsabilidad internacional por actos ilícitos efectuados por funcionarios incompetentes aunque éstos hayan violado su propia legislación interna. El fundamento de esto se encuentra en la imposibilidad que existe de averiguar cuándo un funcionario está actuando dentro o fuera de la órbita de sus atribuciones. Además, la responsabilidad del estado resultaría imposible de determinar, ya que en muy pocas ocasiones se dan instrucciones al funcionario para que cometa un acto ilícito.

En la Conferencia de Codificación de La Haya se adoptó el principio de que un Estado incurre en responsabilidad si el daño se produce “como resultado de actos no autorizados de sus funcionarios, efectuados al amparo de su carácter oficial, si tales actos violan las obligaciones internacionales del Estado.

⁹⁵.

- c) *Responsabilidad por actos del Poder Judicial*. El principio de la independencia del Poder Judicial ha servido como base de una ardua discusión respecto de si el Estado es responsable o no por actos del Poder Judicial contrarios al Derecho Internacional.

Los que defendieron la responsabilidad del Estado sostuvieron que el Poder Judicial no era mas independiente del Estado que los poderes Legislativo y Ejecutivo, cuyos actos acarreaban dicha responsabilidad.

Por su parte, los impugnadores de la responsabilidad del Estado por actos del Poder Judicial, arguyeron que la aceptación de tal responsabilidad entrañaba el peligro de constituir a los tribunales internacionales en tribunales de apelación de los tribunales nacionales. En la Conferencia de Codificación de 1930, antes citada, *quedó establecida la responsabilidad internacional del Estado si una sentencia judicial, no sujeta a apelación es incompatible con una obligación internacional del Estado. Ej.: si un tribunal viola un tratado aplicando una ley interna.; si no reconoce a un Embajador la inmunidad de jurisdicción que le otorga el Derecho Internacional, etc.*

Tiene que existir, en consecuencia, *una infracción evidente, manifiesta de una obligación internacional, para que el Estado esté sujeto a responsabilidad internacional.*

De tal modo que un error de hecho o de derecho interno por parte de un tribunal nacional, no compromete la responsabilidad internacional del Estado. Así, por ejemplo, en el *Caso Lotus*⁹⁶ se dijo: “El hecho de que las autoridades judiciales hayan cometido un error en la elección de la disposición legal aplicable al caso y compatible con el Derecho Internacional, afecta únicamente al derecho

⁹⁵ *Id.*, pág. 520.

⁹⁶ CPJI, 1927, Serie A N° 10.

interno y sólo puede interesar al Derecho Internacional en tanto implique la infracción de una norma convencional o la posibilidad de una denegación de justicia.”

Muchos han asimilado este caso de responsabilidad internacional del Estado a aquel de responsabilidad general por dictación de una sentencia judicial incompatible con las obligaciones internacionales del Estado.

Efectos de la responsabilidad internacional

Todo Estado que comete un acto u omisión ilícitos debe repararlo

“Es un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso entraña la obligación de efectuar una reparación en forma adecuada. El principio esencial contenido en la verdadera noción de un acto ilícito -un principio que parece establecido por la práctica internacional y especialmente por las decisiones de los tribunales de arbitraje- es que la reparación debe, hasta donde sea posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad hubiera existido si no se hubiera cometido el acto. La restitución en especie, o de no ser ésta posible, el pago de una cantidad correspondiente al valor que tendría la restitución en especie, y la concesión, en caso de ser necesario, de una indemnización de daños por la pérdida sufrida si ésta no resulta cubierta por la restitución en especie o por el pago en lugar de ella, esos son los principios que deben servir para determinar el monto de la indemnización debida por un acto contrario al Derecho Internacional”⁹⁷

En el *caso relativo al personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, dijo la CIJ: “Las violaciones continuas y sucesivas por Irán de las obligaciones que le incumben en virtud de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 sobre relaciones diplomáticas y consulares, del Tratado de Amistad, Comercio y Derechos Consulares entre Estados Unidos e Irán, de 1955, y las reglas de Derecho Internacional general en la materia, originan la responsabilidad internacional de Irán respecto de los Estados Unidos. Una consecuencia evidente... es que el Estado iraní tiene la obligación de reparar el perjuicio causado a los Estados Unidos”⁹⁸

Además del restablecimiento de las cosas al estado anterior y de la indemnización de daños y perjuicios, como lo señala la Corte Permanente, habría que agregar la reparación del daño no material, esto es, se exige la satisfacción por el daño moral producido.

Al respecto, el Proyecto de la CDI señala en su artículo 45: “1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido un hecho internacionalmente ilícito una satisfacción por el daño, en particular el daño moral, causado por ese hecho, si ello es necesario para que la reparación sea íntegra y en la medida en que sea necesario. 2.

⁹⁷ *Caso Factoría Chorzow*, 1928, CPJI, Ser. A, N° 17, pág-47

⁹⁸ [CJ] Reports, 1980, párr.90

La satisfacción podrá darse en una o varias de las siguientes formas: a) disculpas; b) daños y perjuicios simbólicos; c) en caso de vulneración manifiesta de los derechos del Estado lesionado, indemnización de daños y perjuicios correspondientes a la gravedad de esa vulneración; d) en caso que el hecho internacionalmente ilícito sea consecuencia de una falta grave de funcionarios públicos o de particulares, medidas disciplinarias contra los responsables o castigos de éstos. 3. El derecho del Estado lesionado a obtener satisfacción no justifican demandas que menoscaben la dignidad del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito”

- a) Restablecimiento de las cosas al estado anterior (*restitutio in integrum*).

Dice el Proyecto de la CDI, en su artículo 43: “1. El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito la reparación en especie, es decir, el restablecimiento de la situación que existía antes de haberse cometido el hecho ilícito, siempre y en la medida que esa restitución en especie: a) no sea materialmente imposible; b) no entrañe la violación de una obligación internacional nacida de una norma imperativa de derecho internacional general; c) no entrañe una carga totalmente desproporcionada en relación con la ventaja que se derivaría para el Estado lesionado de la obtención de la restitución en especie en vez de la indemnización; d) no comprometa gravemente la independencia política o la estabilidad económica del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, siendo así que el Estado lesionado no resultaría afectado del mismo modo si no obtuviese la restitución en especie”

La reparación del daño causado tiende, en primer lugar, al restablecimiento de las cosas al estado que existía antes de cometerse el acto ilícito sancionado. Así, por ejemplo, se derogará la ley nacional contraria al tratado internacional o habrá casos de restitución en especie, por ejemplo, la devolución de impuestos cobrados ilegalmente, o la restitución de los bienes confiscados, etc.

En el *caso del Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán*, de 1980, la CIJ indicó que Irán estaba en la obligación de restituir la libertad a los norteamericanos tomados como rehenes, así como el edificio de la Embajada y los documentos.

Asimismo, en el *caso de la competencia en materia de pesquerías, entre España y Canadá*, de 1998, se establecieron la liberación del buque español Estai y de su capitán, la devolución de la fianza, la derogación de los reglamentos de Canadá aplicables a los buques de la Comunidad Europea que pescan el flatán negro de Groenlandia⁹⁹

⁹⁹ Fabián Novak T. y Luis García G., en obra citada, pag. 458.

Puede existir una *imposibilidad material* de restitución en especie -una nave confiscada ilícitamente se ha hundido- o una imposibilidad jurídica si en razón del ordenamiento jurídico interno, no se puede dejar sin efecto una sentencia judicial.

- b) *Indemnización de daños y perjuicios*. Si no cabe una restitución en especie, restableciendo las cosas al estado anterior al hecho ilícito, se reclamará la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

Establece el Proyecto de la CDI, en su artículo 44, lo siguiente:

1.-El Estado lesionado podrá obtener del Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito una indemnización por el daño causado por ese hecho, si el daño no ha sido reparado mediante la restitución en especie y en la medida que no lo haya sido; 2.- A los efectos del presente artículo, la indemnización cubrirá todo daño económicamente valorable que haya sufrido el Estado lesionado y podrá incluir los intereses y, cuando proceda, las ganancias dejadas de obtener.

Por su parte, el artículo 42 señala que en la determinación de la reparación se tendrá en cuenta la negligencia o la acción u omisión dolosa: a) del estado lesionado; o b) del nacional de ese Estado, en nombre del cual se interponga la demanda, que haya contribuido al daño. En ningún caso podrá la reparación tener por resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia.

Agrega que el Estado que haya cometido el hecho internacionalmente ilícito, no podrá hacer valer las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de su obligación de reparar íntegramente el daño causado.

*“Principio de la equivalencia entre la reparación y el perjuicio.”*¹⁰⁰ El principio admitido por la práctica internacional es el de que la víctima ha de quedar en el mismo estado en que se encontraría si el acto perjudicial no se hubiera producido. Dentro de lo posible, la reparación debe ser idéntica al perjuicio.

Este principio ha sido formulado por el Tribunal Permanente de Arbitraje, en su sentencia de 13 de octubre de 1922 (asunto de la requisita de barcos noruegos por los Estados Unidos): “La justa compensación implica el restablecimiento completo del *statu quo*”.¹⁰¹

Consecuencias del principio: El principio de la integridad de la reparación lleva consigo dos consecuencias: a) La reparación no debe ser inferior al perjuicio; pero b) tampoco debe ser superior

¹⁰⁰ CHARLES ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*. Barcelona, 1966, págs. 382 a 384.

¹⁰¹ Véase *Recueil ONU*, vol. I, pág. 338

Primera consecuencia: La reparación no debe ser inferior al perjuicio. La reparación debe cubrir todo el perjuicio y compensarlo en su integridad ¹⁰². Este principio presenta un triple aspecto:

- A. *Indemnización del lucro cesante.* Si se trata de un perjuicio patrimonial, la reparación, además de la indemnización que corresponda por el *damnum emergens*, ha de comprender la relativa a lo que haya dejado de ganar: el *lucrum cessans*. La evaluación del lucro cesante se acostumbra realizar mediante la fijación de un tanto alzado. Por ejemplo, en el caso de captura o detención ilegal de un barco de pesca extranjero, muchas decisiones arbitrales fijan una indemnización que tiene en cuenta la privación del uso del barco y, en su determinación, toman en cuenta la compensación por lo que se ha dejado de ganar (cantidad que se calcula mediante una estimación de la pesca probable, hecha por referencia a la que en las mismas condiciones obtiene un barco de tipo similar)¹⁰³
- B. *Evaluación del perjuicio moral.* La jurisprudencia internacional, también tiene en cuenta los daños extrapatrimoniales (daños corporales, perjuicios resultantes de la detención o de la expulsión arbitrarias, etc.)

En este punto hay que reservar un especial lugar al perjuicio moral. En diversas ocasiones las decisiones arbitrales han fijado una reparación especial, destinada a compensar los sufrimientos morales de la víctima del daño. En algún caso, muy excepcional, *la reparación del perjuicio moral ha sido negada por motivos de fondo.*

- C. *Pago de intereses.* Además del daño principal producido por el acto ilícito, a la víctima se le ocasiona un perjuicio complementario, al transcurrir entre el acto que ha de ser reparado y su definitiva reparación un período más o menos prolongado, durante el cual la víctima se ve privada de un determinado bien o de su compensación monetaria. Por analogía con las soluciones del derecho interno, la jurisprudencia internacional admite la reparación de esta clase de perjuicios mediante el pago de intereses especiales ¹⁰⁴

En lo que concierne al funcionamiento práctico de la institución, bastará destacar:

- a) No existe una solución uniforme en la determinación del *momento a partir del cual son pagadero los intereses (dies a quo)* que según -las resoluciones es

¹⁰² Véase M. I. Litmans, *The international lump-sum settlements of the United States*, Washington, 1962.

¹⁰³ En el caso del crimen de *Leetier*, la Comisión, al fijar la indemnización *ex gratia*, señaló que ésta no sólo debía compensar la pérdida del aporte financiero sufrido por la familia del embajador, sino también la restante vida productiva de éste, si no hubiera sido asesinado.

¹⁰⁴ Sobre este caso consúltese la citada sentencia del Tribunal Permanente de Arbitraje, de 11 de noviembre de 1912, que invoca expresamente la uniformidad de derecho interno en la materia. (R.G., 1913, docum. Págs. 27 y 28)

la fecha de comisión del acto ilícito, la de formulación de la reclamación o la de la sentencia.

- b) La misma diversidad se observa cuando se trata de fijar el *dies ad quem*; es decir, el *momento en que dejan de devengarse intereses*. A veces las decisiones arbitrales prolongan la obligación del pago de intereses hasta el momento del pago efectivo de la reparación (e incluso hasta el momento de su total pago), pero otras fijan una fecha determinada, sobre todo cuando los trabajos de la Comisión de reparaciones son de larga duración.
- c) Por último, la cuantía de los intereses es también muy variable (del 4 al 6% e incluso tipos más altos).

En el caso *Estados Unidos con República Islámica de Irán*, de 1987, la Corte señaló: "De hecho, es habitual que los tribunales arbitrales concedan intereses como parte de una decisión sobre daños y perjuicios, a pesar de la ausencia de toda referencia expresa a los intereses en el *compromis*. Dado que la facultad de otorgar intereses es parte intrínseca de las facultades del Tribunal para resolver las controversias, la exclusión de esa facultad sólo podría basarse en una disposición expresa de la Declaración sobre solución de controversias. Tal disposición no existe. En consecuencia, el Tribunal llega a la conclusión de que forma parte claramente de sus facultades otorgar intereses a título de indemnización del daño sufrido"¹⁰⁵.

Y en la *caso del M. Saiga*, de 1999, del Tribunal Internacional sobre el Derecho del Mar, no sólo se ordenó una indemnización por daños y perjuicios, sino que se ordenó también el pago de intereses.¹⁰⁶

Segunda consecuencia. La reparación no puede ser mayor que el perjuicio. Problema de los perjuicios indirectos ¹⁰⁷Este segundo principio se halla en correlación con el primero y significa que el acto ilícito no puede ser una fuente de enriquecimiento para la víctima. Ello plantea la cuestión de saber si los perjuicios indirectos han de ser tomados en consideración. Estos perjuicios presentan los siguientes caracteres: a) son *accessorios* a un perjuicio principal; b) con frecuencia son como una *repercusión*, que recae en persona distinta de la que ha sufrido el daño principal (como ocurre con los aseguradores); el fenómeno que los determina no carece de analogía con el de la incidencia en materia financiera; c) a veces son producidos por *causas exteriores*, es decir, que no resultan, siempre ni exclusivamente, del

¹⁰⁵ Fabián Novak T. y Luis García G., en obra citada, pag. 462

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Véase A. Hauriou, *Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux*, en R. G., 1924, págs. 203-231; Spiropoulos, en *Z. für E.*, 1925, págs. 59-134; Salvioli, en *Rec. des Oeuvres*, 1929, III, págs. 243-252; *Personnax*, obra citada, 1938, págs. 127-151

acto generador de la responsabilidad, con el que sólo les une un vínculo remoto.

A imitación de la jurisprudencia interna, generalmente la *jurisprudencia internacional* se ha mostrado contraria a la indemnización de los perjuicios indirectos.

Examinemos sus diversas etapas:

1º.- El problema se planteó, principalmente y con toda amplitud, en el asunto del Alabama¹⁰⁸. Reprochaban los Estados Unidos al Gobierno británico que hubiese tolerado la construcción y el armamento, en puertos ingleses, de barcos sudistas (uno de ellos es el *Alabama*), los cuales habían causado graves pérdidas a la marina federal norteamericana en el curso de la guerra. de. Secesión. Los Estados Unidos presentaron en 1872, ante el tribunal arbitral de Ginebra -al que había sido sometido el litigio por el Tratado de Washington de 8 de mayo de 1871-, dos clases de reclamaciones: a) unas, que no suscitaron mayor dificultad, referentes a los perjuicios directos derivados de las pérdidas individuales causadas directamente por los buques en cuestión, y b) otras, por los daños indirectos ocasionados por dichos navíos, es decir, por las pérdidas nacionales sufridas durante la guerra civil por el conjunto de los Estados Unidos como consecuencia de la prolongación de la lucha, del alza de los fletes y primas de los seguros marítimos, etc. Se entabló una violenta controversia, pues la Gran Bretaña se negaba a pagar la fuerte suma que se le reclamaba. El silencio del compromiso de 1871 venía a complicar el problema, ya que cada una de las dos partes entendía que la cuestión se hallaba resuelta en su favor. El tribunal arbitral salió del paso con una fórmula ingeniosa. En una declaración especial de 19 de junio de 1872, se declaró competente para pronunciarse sobre la reivindicación norteamericana -lo cual era ya una apreciable concesión a los Estados Unidos-, pero rechazó la reclamación en cuanto al fondo, dando así satisfacción a la Gran Bretaña. La decisión del tribunal declaraba que las reclamaciones por daños indirectos, "según los principios del derecho internacional aplicables al caso, no constituyen una base suficiente para fundar un fallo de compensación o un cálculo de indemnización entre naciones".

2º.- En su sesión de 13 de enero de 1909, la conferencia naval de Londres también invocó "el principio general de derecho internacional según el cual sólo se indemnizan los daños y perjuicios de las pérdidas directas".

3º.- La misma solución ha sido consagrada en diversas decisiones arbitrales relativas a la guerra de 1914: a) en las de 1º de noviembre de 1923, 11 de

¹⁰⁸ Véase La Pradelle y Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. II, pág. 828.

marzo y 18 de septiembre de 1924¹⁰⁹, la Comisión germano-norteamericana de reclamaciones rechazó por “inexacta” y “ambigua” la noción de daño indirecto y se negó a tomar en consideración las pérdidas relacionadas con el estado de guerra, pero “que sólo tuvieran con él una relación de dependencia indirecta”; b) el tribunal arbitral, especial germano-portugués instituido en el asunto del *Nautilaa* tuvo que resolver el mismo problema, pues a consecuencia de la violación de la frontera de Angola por Alemania, en octubre de 1914, produjo una revolución de indígenas en los territorios evacuados por las tropas portuguesas. El Gobierno de Lisboa, que se había visto obligado a mandar una columna de soldados para lograr la pacificación, reclamaba por ello una indemnización especial. Pero en sus decisiones de 31 de julio de 1928 y de 30 de junio de 1930¹¹⁰, el tribunal se negó a acordar indemnizaciones por daños indirectos.

4º.- Posteriormente, el principio ha sido confirmado por la jurisprudencia internacional, entre otros, en los siguientes casos: a) en la decisión de 23 de abril de 1931 adoptada por la Comisión de reclamaciones anglo-norteamericana en el asunto del *Eagle Star and British Dominions Insurance Co.*, que rechazaba las reclamaciones presentadas por los aseguradores, porque los perjuicios que habían sufrido tenían un carácter indirecto, al ser consecuencia de un contrato profesional concluido voluntariamente, cuyos efectos perjudica les hubieran podido limitar por vía de reaseguro¹¹¹; b) en la sentencia arbitral de 5 de octubre de 1938 dictada por Hutcheson, en el asunto de la *Interocean Transportation Co.*, entre los Estados Unidos y Gran Bretaña¹¹².

c) *Satisfacción de orden moral.* En este caso se repara el daño causado a la dignidad u honor de un Estado.

Ella puede consistir, por ejemplo, en rendir honores militares a la bandera de un Estado agraviado -si ha habido ultraje u ofensa, ofrecer excusas, castigar a los funcionarios responsables de alguna transgresión, etc. A veces, la sola declaración judicial o arbitral del carácter ilícito de un acto se considera suficiente satisfacción. Así lo ha declarado la Corte Permanente de Arbitraje: “Si una potencia dejara de cumplir sus obligaciones hacia otra potencia, la determinación de este hecho, especialmente en un laudo arbitral, constituye por sí misma una grave sanción”¹¹³.

Por su parte, la Corte Internacional de Justicia en el *caso del Canal Corfú* declaró: “Para garantizar el respeto al Derecho Internacional, del cual es el órgano, la Corte debe

¹⁰⁹ Véase Witenberg, obra citada, I, págs. 18-19, 78-81 Y 133-139.

¹¹⁰ Véase Recueil ONU, vol. II, págs. 1031-1033 y 1074-1076.

¹¹¹ Véase *Annual Digest*, 1931-1932, caso número 107, pág. 217.

¹¹² Véase id., 1935-1937, caso N°s 115, págs. 274-276. Véase id., 1935-1937, caso N°s 115, págs. 274-276.

¹¹³ Caso Carthage, 1913, II RIAA, 457. Sorensen, obra citada, pág. 541

declarar que la acción de la Marina de Guerra británica constituye una violación de la soberanía de Albania a través de su abogado, y es en sí una satisfacción apropiada”.

La reparación en materia de derechos humanos y derecho humanitario

Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

Estos principios y directrices fueron aprobados por el Consejo Económico y Social-ECOSOC- de las Naciones Unidas en su 56ª sesión, de fecha 19 de abril de 2005¹¹⁴

La Sección IX se refiere a la reparación de los daños de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario

Señala el Principio 15; “*Una reparación adecuada, efectiva y rápida* tiene por finalidad promover la justicia, *remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario.* La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido”

Luego, el principio 18 indica que *se deberá dar a las víctimas de estas violaciones, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva*, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

En cuanto a la *restitución*, el Principio 19, establece que “siempre que sea posible, *ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes*”

El Principio 20, agrega: *la indemnización ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario*, tales como los siguientes: a) el daño físico o mental; b) la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; c) los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; d) los perjuicios morales; e) los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales”

El Principio 21 indica que “La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales” Y el Principio 22 al referirse a la

¹¹⁴ Se aprobó por 40 votos contra 0 y 17 abstenciones.

satisfacción incluye, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: medidas eficaces para conseguir la cesación de las violaciones continuadas; la búsqueda de las personas desaparecidas, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones, disculpas públicas, las garantías de no repetición, conmemoraciones y homenajes, etc.

El Principio 23, se refiere a las *garantías de no repetición*: un control efectivo de las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad, fortalecimiento de la independencia del poder judicial, protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, los medios de comunicación, los defensores de los derechos humanos, la educación de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho humanitario, etc.

En materia de derechos humanos y su respectiva indemnización, debemos referirnos a las siguientes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*1. CASO JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ VS. HONDURAS. SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2003*¹¹⁵

La Corte, por unanimidad,

DECLARA QUE:

“la presente Sentencia constituye *per se* una forma de reparación para las víctimas

Y DECIDE QUE -----

8. el Estado debe pagar la cantidad total de US\$39.700,00 (treinta y nueve mil setecientos dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda hondureña, por concepto de indemnización del daño material, distribuida de la siguiente manera.....
9. el Estado debe pagar la cantidad total de US\$245.000,00 (doscientos cuarenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda hondureña, por concepto de indemnización del daño inmaterial, distribuida de la siguiente manera:.....
10. el Estado debe continuar investigando efectivamente los hechos del presente casoidentificar a los responsables tanto materiales como intelectuales, así como a los eventuales encubridores, y sancionarlos administrativa y penalmente según corresponda; que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana

¹¹⁵ <http://www.corteidh.or>

sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados.

11. el Estado debe brindar las condiciones necesarias para trasladar los restos mortales del señor Juan Humberto Sánchez al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos en los términos de los párrafo 187 de la presente Sentencia.
12. el Estado, debe implementar un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones, en los términos del párrafo 189 de la presente Sentencia.
13. el Estado debe reconocer públicamente su responsabilidad en relación con os hechos de este caso y en desagravio a las víctimas deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, por una sola vez, la parte resolutive de esta Sentencia y el capítulo relativo a los hechos probados de la misma en los términos de los párrafo 188 de la presente Sentencia.
14. el Estado debe pagar la cantidad total de US\$19.000,00 (diecinueve mil dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda hondureña por concepto de costas y gastos.
15. la indemnización por concepto de daño material, daño inmaterial, y costas y gastos establecidos en la presente Sentencia, no podrá ser objeto de impuesto.

2. CASO GODINEZ CRUZ. INDEMNIZACION COMPENSATORIA. SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1989¹¹⁶

La Corte observa que la desaparición de Saúl Godínez Cruz no puede considerarse muerte accidental para efectos de la indemnización, puesto que ella es el resultado de graves hechos imputables a Honduras. La base para fijar el monto de la indemnización no puede, por consiguiente, apoyarse en prestaciones tales como el seguro de vida, sino que debe calcularse un lucro cesante de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural. En este sentido se puede partir del sueldo que, según la constancia que expidió el Director Ejecutivo de la Oficina de Personal y Escalafón del Magisterio, dependencia del Ministerio de Educación Pública de Honduras, el 13 de marzo de 1989, percibía Saúl Godínez Cruz en el momento de su desaparición (405 lempiras mensuales) hasta el momento de su jubilación obligatoria a los sesenta años de edad, según lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley del Instituto Nacional de Previsión del Magisterio, que el propio Gobierno considera como la más favorable.

Con posterioridad le habría correspondido una pensión hasta su fallecimiento.

¹¹⁶ Id.

45. Sin embargo es preciso tener en cuenta que el cálculo del lucro cesante debe hacerse considerando dos situaciones distintas. Cuando el destinatario de la indemnización es la víctima afectada de incapacidad total y absoluta, la indemnización debe comprender todo lo que dejó de percibir con los ajustes correspondientes según su expectativa probable de vida. En este supuesto, el único ingreso para la víctima es lo que habría recibido como importe de ese lucro cesante y que ya no percibirá.
46. Si los beneficiarios de la indemnización son los familiares, la cuestión se plantea en términos distintos. Los familiares tienen, en principio, la posibilidad actual o futura de trabajar o tener ingresos por sí mismos. Los hijos, a los que debe garantizarse la posibilidad de estudiar hasta una edad que puede estimarse en los veinticinco años, podrían, por ejemplo, trabajar a partir de ese momento. No es procedente, entonces, en estos casos atenerse a criterios rígidos, más propios de la situación descrita en el párrafo anterior, sino hacer una apreciación prudente de los daños, vistas las circunstancias de cada caso.
47. Con base en una estimación prudente de los ingresos posibles de la víctima durante el resto de su vida probable y en el hecho de que en este caso la indemnización está destinada exclusivamente a los familiares de Saúl Godínez Cruz mencionados en el proceso, la Corte fija el lucro cesante en cuatrocientos mil lempiras, que se pagarán a la cónyuge y a la hija de Saúl Godínez Cruz en la forma que después se precisará.
48. La Corte debe abordar ahora la cuestión relativa a la indemnización del daño moral que resulta principalmente de los efectos psíquicos que han sufrido los familiares de Saúl Godínez Cruz en virtud de la violación de los derechos y libertades que garantiza la Convención Americana, especialmente por las características dramáticas de la desaparición forzada de personas.
49. Los daños morales están demostrados en los documentos periciales y en la declaración rendida por el doctor en Psiquiatría Federico Allodi (*supra* 11), profesor de Psicología en la Universidad de Toronto, Canadá. Según tal declaración el mencionado doctor realizó exámenes a la esposa de Saúl Godínez Cruz, señora Enmidida Escoto de Godínez y a la niña Emma Patricia Godínez Escoto. En tales exámenes aparece que sufrían de diversos síntomas de sobresalto, angustia, depresión y retraimiento, todo ello con motivo de la desaparición del padre de familia.

El Gobierno no pudo desvirtuar la existencia de problemas psicológicos que afectan a los familiares de la víctima. La Corte considera evidente que, como resultado de la desaparición de Saúl Godínez Cruz, se produjeron consecuencias psíquicas nocivas en sus familiares inmediatos, las que deben ser indemnizadas bajo el concepto de daño moral.

50. La Corte estima la indemnización que debe cubrir el Gobierno por daño moral, en la cantidad de doscientos cincuenta mil lempiras que se pagarán a la cónyuge y a la hija de Saúl Godínez Cruz, en la forma que luego se precisará.
51. Es preciso ahora determinar la forma en que el Gobierno debe cumplir con el pago de la indemnización a los familiares de Saúl Godínez Cruz.
52. El pago de los setecientos cincuenta mil lempiras fijados por la Corte debe ser hecho dentro de los noventa días contados a partir de la notificación de la sentencia, libre de todo impuesto que eventualmente pudiera considerarse aplicable. Sin embargo, el pago podrá ser hecho por el Gobierno en seis cuotas mensuales iguales, la primera pagadera a los noventa días mencionados y así sucesivamente, pero en este caso los saldos se acrecentarán con los intereses correspondientes, que serán los bancarios corrientes en ese momento en Honduras.
53. De la indemnización total la cuarta parte corresponderá a la cónyuge que recibirá directamente la suma que se le asigna. Los tres cuartos restantes a su la hija. Con la suma atribuida a la hija se constituirá un fideicomiso en el Banco Central de Honduras, en las condiciones más favorables según la práctica bancaria hondureña. La hija recibirá mensualmente los beneficios de este fideicomiso y al cumplir los veinticinco años de edad percibirá el capital.
54. Todo el proceso de cumplimiento de la indemnización compensatoria estará bajo la supervisión de la Corte. El proceso se dará por concluido una vez que el Gobierno haya dado cumplimiento integral a la presente sentencia.

Debemos referirnos a la *sentencia de la Corte Interamericana, de fecha 29 de julio de 1988, que en relación a los desaparecidos en Honduras*, señaló lo siguiente: "Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulta imputable directamente a u Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular, o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del estado, no por ese hecho en si mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

Si el aparato del Estado actúa de modo tal que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible a la victima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio".¹¹⁷

Concluyo esta sección transcribiendo los artículos más pertinentes, del Texto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53, del año 2001, referente a los **Principios Generales sobre la Responsabilidad del Estado por hechos interna-**

¹¹⁷ Citado por Fabián Novak T. Y Luis García Corrochano M., en obra citada, pags 423 y 424.

cionalmente ilícitos. que conoció la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 65ª sesión plenaria de fecha 2 de diciembre de 2004,

El texto consagra todo lo afirmado por el autor de este Informe respecto a la responsabilidad en que incurriría Chile, al desconocer sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos examinados de los textos arriba mencionados, y aplicar la Amnistía y prescripción a las graves violaciones de éstos.

Deseo enfatizar y llamar especialmente la atención respecto de lo que disponen los artículos 4, 12, 26, 30, 31, 32 y 34 siguientes, abajo trascritos, en materia de responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, y las consecuencias que afectarían a nuestro país si incurriera en violaciones de sus obligaciones internacionales, desoyendo lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el fallo Almonacid.

56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

Capítulo I

Principios generales

Artículo 1

Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito

La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

Capítulo II

Atribución de un comportamiento al Estado

Artículo 4

Comportamiento de los órganos del Estado

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

Artículo 7

Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones

El comportamiento de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado según el derecho internacional si tal órgano, persona o entidad actúa en esa condición, aunque se exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones.

Artículo 8

Comportamiento bajo la dirección o control del Estado

Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.

Capítulo III

Violación de una obligación internacional

Artículo 12

Existencia de violación de una obligación internacional

Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Artículo 13

Obligación internacional en vigencia respecto del Estado

Un hecho del Estado no constituye violación de una obligación internacional a menos que el Estado se halle vinculado por dicha obligación en el momento en que se produce el hecho.

Artículo 14

Extensión en el tiempo de la violación de una obligación internacional

1. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren.
2. La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo se extiende durante todo el periodo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.
3. La violación de una obligación internacional en virtud de la cual el Estado debe prevenir un acontecimiento determinado tiene lugar cuando se produce el acontecimiento y se extiende durante todo el periodo en el cual ese acontecimiento continúa y se mantiene su falta de conformidad con esa obligación.

Artículo 15

Violación consistente en un hecho compuesto

1. La violación por el Estado de una obligación internacional mediante una serie de acciones u omisiones, definida en su conjunto como ilícita, tiene lugar cuando se produce la acción u omisión que, tomada con las demás acciones u omisiones, es suficiente para constituir el hecho ilícito.
2. En tal caso, la violación se extiende durante todo el periodo que comienza con la primera de las acciones u omisiones de la serie y se prolonga mientras esas acciones u omisiones se repiten y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional.

Artículo 26

Cumplimiento de normas imperativas

Ninguna disposición del presente capítulo excluirá la ilicitud de cualquier hecho de un Estado que no esté de conformidad con una obligación que emana de una norma imperativa de derecho internacional general.

Artículo 27

Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud

La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de:

- a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;
- b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.

SEGUNDA PARTE

Contenido de la responsabilidad internacional del estado

Capítulo I

Principios generales

Artículo 28

Consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito

La responsabilidad internacional del Estado que, de conformidad con las disposiciones de la primera parte, nace de un hecho internacionalmente ilícito produce las consecuencias jurídicas que se enuncian en la presente parte.

Artículo 29

Continuidad del deber de cumplir la obligación

Las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito con arreglo a lo dispuesto en esta parte no afectan la continuidad del deber del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

Artículo 30

Cesación y no repetición

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

- a) A ponerle fin, si ese hecho continúa;
- b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31

Reparación

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Artículo 32

Irrelevancia del derecho interno

El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte.

Artículo 33

Alcance de las obligaciones internacionales enunciadas en la presente parte

1. Las obligaciones del Estado responsable enunciadas en la presente parte pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto, según sean, en particular, la naturaleza y el contenido de la obligación internacional violada y las circunstancias de la violación.
2. La presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado.

Capítulo II

Reparación del perjuicio

Artículo 34

Formas de reparación

La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo.

Artículo 35

Restitución

El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a la restitución, es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:

- a) No sea materialmente imposible;
- b) No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización.

Artículo 36

Indemnización

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.
2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.

Artículo 37

Satisfacción

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.
2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada.
3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable.

Artículo 38

Intereses

1. Se debe pagar intereses sobre toda suma principal adeudada en virtud del presente capítulo, en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.
2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.

Artículo 39

Contribución al perjuicio

Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación.

Capítulo III

Violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional general

Artículo 40

Aplicación del presente capítulo

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general.
2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Artículo 41

Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.
2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.

Conclusiones

- 1.- Chile está obligado a cumplir las obligaciones internacionales emanadas de los siguientes instrumentos internacionales:
 - i.- La Carta de la Organización de las Naciones Unidas;
 - ii.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos;
 - iii.- La Carta de la Organización de Estados Americanos;
 - iv.- La Convención Americana de Derechos Humanos;
 - v.- La Carta Democrática Interamericana;
 - vi.- Los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos;
 - vii.- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;

- viii.- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer;
 - ix.- La Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer;
 - x.- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem Do Pará);
 - xi.- La Convención para Prevenir y Castigar el delito de Genocidio;
 - xii.- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura;
 - xiii.- La Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles o Degradantes.
 - xiv.- La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados;
 - xv.- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹¹⁸ ;
 - xvi.- La Declaración de las Naciones Unidas sobre Desaparición Forzada de Personas;
 - xvii.- Los Convenios de Ginebra;
 - xvii.- Los Principios de Derecho Internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg¹¹⁹;
 - xviii.- Los Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad ¹²⁰, y
 - xix.- Los Principios Generales sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos ¹²¹.
- 2.- Hay una creciente tendencia de rechazar las reservas formuladas en los tratados internacionales de derechos humanos, por ser contrarias al objeto y fin de estos tratados;
 - 3.- Chile tiene obligación de respetar los tratados de derechos humanos, según lo dispone su ordenamiento jurídico interno;

¹¹⁸ No ratificada por Chile, pero con efectos legales en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: la *Pacta Sunt Servanda* y el *fus cogens*

¹¹⁹ Formulados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en 1950;

¹²⁰ Nueve principios aprobados, en 1973, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹²¹ Formulados por Comisión de Derecho Internacional en su sesión 53, del año 2001 que conoció la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su 65ª sesión plenaria de fecha 2 de diciembre de 2004.

- 4.- Chile tiene obligación de respetar los tratados de derechos humanos, según lo dispone el Derecho Internacional;
- 5.- Chile está obligado a cumplir sus obligaciones internacionales, de conformidad a lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados;
- 6.- Chile está obligado a cumplir sus obligaciones internacionales, de acuerdo al principio *Pacta sunt servanda* y de las normas del *ius cogens*;
- 7.- La violación de una obligación por parte de Chile es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de sus obligaciones internacionales;
- 8.- Al ser responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado: *a)* A ponerle fin, si ese hecho continúa; *b)* A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen;
- 9.- Está obligado a *reparar íntegramente el perjuicio* causado por el hecho internacionalmente ilícito;
- 10.- El perjuicio comprende todo daño, tanto *material como moral*, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado;
- 11.- Chile *no puede invocar las disposiciones de su derecho interno* como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte;
- 12.- La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de *restitución*, - es decir, a restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito, siempre que y en la medida en que esa restitución:
 - a)* No sea materialmente imposible;
 - b)* No entrañe una carga totalmente desproporcionada con relación al beneficio que derivaría de la restitución en vez de la indemnización;
- 13.- *El daño causado de será indemnizado* en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado;
- 14.- 1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar *satisfacción* por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización.
 2. La satisfacción puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión

- 15.- Deberá, asimismo, pagar *intereses* sobre toda suma principal adeudada en la medida necesaria para asegurar la reparación íntegra. La tasa de interés y el modo de cálculo se fijarán de manera que se alcance ese resultado.
2. Los intereses se devengarán desde la fecha en que debería haberse pagado la suma principal hasta la fecha en que se haya cumplido la obligación de pago.