



# DERECHOS HUMANOS Y SU INSTITUCIONALIDAD EN CHILE

ENERO 2022

SERIE  
INFORME  
SOCIEDAD  
Y POLÍTICA

181

0718-4093

AUTOR: ÁLVARO PAÚL D.

## **AUTOR: ÁLVARO PAÚL D.**

Profesor de Derecho internacional y DD.HH. en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es doctor en Derecho (Trinity College Dublin), magíster en Derecho (Universidad de Oxford), y abogado (Universidad de los Andes, Chile). Es director de la Revista Chilena de Derecho. Ha sido pasante o profesor visitante en instituciones como el Tribunal Europeo de DD.HH., la Comisión y Corte Interamericanas de DD.HH., la Universidad de Notre Dame y el Max Planck Institute.

## CONTENIDO

1. RESUMEN EJECUTIVO	4
2. INTRODUCCIÓN	5
3. CUESTIONES BÁSICAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS	6
4. DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO INTERNACIONAL	12
5. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO NACIONAL	25
6. TEMAS RELACIONADOS QUE DEBEN MENCIONARSE	32
7. CONCLUSIÓN	36

# 1. RESUMEN EJECUTIVO

Este documento expone brevemente las cuestiones más básicas sobre los derechos humanos. Comienza por hacer una presentación conceptual, entregando al lector las primeras nociones sobre el tema, incluyendo la debatida cuestión sobre quiénes pueden violar los derechos humanos. Luego, hace una nota introductoria sobre lo que es el Derecho internacional público, para referirse después a los derechos humanos en el plano transnacional, exponiendo los dos sistemas en los cuales se inserta Chile: el sistema universal y el sistema interamericano de derechos humanos. Al hacerlo, describe tanto los instrumentos como los órganos que componen dichos sistemas, incluyendo el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente, describe la institucionalidad de los derechos humanos en el plano nacional, refiriéndose, entre otros, al Instituto Nacional de Derechos Humanos y a la Subsecretaría del ramo. Por último, este trabajo trata algunos conceptos relacionados con los derechos humanos que tienen particular relevancia en atención a algunas discusiones actuales.

## 2. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, el concepto de derechos humanos es omnipresente, pues su uso se ha expandido enormemente. Actualmente ya no sólo se refiere a las garantías que debe dar un gobierno para no ser considerado autoritario o totalitario, sino que se usa para juzgar el actuar ordinario del Estado. Además, se ha extendido su alcance al ámbito del actuar privado, de modo que no es infrecuente escuchar hablar de los derechos humanos en el ámbito de la inversión extranjera<sup>1</sup>, empresarial<sup>2</sup>, de recursos naturales<sup>3</sup>, entre muchos otros. Paradójicamente, no obstante ser tan usado, el concepto de derecho humano no es claro, y menos lo son sus fundamentos y manifestaciones concretas.

Este documento expone y clarifica, de forma sucinta, algunos de los conceptos básicos que se escuchan en las discusiones relativas a los derechos humanos. Para hacerlo, primero revisa el concepto mismo de los derechos humanos, para luego tratar su regulación en los ámbitos internacional y nacional.

---

1. Véase, por ejemplo, F. G. SANTACROCE, "The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes", *ICSID Review*, vol. 34, 1, 2019.

2. Véase, por ejemplo, B. CHOUDHURY, "Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 67, 4, 2018.

3. Véase, por ejemplo, B. GARCÍA VÁZQUEZ, "La Compatibilidad del Derecho Humano al Agua con la Legislación Chilena: El Reconocimiento Latinoamericano de este Derecho", *Ius et Praxis*, vol. 26, 3, 2020.

## 3. CUESTIONES BÁSICAS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

### 3.1 Concepto

#### 3.1.1. Diversos modos de entenderlos

Cuando se habla de derechos humanos se puede estar haciendo referencia a ideas muy diversas. Esto se observa cuando se catalogan como derechos humanos cuestiones opuestas (por ejemplo, cuando se califica como una exigencia de derechos humanos tanto prohibir, como permitir el aborto). Para algunos, el concepto de derechos humanos se referirá a los derechos que emanan de la naturaleza humana, que todas las personas deben respetar, y que se han ido descubriendo y luego consagrando jurídicamente en distintas épocas y latitudes<sup>4</sup>. Para otros, los derechos humanos serán las exigencias enumeradas en textos legales, constitucionales o internacionales<sup>5</sup>, surgidos con posterioridad a la Ilustración. Para diferenciar los diversos conceptos, algunos distinguen entre las nociones de derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de las personas, derechos naturales o garantías constitucionales<sup>6</sup>. Este trabajo utilizará estos conceptos como sinónimos.

A grandes rasgos, puede decirse que hay dos modos en los que se usa cotidianamente la expresión derechos humanos. La primera nos dice que ellos son “una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna”<sup>7</sup>. Tal es el uso que se le da cuando se utilizan los derechos humanos para hacer activismo por la reforma de leyes. También se usa la expresión en un sentido más técnico, para referirse a los derechos humanos reconocidos como tales en la legislación nacional e internacional. Sea cual sea el concepto a que se haga referencia, debiera aspirarse a que incluya los derechos más básicos y comunes a la humanidad, pues sólo eso justifica que se considere tan grave la violación de los derechos humanos. Si no se hace así, puede devaluarse dicho concepto (produciendo lo que se ha llamado inflación de derechos humanos) o que su utilización genere desconfianza y descontento<sup>8</sup>.

4. Un ejemplo claro de esta posición es la que se sostiene en JUAN XXIII, *Pacem in Terris*, Roma, 1963.

5. M.-B. DEMBOUR, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 248–249.

6. Por ejemplo, Alvear distingue entre los conceptos “derechos humanos” y “derechos de la persona”. J. ALVEAR TÉLLEZ, *La Crítica al Discurso de los Derechos Humanos. El Origen*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 340.

7. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 20.

8. H. HANNUM, *Rescuing Human Rights. A Radically Moderate Approach*, Cambridge University Press, Cambridge -New York, 2019, p. 4.

### 3.1.2. Generaciones

*Libertad, igualdad y fraternidad* era el lema de la Revolución Francesa. Algunos han encontrado en este lema lo que define las llamadas tres generaciones de derechos humanos. Éstas vendrían dadas por los derechos que se fueron consagrando en las diversas épocas del desarrollo del concepto de los derechos humanos. Así, la **primera generación** de derechos humanos se refiere a los derechos civiles y políticos, es decir, aquellos que, en gran medida, resguardan *las libertades* de las personas frente al Estado (como lo son los derechos a la vida, a la libertad de expresión y a la seguridad individual) y la vida en un régimen democrático (como el derecho a voto en elecciones libres). Suele decirse que esta primera generación de derechos humanos se identifica con obligaciones negativas del Estado (es decir, obligaciones de abstenerse de actuar), o que no involucrarían el desembolso financiero por parte del Estado. Esto es en gran medida cierto, pues, por ejemplo, para resguardar el derecho a la vida el Estado debe abstenerse de ejecutar al inocente. Sin embargo, los derechos de primera generación también requieren de la actuación del Estado y del desembolso de recursos. Por ejemplo, el derecho al debido proceso exige que el Estado procure la existencia de tribunales independientes, lo que requiere una actuación positiva. Asimismo, el derecho a la participación en elecciones democráticas requiere el desembolso de grandes cantidades de dinero. Incluso, los tratados internacionales de derechos humanos exigen que el Estado no sólo *respete*, sino que también *garantice* los derechos. Esto significa que derechos originalmente negativos requieren que el Estado actúe, por ejemplo, estableciendo un sistema de policía que impida que los privados violen el derecho a la vida. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos es el tratado internacional que, por definición, busca resguardar los derechos civiles y políticos. En el plano regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encarga de proteger estos derechos.

Los derechos de **segunda generación** son aquellos que se desarrollaron en el período de entreguerras y fueron generalmente promovidos por Estados de corte socialista o con influencia de la doctrina social de la Iglesia<sup>9</sup>. Estos derechos requieren el desembolso de recursos. Ejemplos de ellos son el derecho a la protección de la salud o el derecho a la educación. Estos derechos se asociarían con *la igualdad*, en atención a que buscan brindar un mínimo común en las condiciones de vida. Estos derechos tienen elementos que los hacen más discutibles desde un punto de vista de su estructura. En efecto, todo derecho exige saber quién es la persona o entidad obligada, y cuál es el contenido mismo de la obligación. En el caso de los derechos sociales, el contenido de la obligación es indefinido, pues dependerá de los recursos disponibles y de las políticas públicas de los Estados. Por ejemplo, si se establece que existe un derecho a la seguridad social, no puede determinarse a cuánto asciende esa seguridad social a la que se tiene derecho, pues ello depende de los cálculos que haga el Estado, según la disponibilidad de sus recursos y otras consideraciones. Por eso es bueno que estos derechos sean provistos por privados, pues en tales casos puede ser más fácil determinar el contenido del derecho y exigirlo. Así ocurre con el sistema de pensiones basado en la capitalización individual, donde los titulares del derecho a pensión saben claramente lo que les corresponde y lo pueden exigir. El tratado internacional paradigmático sobre derechos de segunda generación es el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

9. M. A. GLENDON, "The Forgotten Crucible: The Latin American Influence on the Universal Human Rights Idea", *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 35-36.

Sociales y Culturales. En el plano regional, el tratado que cataloga estos derechos es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador.

Los derechos humanos de **tercera generación** serían aquellos vinculados con el concepto de *fraternidad*, en el sentido de que ellos suelen predicarse respecto de la comunidad en su conjunto, como los derechos a la autodeterminación de los pueblos, al desarrollo o a la paz. Estos derechos, si bien se encuentran recogidos en algunos tratados y constituciones, son los más discutidos. En efecto, en el caso de los derechos de segunda generación es difícil determinar con exactitud el contenido de la obligación, pero sería fácil obtenerlo si se contara con los recursos; en cambio, en el caso de los derechos de tercera generación ni siquiera se conoce la vía para lograr el objetivo, pues se trata de bienes que todo el mundo ansía, pero nadie sabe cómo lograr.

Puede estarse de acuerdo o no con el contenido o la calidad de derecho de alguna de estas tres generaciones. Sin embargo, existe claridad sobre a qué se refiere cada una. En cambio, hoy existen autores que postulan generaciones adicionales de derechos humanos, pero no hay consenso respecto de qué derechos —o aspiraciones— cabrían en cada una de esas nuevas generaciones<sup>10</sup>.

### 3.1.3. Regulación

En líneas gruesas, los derechos humanos se regulan en constituciones y tratados internacionales. En general, esta consagración se hace con terminología que no es estrictamente jurídica. Por ejemplo, aunque se reconozca el “derecho a la vida” como derecho humano, un en-

fermo terminal no puede exigirle ese derecho a nadie; tampoco puede alegarlo un atacante frente a quien se defiende legítimamente. Ello nos muestra que esta formulación es inadecuada. En realidad, debiera hablarse del “derecho del inocente a que no se le prive de la vida”. Esto es sólo un ejemplo de que la regulación en los tratados y constituciones no siempre será jurídicamente precisa. Como una forma de establecer mejor el contenido de los derechos, las normas que los consagran suelen hacer ciertas precisiones, por ejemplo, las constituciones de los países con pena de muerte establecen expresamente que ella es una excepción al derecho a la vida. No obstante, las regulaciones seguirán siendo muy generales, por lo que estos derechos se precisan más por la vía legal o judicial.

En el caso de los tratados o convenciones internacionales, no existe una regulación infra—convencional vinculante. Por eso, en ocasiones los Estados aprueban tratados que detallan mejor el contenido y consecuencias de algunos derechos específicos. Por ejemplo, un solo artículo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, pero posteriormente se redactó un tratado completo sobre este tema. También ocurrirá que, en caso de que los tratados establezcan un tribunal internacional, dicho tribunal fijará estándares mediante sus sentencias. Éstas no serán obligatorias para los Estados ajenos al caso concreto, pero auguran una sentencia desfavorable para los Estados que no sigan estos estándares (especialmente cuando la jurisprudencia sea constante). Si no existen tribunales creados por tales tratados, pueden haber comités de monitoreo que fijarán estándares no vinculantes. Se tratará más sobre este asunto al referirnos al Derecho internacional.

10. Por ejemplo, cfr. E. ALDUNATE LIZANA, *Derechos Fundamentales*, Thomson Reuters, Santiago, 2008, p. 60 con A. SQUELLA NARDUCCI, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Edeval, Valparaíso, 1991, p. 192.

### 3.2. Críticas

Existen diversos tipos de críticas a los derechos humanos<sup>11</sup>. Algunas de ellas son conceptuales, pues implican negar que existan derechos con las características anteriormente definidas, por ejemplo, se niega su universalidad o se dice que las proclamaciones de garantías abstractas no son una realidad propiamente jurídica. Otras críticas son más pragmáticas, pues dirán que el discurso y las declaraciones de derechos humanos no son efectivas para lograr los objetivos que buscan, como la protección de la dignidad de la persona y el bienestar humano<sup>12</sup>. Algunas de estas últimas críticas vienen de los llamados realistas en el ámbito internacional, quienes consideran que los Estados buscan sus propios intereses al ratificar tratados sobre derechos humanos<sup>13</sup>.

Dentro de las críticas más tradicionales se encuentran las que se remontan a la época de la Revolución Francesa. Algunas de ellas reprochaban que la proclama de los derechos del hombre venía acompañada de actos de barbarie que atentaban, justamente, contra dichos derechos. En palabras de Edmund Burke: “¡Masacre, tortura, ahorcamiento! ¡Estos son sus derechos del hombre! ¡Estos son los frutos de declaraciones metafísicas cruelmente hechas y vergonzosamente retractadas!”<sup>14</sup> También se criticó que estas proclamaciones de derechos no

eran realidades jurídicamente exigibles, sino que meras aspiraciones o derechos imaginarios<sup>15</sup>. Otro de los reproches tradicionales —muy extendido en el mundo no occidental— apunta a que los derechos humanos favorecen el individualismo frente al Estado, y tienden a quitar poderes a los cuerpos intermedios<sup>16</sup>. También se critica que los derechos humanos “fueron en sus orígenes, y continuaron siendo, hasta los días que corren, una categoría funcional a los proyectos políticos de la Revolución moderna”<sup>17</sup>.

También hay críticas ideológicas, como la crítica marxista, la feminista y postcolonialista<sup>18</sup>. Ellas se quejan de diversos aspectos del proyecto de los derechos humanos, por ejemplo, de su liberalismo, de su supuesta orientación masculina y de su asunción de que la cultura occidental es superior a las demás. No obstante, quienes pertenecen a estas corrientes, si bien critican los derechos humanos en abstracto, los usan en cuanto les son favorables para lograr sus finalidades.

Por último, hay otras críticas actuales que no son identificables con alguna ideología en particular. Por ejemplo, se afirma que muchas veces se trata de catalogar como derecho humano algunas cuestiones de política pública, para sustraer tales materias “de la esfera de la delibe-

11. En esta materia, seguimos parcialmente a M.-B. DEMBOUR, “Critiques”, en Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran (eds.) *International Human Rights Law*, 3, Oxford University Press, Oxford, 2018.

12. Por ejemplo, E. A. POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 76-78.

13. M.-B. DEMBOUR, “Critiques”, cit., p. 45.

14. E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event*, Penguin 2004, London, 1790, p. 345 (la traducción es nuestra).

15. En palabras de Bentham, los derechos naturales e imprescriptibles son un “sinsentido sobre zancos”, según afirma en su obra *Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declarations of Rights Issued during the French Revolution*. J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham, Published under the Superintendence of His Executor, John Bowring*, vol. 2, Simpkin, Marshall, & Co., Edimburgh, 1843, p. 501 (la traducción es nuestra).

16. Por el contrario, otros consideran que ese individualismo es, justamente, la ventaja de los derechos humanos. Véase M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Princeton University Press, New Jersey, 2003, pp. 66-68.

17. J. ALVEAR TÉLLEZ, *La Crítica al Discurso de los Derechos Humanos*. El Origen, cit., p. 353.

18. Sobre éstas y otras críticas, véase M.-B. DEMBOUR, “Critiques”, cit.

ración pública y de la soberanía de los Estados”<sup>19</sup>. En parte, esto ocurre porque se entiende que los derechos humanos pueden ser contramayoritarios, de modo que pueden quedar fuera del juego democrático. También se ha afirmado que el lenguaje de los derechos puede empobrecer el debate político<sup>20</sup>, pues en muchas discusiones las partes alegan derechos contrapuestos (las llamadas **colisiones de derechos humanos**<sup>21</sup>), lo que dificulta llegar a soluciones que representen una transacción. Esto es especialmente así cuando ambas partes consideran que los derechos que invocan son absolutos. Otra crítica relevante afirma que cuando los derechos humanos son alegados frente a tribunales, particularmente en el caso de los derechos sociales, se le da al Poder Judicial el poder de decidir políticas públicas, propias del Poder Ejecutivo o del Legislativo, con lo que se desnaturaliza la función jurisdiccional.

### 3.3. Quiénes pueden violar los derechos humanos<sup>22</sup>

Muchos afirman que sólo los agentes del Estado pueden violar los derechos humanos. Sin embargo, los privados también pueden hacerlo (incluso pueden llegar a cometer crímenes de lesa humanidad)<sup>23</sup>. Tanto nuestra Constitución, como los tratados internacionales sobre la materia, garantizan los derechos humanos de toda persona,

sin prescribir nada en relación con el agente que los viola. En otras palabras, los derechos humanos se tienen frente a todas las demás personas o instituciones, por lo que cualquier entidad puede violarlos (sin perjuicio de que puedan considerarse más graves las violaciones cometidas por el Estado). La jurisprudencia nacional e internacional permite hacer dicha afirmación. En relación con la primera, basta con ver que parte significativa de los recursos de protección (acción que busca proteger derechos humanos, aunque la Constitución chilena no use ese término<sup>24</sup>), se dirigen en contra de particulares. La jurisprudencia internacional también permite afirmarlo (a pesar de que los tratados relevantes buscan regular principalmente a los Estados). Así ocurre cuando tribunales internacionales sancionan a Estados por no haber garantizado los derechos humanos frente a acciones de particulares, o al hacer referencia a tendencias actuales como las de derechos humanos y empresas<sup>25</sup>. La doctrina también se ha referido a los efectos que tienen los derechos humanos en las relaciones entre particulares, al desarrollar lo que se conoce como el **efecto horizontal** de los derechos humanos<sup>26</sup>.

Varios factores inciden en la creencia de que los particulares no pueden violar los derechos humanos. El primero es que algunos derechos humanos pueden ser violados sólo por los Estados (como la prohibición de irretroac-

19. T. HENRÍQUEZ, “La Política y Politización de los Derechos Humanos”, en Diego Schalper (ed.) *Desarrollo Humano y Solidario. Nuevas Ideas para Chile*, Ideapais - Fundación Hanns Seidel, Santiago, 2017, pp. 376-377.

20. GLENDON, MARY ANN, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991.

21. Sobre el tema, puede verse S. BERTELSEN SIMONETTI, “Métodos de Solución de Conflictos entre Derechos Fundamentales”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, vol. 42, 2010.

22. En gran medida, esta sección recoge ideas publicadas previamente en Á. PAÚL, “Derechos Humanos y Obligación de Usar la Fuerza. A Propósito de la Crisis de Orden Público de 2019”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, 3, 2019.

23. En este punto, puede verse más abajo la sección sobre Derecho penal internacional.

24. Solo se utiliza ese término para decir que el terrorismo es contrario a los derechos humanos. Art. 9, Constitución Política de la República de Chile (1980).

25. Véanse, por ejemplo, *Suárez Peralta vs. Ecuador* (2013): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 261, párrs. 139-154, y *Pueblos Kallinã y Lokono vs. Surinam* (2015): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 309, párrs. 223-224.

26. En la materia, véase E. ALDUNATE LIZANA, *Derechos Fundamentales*, cit., pp. 211–224.

tividad de la ley penal), o se protegen en forma diferenciada frente a la acción estatal (como la prohibición de establecer diferencias arbitrarias<sup>27</sup>). Un segundo factor es que las normas que protegen los derechos humanos no están necesariamente catalogadas como tales en el plano interno, sino que se establecen en leyes ordinarias como el Código Penal, el Laboral o en leyes especiales. No obstante, por ejemplo, todo crimen que tenga una víctima, atenta contra un bien jurídico que puede iden-

tificarse con un derecho humano. Otro elemento que influye en la creencia de que los particulares no pueden violar los derechos humanos es que, mientras los Estados responden internacionalmente por violarlos, ya sea directamente, o por no garantizarlos frente al actuar de terceros, los privados autores de violaciones a los derechos humanos no responden internacionalmente (salvo que sus actos constituyan crímenes como los regulados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional).

---

27. Así, por ejemplo, mientras una persona puede discriminar al momento de elegir a sus amigos según su religión o afiliación política, el Estado no puede discriminar sobre la base de estos criterios.

## 4. DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO INTERNACIONAL

### 4.1. Qué es y qué no es Derecho internacional

#### 4.1.1. Fuentes del Derecho internacional

El Derecho internacional público es el conjunto de normas de conducta que surgen —directa o indirectamente— de la voluntad estatal y de los demás actores internacionales creados por los Estados, y que buscan regular las relaciones entre ellos. Puede alegarse que esta definición es una simplificación de la realidad, pero es más que suficiente para un trabajo introductorio como éste. Los tipos de normas del Derecho internacional más relevantes (conocidas como fuentes del Derecho internacional) son:

**a) Los tratados** —también llamados convenciones, pactos, cartas, etc.—, que son acuerdos en que los sujetos de Derecho internacional (como los Estados y los organismos internacionales gubernamentales) buscan expresamente obligarse entre sí.

**b) La costumbre internacional**, que es una práctica uniforme y constante de los Estados, realizada con la conciencia de que dicha práctica es vinculante. Esta costumbre es obligatoria y no requiere estar codificada en un instrumento internacional para serlo. Es importante notar que la costumbre internacional es un concepto técnico y calificado, de modo que no es lo que se llama costumbre en lenguaje cotidiano.

**c) Algunos consideran que los principios generales del Derecho** también serían relevantes en materia de derechos humanos. Se trata de principios aplicables en todos los grandes sistemas jurídicos, como podría ser el principio de que todo el que causa un daño debe repararlo. Atendida su naturaleza de principios pre-existentes a nivel nacional, y que son aplicables sólo en caso de que no exista norma a nivel internacional, no son particularmente relevantes para este análisis.

#### 4.1.2. *Soft law* y estándares internacionales<sup>28</sup>

Además de las fuentes internacionales escritas y vinculantes (los tratados), existen muchos tipos de instrumentos internacionales escritos, como declaraciones o recomendaciones, que no son vinculantes. A este tipo de instrumentos se les llama *soft law*. En ocasiones es difícil distinguir entre estas declaraciones y los tratados internacionales. El punto decisor para diferenciarlos será la voluntad estatal de verse o no obligado por estos instrumentos.

Si se traduce literalmente, *soft law* significa “derecho blando”, pero esta expresión es equívoca. Hoy en día, dicho concepto “usualmente se refiere a cualquier instrumento internacional que no sea un tratado, que contenga principios, normas, estándares, o cualquier otra declaración sobre un comportamiento esperado”<sup>29</sup>. Así, la concepción actual de *soft law* incluye decisiones de organismos internacionales, conclusiones de conferencias internacionales, planes de acción, resoluciones de la Asamblea General de la ONU, trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, recomendaciones de comités de monitoreo de tratados, sentencias internacionales respecto de Estados que no están obligados por ellas, declaraciones conjuntas de Estados en alguna cumbre, entre otros. Es posible, incluso, encontrar algunas disposiciones de *soft law* que emanan, originalmente, de organizaciones mayormente privadas o híbridas,

como la *International Organization for Standardization* (ISO), que son posteriormente adoptadas por regulaciones de entidades como la Organización Mundial del Comercio<sup>30</sup>. En algunas ocasiones se llama *soft law* a disposiciones de tratados que si bien son vinculantes, son tan vagas, que no crean ninguna obligación concreta para el Estado y que, por eso, a pesar de ser Derecho, se les considera “Derecho blando”<sup>31</sup>. Este trabajo no usará la expresión *soft law* en este último sentido ni para referirse a instrumentos meramente privados.

El *soft law* no es propiamente Derecho internacional, en el sentido de que no crea ni derechos ni obligaciones. Es muy relevante tener esto presente, porque en el ámbito nacional suele usarse el *soft law* como un argumento para la reforma de leyes o la implementación de políticas públicas, a pesar de que no sea algo que obligue a nuestras autoridades. Incluso los más altos tribunales nacionales suelen confundirse y usar el *soft law* como si fuera vinculante. Esto hace también que los gobiernos deban ser cautelosos al suscribir instrumentos de *soft law*, ya que, aunque no sea vinculante, podría ser tratado como tal en discusiones públicas y ante tribunales. Aunque el *soft law* no obligue, el Estado debe tenerlo en cuenta, pues la buena fe exigiría que un Estado lo considere en algunas de sus manifestaciones, aunque sea para desecharlo por considerar que no plantea una solución adecuada<sup>32</sup>.

28. En gran medida, esta sección recoge ideas publicadas previamente en Á. PAÚL, “Soft Law: Ni Derecho ni tan Blando”, en Sebastián López Escarcena (ed.) *Temas de Derecho internacional para el Diálogo Constitucional Chileno*, Ediciones UC, Santiago, 2021.

29. D. SHELTON, “International Law and «Relative Normativity»”, en Malcolm D. Evans (ed.) *International Law*, 4, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 159.

30. Véase, por ejemplo, F. FONTANELLI, “ISO and Codex Standards and International Trade Law: What Gets Said is not What’s Heard”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, 2011, pp. 895-932. Algunos han considerado que instrumentos de autorregulación de actores privados comerciales, que deciden someterse a determinados códigos de conducta, serían también *soft law*, aunque este uso no es extendido. V. HEYVAERT, “Levelling Down, Levelling Up, and Governing Across: Three Responses to Hybridization in International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 20, 3, 2009, p. 649.

31. Así, por ejemplo, podría decirse que muchas disposiciones de tratados que establecen normas programáticas serían *soft law* según esta concepción. Véase D. SHELTON, “International Law and «Relative Normativity»”, cit., pp. 159-160. Véase también J. KLABBERS, “Reflections on Soft International Law in a Privatized World”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XVI, 2005, p. 316. Se les ha llamado *soft law* material. Ver M. I. GARRIDO GÓMEZ, *El Soft Law como Fuente del Derecho Extranacional*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 68.

32. Sobre el modo como podría actuarse de buena fe frente al *soft law*, véase Á. PAÚL, “Soft Law: Ni Derecho ni tan Blando”, cit., pp. 221–223.

En este punto conviene hablar de la expresión estándar internacional. Este concepto suele ser usado por parte de la doctrina y algunos organismos internacionales para juzgar si determinadas prácticas de los Estados son adecuadas<sup>33</sup>. Sin embargo, el término estándar es elástico, pues como señala Makau Mutua:

“no tiene ningún significado legal en particular, y no implica necesariamente una obligación legal de naturaleza alguna. Un estándar es un receptáculo inerte y vacío, donde uno puede hacer caber casi cualquier cosa. Se refiere a un nivel de logro o expectativa que puede llevar consigo una aspiración moral, cultural u otra de naturaleza civilizada”<sup>34</sup>.

La amplitud de este concepto se observa en algunas definiciones de órganos internacionales<sup>35</sup>. En nuestro medio también se ha hecho referencia a la indefinición del concepto de estándar jurídico internacional<sup>36</sup>.

En ocasiones se usa la expresión estándar internacional para hablar de tratados, pero la mayoría de las veces se utiliza para referirse en forma partisana a las posiciones de ciertos Estados, organizaciones internacionales, in-

cluso ONGs en determinadas materias. Lo curioso es que mientras se hace referencia a tales posiciones como “estándares”, pueden desconocerse las posturas de otros Estados u organizaciones internacionales en las mismas materias. Muchas veces estos “estándares internacionales” sólo reflejan las prácticas de algunos Estados desarrollados económicamente. También se usa la expresión para referirse a criterios establecidos por tribunales internacionales<sup>37</sup>. Por lo anterior, un “estándar internacional” sólo será autoritativo si se considera que quienes elaboran dicho estándar merecen crédito.

Como se desprende de lo que se ha dicho, no todos los estándares internacionales constituyen *soft law*, pero muchos de ellos sí. Por tanto, lo afirmado en esta sección es, en gran medida, aplicable también a los estándares, salvo cuando ellos se basen en instrumentos vinculantes y cuando, por el contrario, se basen en prácticas que no reflejan ni siquiera *soft law*.

#### 4.1.3. Normas *jus cogens*<sup>38</sup>

Las **normas *jus cogens*** o *normas imperativas de Derecho internacional general*, son reglas de Derecho internacional que tendrían una jerarquía superior a las

33. Véase A. RODRÍGUEZ ALCÓCER; M. BARTOLINI ESPARZA, “Las Recomendaciones de los Organismos Internacionales como Herramientas de Presión Política”, *Derecho Público Iberoamericano*, vol. 5, 2014, p. 235.

34. M. MUTUA, “Standard Setting in Human Rights: Critique and Prognosis”, *Human Rights Quarterly*, vol. 29, 2007, p. 557.

35. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que los estándares jurídicos interamericanos serían “el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término ‘estándares jurídicos’ asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Estándares Jurídicos Vinculados a la Igualdad de Género y a los Derechos de las Mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Desarrollo y Aplicación*. Actualización del 2011-2014, 2015, p. 13 (nota al pie 5), en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>.

36. M. MOLINA VERGARA, “Estándares Jurídicos Internacionales: Necesidad de un Análisis Conceptual”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 25, 1, 2018.

37. Ver L. BURGORGUE-LARSEN, *El Diálogo Judicial: Máximo Desafío de los Tiempos Jurídicos Modernos*, Editorial Porrúa - IMDPC, México D.F., 2013, p. 207.

38. Parte de este título es tomado de Á. PAÚL, “Nueva Constitución y Derecho Internacional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, 1, 2021, p. XIV-XV.

demás. Una regla *jus cogens* “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter”<sup>39</sup>. En otras palabras, la importancia de este tipo de reglas es que los Estados no pueden acordar algo que las contradiga, lo que limita la libertad estatal de contratar.

Ningún instrumento internacional vinculante explicita qué normas son *jus cogens*, y no es fácil saber cuáles lo son, pues la misma naturaleza de este concepto ya es algo bastante discutido<sup>40</sup>. Sin embargo, está claro que estas normas son muy pocas. Algunos tribunales internacionales se han aventurado a calificar algunas reglas como *jus cogens*, pero esas calificaciones no son decisorias sobre la calidad de *jus cogens*<sup>41</sup>. La Comisión de Derecho internacional da una lista no exhaustiva de las que, según ella, serían normas de *jus cogens*, a saber:

- “a) La prohibición de la agresión<sup>42</sup>;
- “b) La prohibición del genocidio;
- “c) La prohibición de los crímenes de lesa humanidad;
- “d) Las normas básicas del Derecho internacional humanitario;
- “e) La prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*;

- “f) La prohibición de la esclavitud;
- “g) La prohibición de la tortura;
- “h) El derecho a la libre determinación”<sup>43</sup>.

Este listado tampoco puede considerarse decisivo en la materia, pero tiene bastante autoridad.

Algunos agentes no especializados caen en el error de pensar que todas las normas de derechos humanos serían *jus cogens*. Este malentendido puede deberse a que la mayoría de las normas *jus cogens* son de derechos humanos (aunque sólo una minoría de las normas de derechos humanos son *jus cogens*).

La jerarquía de las normas *jus cogens* no implica que tales reglas estén inmediatamente incorporadas en la legislación estatal (es decir, que sean parte de un ordenamiento jurídico nacional), pues ello dependerá de la relación que tenga el Derecho nacional con el internacional en un determinado país. En el caso chileno, las normas *jus cogens* se incorporarán siguiendo el mecanismo para la incorporación del tipo de norma de que se trate (ya sea de tratado internacional o de costumbre), aunque teniendo presente algunas reglas básicas, por ejemplo, que antes de poder sancionar penalmente a una persona, siempre será necesario que exista una ley nacional que sancione su conducta.

39. Art. 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

40. Francia se opuso a su tratamiento en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. P. WEIL, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *The American Journal of International Law*, vol. 77, 1983, p. 428, nota al pie 60.

41. Estas calificaciones solo son útiles como mecanismos auxiliares para determinar si una norma tiene dicha calidad. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, “Normas Imperativas de Derecho internacional General (Ius Cogens)”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 71er período de sesiones (29 de abril a 7 de junio y 8 de julio a 9 de agosto de 2019, vol. A/74/10, 2019, pp. 186-189.

42. Se refiere al uso de la fuerza armada por parte de un Estado en contra de otro, en forma incompatible con la Carta de Naciones Unidas.

43. Comisión de Derecho Internacional, “Normas Imperativas...”, op. cit., pp. 160-161. Algunas de estas normas no son claras, pues resta definir cuál es su contenido. Por ejemplo, en distintas sociedades se tienen conceptos muy diversos de qué constituye tortura (algunos considerarán que un acto constituye tortura, mientras que otros considerarán que solo constituye una sanción o un método de interrogación extraordinario, pero admisible).

## 4.2. Sistema universal de derechos humanos

### 4.2.1. Cuestiones generales e instrumentos principales

El sistema universal de derechos humanos es el que se ha creado al alero de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Este sistema comprende una serie de instrumentos y órganos con funciones relativas a los derechos humanos. Dentro de los primeros, es importante referirse a la **Carta Internacional de los Derechos Humanos**. A pesar de que su nombre conduce a equívocos, esta expresión no se refiere a un único instrumento, sino a un conjunto de instrumentos de diversa naturaleza, que se entienden como los más fundamentales del Sistema Universal. Los componentes de esta llamada Carta son:

**a)** Las **normas que se refieren a los derechos humanos en la Carta de la ONU**. Estas disposiciones son muy pocas, y no entran en mayores detalles<sup>44</sup>. No obstante, son importantes porque hicieron que el tema de los derechos humanos dejara de ser exclusivamente un asunto interno de los Estados, estando ahora internacionalizado. Esto significa que lo que suceda en este ámbito no sólo será de interés de los Estados donde ocurran las violaciones, sino que de los demás miembros de la comunidad internacional. Sin perjuicio de ello, esta referencia a los derechos humanos es general, por lo que se hace necesario desarrollar su contenido. Esto se hizo —y se sigue haciendo— en los instrumentos de derechos humanos que se han elaborado en el marco de las Naciones Unidas.

**b)** La **Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Este instrumento contiene una enumeración de derechos, tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales. La Declaración es una mera resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, por lo que no es, en sí misma, vinculante. No obstante ello, es un instrumento fundamental, en atención a que fue la primera vez en que los Estados se pusieron de acuerdo, a nivel mundial, en una declaración internacional sobre derechos humanos<sup>45</sup>. Además, existen teorías de que la Declaración Universal o algunas de sus normas habrían adquirido valor vinculante en atención a diversos factores, por ejemplo, que algunos de los derechos que consagra habrían adquirido el valor de costumbre internacional<sup>46</sup>.

**c)** El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)**, y el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**. Ambos son tratados internacionales que buscan hacer un catálogo completo de los derechos humanos en su propio ámbito. A los redactores de estos tratados no les fue posible incluir ambos tipos de derechos en un solo pacto (a diferencia de lo que ocurrió en la Declaración Universal de los Derechos Humanos), ya que los Estados no estaban dispuestos a crear una norma vinculante que incluyera derechos de primera y segunda generación. En efecto, estos tratados se redactaron durante la Guerra Fría, y los Estados llamados occidentales no estaban inclinados a ratificar instrumentos vinculantes sobre derechos económicos y sociales. Por su

44. Arts. 1, 13, 55, 62, 68, y 76, Carta de las Naciones Unidas.

45. Al votarse este instrumento, hubo gran acuerdo, ya que se contó con 48 votos favorables, ninguno desfavorable y ocho abstenciones, estas últimas por parte de los Estados de la órbita soviética, Arabia Saudita y la Sudáfrica del Apartheid. Véase: <https://digitallibrary.un.org/record/670964?ln=en>.

46. C. R. FERNÁNDEZ LIESA, *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en Perspectiva Histórica*, Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 190–191.

parte, los Estados socialistas no querían ratificar normas vinculantes sobre derechos que ellos estaban violando. Además, existe una razón técnica para haber separado los derechos en dos pactos, ya que las obligaciones que surgen de ellos son distintas, pues en el caso de los derechos económicos y sociales, los Estados sólo se obligan a adoptar medidas, sin discriminación, según los recursos de que dispongan<sup>47</sup>, mientras que los derechos civiles y políticos rigen inmediatamente. Además, un pacto creó un comité de monitoreo, mientras que el otro utilizó un órgano ya existente para revisar los informes presentados por los Estados<sup>48</sup>.

**d)** Los **protocolos** a los dos pactos recién nombrados. Un protocolo, en este sentido, es un tratado que se plantea como subordinado o relacionado con un tratado principal (estos protocolos pueden ser o no ratificados por los Estados). Los dos antedichos pactos tienen sendos protocolos que crean un procedimiento de petición en el que los individuos particulares pueden plantear al comité respectivo sus denuncias de violaciones a los derechos humanos cometidas por un Estado. El resultado de estos procedimientos de petición es una recomendación sin valor vinculante. Chile ha ratificado sólo el protocolo opcional al PIDCP, de 1976<sup>49</sup>. El PIDCP tiene, además, un segundo protocolo facultativo, referido a la abolición de la pena de muerte, del cual Chile es parte.

Como decíamos, la Carta Internacional de los Derechos Humanos incluye los principales instrumentos universales en materia de derechos humanos. Sin embargo, ellos no son los únicos. En efecto, existe otra serie de tratados relacionados con violaciones específicas de derechos humanos, incluyendo el genocidio, la dis-

criminación racial y el apartheid, así como violaciones dirigidas contra grupos particulares de individuos que tradicionalmente han sufrido violaciones a los derechos humanos, como las mujeres o las personas con discapacidad. Estos tratados son útiles, pues entregan una mayor precisión frente a las disposiciones de los tratados más generales.

Dentro de estos tratados, hay siete que interesan especialmente, ellos son:

- a) La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965.
- b) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 1979.
- c) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984.
- d) La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.
- e) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990.
- f) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006.
- g) La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006.

Estos tratados, en conjunto con el PIDCP y el PIDESC, forman un conjunto de 9 tratados que establecen un sistema para monitorear que los Estados implementen sus normas. El comité de expertos más conocido es el **Comité de Derechos Humanos**, creado por el PIDCP.

47. Art. 2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

48. Art. 16, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

49. El protocolo opcional al PIDESC es recién de 2008, por lo que ha sido ratificado sólo por un número reducido de Estados.

### 4.2.2. Comités de monitoreo

Todos los comités de monitoreo son establecidos, directa o indirectamente, por los tratados recién referidos. Ellos tienen el poder de examinar los informes periódicos que los Estados les mandan para informar sobre el modo como están cumpliendo lo que establece el tratado respectivo y sus protocolos, en caso de haberlos. Una vez que el Estado envía su informe, los comités solicitarán más información a los Estados. Estos procedimientos se basan, en gran medida, en un sistema de diálogo constructivo entre los miembros del comité y los representantes del Estado (ninguna recomendación de los comités es de obligatorio cumplimiento). Los comités también reciben informes sombra, entregados por ONGs u otros actores que tengan conocimiento de las realidades existentes a nivel nacional. Todos los tratados permiten que los Estados partes respondan los comentarios, recomendaciones o sugerencias con sus propias observaciones. Una vez entregado el informe, se hará un seguimiento de éste, para ver si hay o no avances en los temas tratados.

Además de revisar los informes, seis comités de monitoreo pueden conocer de peticiones individuales sobre supuestas violaciones cometidas por los Estados<sup>50</sup> (sus decisiones sobre los asuntos no son vinculantes para los Estados). Algunos de estos comités pueden también realizar investigaciones sobre las violaciones, o pueden hacer advertencias tempranas para enfrentar rápidamente violaciones masivas, pero son facultades bastante excepcionales<sup>51</sup>.

Los comités suelen hacer observaciones generales, donde interpretan el contenido de los tratados que los crean. Estas observaciones no constituyen interpretaciones auténticas, en el sentido de que ellas tendrán la autoridad de ser emitidas por un grupo de personas que debieran ser expertas en su área, pero no tienen el mismo valor que el tratado en sí. En ese sentido, estas interpretaciones son un ejemplo de *soft law*, que puede ser seguido o no.

### 4.2.3. Órganos de Naciones Unidas relacionados con los derechos humanos

#### a) Cuestión preliminar

Uno de los fines de Naciones Unidas es “realizar la cooperación internacional [...] 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”<sup>52</sup>. En el ejercicio de su labor, diversos órganos de Naciones Unidas tratan del tema de los derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia se ha referido al genocidio, la Asamblea General trató en su primera sesión del tema del *apartheid*, y el Consejo de Seguridad ha abordado casos de violaciones de derechos humanos que pudieran poner en peligro la paz y seguridad internacional. No obstante, además de tales órganos no especializados en materia de derechos humanos, existen órganos que se crean específicamente para tratar este tema, de los que hablaremos a continuación.

50. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación en contra de las Mujeres, el Comité sobre Trabajadores Migrantes, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

51. T. Buergenthal; D. Shelton; D.P. Stewart, *International Human Rights in a Nutshell*, 4, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 2009, pp. 80-81.

52. Art. 1, inciso 3, Carta de las Naciones Unidas.

Es importante notar que el Consejo de Seguridad es el único órgano no judicial de Naciones Unidas que puede tomar decisiones que vinculan a los Estados miembros. Otros órganos pueden tomar decisiones vinculantes en relación con la misma ONU. Por ejemplo, la Asamblea General define su propio presupuesto, o la admisión de nuevos miembros o cuestiones de ese tenor. Ello ocurre porque la Carta de las Naciones Unidas —el instrumento que le da su poder a esta organización— así lo dispone. Por ello, ninguno de los órganos que veremos a continuación puede obligar a los Estados a realizar o no ciertas actuaciones.

## b) Consejo de Derechos Humanos

### b.1) Cuestiones generales sobre el Consejo

El Consejo de Derechos Humanos es un órgano que se creó en 2006<sup>53</sup>. Tiene 47 Estados miembros, que se renuevan cada tres años. En ocasiones la conformación del Consejo ha sido controversial, debido a que algunos Estados miembros son conocidos por sus conductas violatorias de los derechos humanos<sup>54</sup>.

Según la resolución de la Asamblea General que lo creó, el Consejo es “responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa”<sup>55</sup>. Su competencia incluye hacer recomendaciones sobre situaciones de violaciones de derechos humanos, así como también promover la coordinación efectiva en la materia. También reconoce o recomienda

reconocer algunas realidades como derechos humanos, como lo hizo en 2021 al definir que existe un “derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible”<sup>56</sup>. El Consejo también elabora proyectos de tratados internacionales.

El Consejo es conocido por llevar adelante el Examen Periódico Universal (EPU), donde examina el actuar de los Estados en materia de derechos humanos. Cada Estado debiera contar con un EPU cada cuatro años. En este examen, los representantes de los Estados miembros del Consejo hacen recomendaciones al Estado que está siendo examinado. Para elaborar este informe, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos provee al Consejo con información que le es entregada por ONGs y otros grupos. Después de analizar todos estos antecedentes, el resultado que el Consejo obtiene “es un informe que consiste en un resumen de los procedimientos de revisión; conclusiones o recomendaciones, y los compromisos voluntarios del Estado implicado”<sup>57</sup>.

### b.2) Procedimientos especiales y expertos independientes

“Los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos son mandatos para presentar informes y asesorar sobre derechos humanos que ejecutan expertos independientes en la materia, desde una perspectiva temática o en relación con un país específico”<sup>58</sup>. En otras palabras, el Consejo de Derechos Humanos ha establecido **grupos de trabajo y relatores especiales** para que revisen ciertos temas, o estén al tanto de lo que ocurre en

53. Pasó a reemplazar a la antigua Comisión de Derechos Humanos y a la Subcomisión.

54. Por ejemplo, al momento de escribir este trabajo, Cuba y Venezuela son parte de los miembros del Consejo.

55. Res. AG 60/251, disponible en [https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251.\\_Sp.pdf](https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251._Sp.pdf).

56. Resolución 48/13, disponible en: <https://undocs.org/es/a/hrc/48/l.23/rev.1>.

57. T. BUERGENTHAL Y OTROS, *International Human Rights in a Nutshell*, cit., p. 136 (la traducción es nuestra).

58. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Welcome-page.aspx>.

países determinados<sup>59</sup>. Estos expertos reciben el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y pueden realizar visitas a países, enviar comunicaciones a los Estados, hacer estudios, contribuir a la elaboración de documentos, así como promocionar los derechos humanos y asesorar en materias técnicas<sup>60</sup>.

### c) Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) es parte de la Secretaría de las Naciones Unidas. El ACNUDH se creó en 1994 mediante una resolución de la Asamblea General<sup>61</sup>. Según ésta, el ACNUDH es el oficial de las Naciones Unidas con la responsabilidad principal en materia de derechos humanos, bajo la dirección y responsabilidad del Secretario General. Al ejercer esta responsabilidad, el ACNUDH opera dentro del ámbito de competencia y autoridad de la Asamblea General, del Consejo Económico y Social, y del Consejo de Derechos Humanos<sup>62</sup>. Este órgano se encuentra separado del Consejo de Derechos Humanos, pero “presta apoyo sustantivo a las reuniones del Consejo de Derechos Humanos, y da seguimiento a las deliberaciones que tienen lugar allí”<sup>63</sup>.

La función más general de este órgano es “[p]romover y proteger el disfrute efectivo de todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales por todos”<sup>64</sup>. Esta misión es muy amplia, permitiría que el ACNUDH se haga cargo de cualquier problema actual de derechos humanos, y que realice acciones diversas para cumplir su misión, siempre y cuando ellas se encuentren dentro del ámbito de actuación de los órganos nombrados más arriba. La Oficina del ACNUDH está encargada también de prestar asesoría técnica y financiera a los Estados en su área, y de coordinar las labores de Naciones Unidas en la promoción y protección de los derechos humanos. Al ejercer sus funciones, el ACNUDH tiene también la obligación de “respetar la soberanía, la integridad territorial y la jurisdicción interna de los Estados”<sup>65</sup>.

El ACNUDH es nombrado por el Secretario General con aprobación de la Asamblea General, y tiene una duración de cuatro años<sup>66</sup>. La efectividad de un ACNUDH dependerá de muchos factores, incluyendo su capacidad diplomática, compromiso y creatividad, además de la voluntad política de los Estados miembros de las Naciones Unidas y de los recursos de dicha oficina<sup>67</sup>.

59. El listado de los expertos se puede ver en: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/SP/Pages/Currentmandateholders.aspx>. A abril de 2020 “estaban en vigor 44 mandatos temáticos y 11 mandatos de país”. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>. Esta lista sigue incrementándose, por ejemplo, el 4 de octubre de 2021 el Consejo decidió establecer un relator especial para la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto del cambio climático. Resolución 48/14, disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/48/14>.

60. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx>.

61. Resolución 48/141. Esfuerzos previos para establecer algo así fallaron durante la Guerra Fría.

62. La antigua Comisión de Derechos Humanos.

63. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, <http://www.oacnudh.org/los-organos-de-derechos-humanos/>.

64. Resolución 48/141, número 4.a.

65. Resolución 48/141, número 3.a. Por eso, acciones como la observación oficial de manifestaciones en Santiago en 2021 (véase <https://acnudh.org/onu-derechos-humanos-observo-manifestaciones-en-santiago-de-chile/>) parecen reñidas con estos principios, salvo que cuenten con la aprobación expresa del Estado donde se llevan a cabo.

66. La actual ACNUDH es Michelle Bachelet, quien estaría en funciones hasta el 31 de agosto de 2022.

67. T. BUERGENTHAL Y OTROS, *International Human Rights in a Nutshell*, cit., pp. 122–123.

La Oficina Regional para América del Sur se encuentra en Santiago de Chile, y tiene competencia para conocer de cuestiones relacionadas con los demás países de la Región (aunque los Estados pueden tener oficinas nacionales en situaciones especiales, como Colombia, o asesores de derechos humanos del ACNUDH)<sup>68</sup>.

### 4.3. Sistema interamericano de derechos humanos

#### 4.3.1. Cuestiones generales e instrumentos principales

El sistema interamericano de derechos humanos opera en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA). La **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** (CIDH) y la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** (Corte IDH) son sus dos órganos principales<sup>69</sup>. El Sistema también cuenta con dos instrumentos principales, la **Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre**, y la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. El primero de tales instrumentos es una mera declaración, lo que significa que no es vinculante por sí misma (aunque hay teorías que dicen que ésta o parte de sus normas habrían adquirido valor vinculante<sup>70</sup>), mientras que el segundo es un tratado internacional, por lo que obliga a los Estados que lo ratifican. Además de estos dos instrumentos, existen otros tratados que regulan más en detalle ciertos derechos, como ocurre con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el “Protocolo de San Salvador” sobre derechos económi-

cos, sociales y culturales, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, entre otros.

#### 4.3.2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es uno de los órganos principales de la OEA<sup>71</sup>, y se encuentra ubicada en Washington D.C. Por ser un órgano de dicha organización, tiene competencia sobre todos los Estados miembros, incluyendo naciones como Estados Unidos y Canadá. La Comisión está conformada por siete comisionados que sesionan en forma temporal, pero tiene una secretaría permanente que cuenta con decenas de funcionarios. Su función principal es “la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la [OEA] en esta materia”<sup>72</sup>.

La CIDH no tiene poder para adoptar decisiones que vinculen a los Estados, sino que sólo puede instar o hacer recomendaciones. En ese sentido, se puede decir que su mecanismo de actuación opera sobre la base del *name and shame* (nombramiento y avergüenza), es decir, mediante presiones de carácter meramente político. Sin embargo, cuando los Estados han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se han sometido a la jurisdicción de la Corte IDH, la

68. Véase <https://www.ohchr.org/SP/Countries/Pages/WorkInField.aspx>.

69. Existen otros órganos que también estudian cuestiones que se relacionan con los derechos humanos específicos, y tienen mucha menor notoriedad que los dos órganos ya mencionados. Dentro de estos otros órganos se podrían mencionar la Comisión Interamericana de Mujeres o el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, o la Organización Panamericana de la Salud.

70. Á. PAÚL, *Los Trabajos Preparatorios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Origen Remoto de la Corte Interamericana*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, pp. 5–15.

71. Art. 53, Carta de la Organización de los Estados Americanos.

72. Art. 106, Carta de la Organización de los Estados Americanos.

CIDH puede elevar asuntos para que la Corte tome decisiones de cumplimiento obligatorio por parte de los Estados.

Los mecanismos de actuación de la Comisión son los siguientes:

1. Preparar informes que desarrollan el estado actual de una determinada materia o la situación de los derechos humanos en un Estado específico.
2. Celebrar audiencias públicas que tratan temas más o menos relevantes en materia de derechos humanos (los temas elegidos dependerán de los intereses de la misma CIDH).
3. Realizar visitas *in loco*, es decir, inspecciones en Estados que enfrentan desafíos en materia de derechos humanos. Estas visitas solo se pueden realizar previa autorización expresa por parte del Estado que se visita.
4. Dictar medidas cautelares, es decir, solicitudes a un Estado en “situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano”<sup>73</sup>. Dichas medidas no tienen el poder de obligar a los Estados, pero la CIDH puede elevar el asunto a la Corte IDH —cuando el Estado ha ratificado la Convención Americana sobre Dere-

chos Humanos—, para que ésta dicte medidas provisionales obligatorias.

5. Resolver las peticiones de individuos que alegan que un Estado ha violado sus derechos humanos. Este mecanismo es la puerta de entrada a los procedimientos ante la Corte IDH. Aproximadamente un 1% de los casos presentados ante la CIDH logra llegar a la Corte IDH<sup>74</sup>. Lamentablemente, la CIDH tiene un gran atraso en su revisión sobre el fondo de estas peticiones, lo que conlleva, en la práctica, que ella hace avanzar los temas en los que tiene un mayor interés<sup>75</sup>.

La CIDH cuenta también con relatorías que se enfocan en determinados Estados o en áreas que le parecen más relevantes. Ellas suelen estar dirigidas por un comisionado, y auxilian a la CIDH en sus tareas de promoción y defensa de los derechos humanos, por ejemplo, mediante la elaboración de informes<sup>76</sup>.

#### 4.3.3. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH es un tribunal internacional creado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado que ha sido ratificado principalmente por Estados latinoamericanos. Se ubica en San José de Costa Rica. Ella está conformada por siete jueces que sesionan en forma temporal, pero cuenta con una secretaría permanente que es la encargada de auxiliar a los jueces en la

73. Art. 25, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

74. Véase <https://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>.

75. Este atraso se debe a diversos factores, pero, en gran medida, a que la CIDH no ha logrado un equilibrio entre la necesidad de enfrentar las violaciones a los derechos humanos, y la aceptación de que los tribunales nacionales son los principales llamados a resolver este tipo de violaciones. En materia del atraso procesal de la CIDH, puede verse Á. PAÚL DÍAZ, “La Revisión Inicial de Peticiones ante la Comisión Interamericana y la Subsidiariedad del Sistema de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 43, 2014. La realidad descrita en este trabajo se ha modificado, pues actualmente el cuello de botella en la tramitación de peticiones no se encuentra en la etapa de revisión inicial, sino que en las de admisibilidad y fondo.

76. Art. 15, Reglamento de la CIDH. El listado de relatorías y unidades temáticas pueden encontrarse en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>.

realización de su labor, incluyendo la redacción de proyectos de sentencias. La Corte IDH desempeña su tarea, principalmente, mediante el ejercicio de su función consultiva y contenciosa. Según la primera, los Estados o los órganos relevantes de la OEA pueden solicitar a la Corte que manifieste su opinión sobre la interpretación de ciertas normas de tratados de derechos humanos, o sobre la compatibilidad de normas nacionales con algunos tratados de derechos humanos. Según la segunda función —la contenciosa—, la Corte conocerá de casos en los que Estados o individuos particulares pueden demandar a un Estado parte alegando la violación de sus derechos humanos. En un 98% de los casos, la Corte condena al Estado acusado, lo que puede deberse a diversos factores, como que los casos ya han pasado por el filtro de la CIDH.

En cuanto a su jurisprudencia, la Corte IDH es bastante activista, en el sentido de que amplía en forma destemplada el contenido de los derechos reconocidos en los instrumentos que debe aplicar<sup>77</sup>. Así, por ejemplo, la Corte ha afirmado que el derecho a la vida, consagrado en la Convención Americana, protege el derecho a la *vida digna*, a partir del cual ella interpreta que la Convención protege el derecho a la educación, lo que, además, “implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada”<sup>78</sup>. Relacionado con el ejemplo anterior, la Corte ha hecho una interpretación amplia en materia de derechos económicos y sociales. En efecto, la Convención Americana sólo buscaba establecer derechos civiles y políticos, pero desde 2017 la Corte

la ha interpretado consistentemente como extendiendo su jurisdicción a derechos socioeconómicos y culturales<sup>79</sup>. Uno de los problemas de que la Corte extienda su jurisdicción, es que ella termina dándose a sí misma competencia para determinar lo que un Estado puede o no hacer, limitando el poder de las autoridades electas democráticamente para hacer esta determinación.

Al hablar de la Corte IDH, es fundamental referirse a la **doctrina del control de convencionalidad**<sup>80</sup>. Ésta es una figura que fue creada por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano v. Chile*<sup>81</sup>, en 2006. En dicho caso, la Corte IDH afirmó que todos los órganos de los Estados tienen la obligación de contrastar su legislación nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia relevante de la Corte IDH. Si la legislación nacional es contraria a la Convención o a la jurisprudencia de la Corte, la doctrina del control de convencionalidad afirmarí que los órganos nacionales debieran dejar sin aplicar la normativa nacional, cualquiera sea su jerarquía (es decir, aunque fuera la Constitución Política de un Estado). Los órganos nacionales debieran hacer esto —dice la Corte—, aunque la jurisprudencia que se contraría se hubiera generado en un caso fallado en contra de un Estado distinto, es decir, un caso en que el Estado supuestamente obligado por el control de convencionalidad no tuvo la posibilidad de participar y de plantear su opinión. Así, de aceptarse esta doctrina, el agente del servicio público más remoto de un país podría, incluso, dejar de aplicar una norma constitucional en atención a un fallo de la Corte IDH en contra de otro Estado.

77. Para ver en forma gráfica el modo como la Corte había ampliado los derechos contenidos en la Convención Americana hasta el año 2016, véase Á. PAÚL, “The American Convention on Human Rights: Updated by the Inter-American Court”, *Juris Dictio*, vol. 20, 2017.

78. Por ejemplo, véase *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010): Corte Interamericana de DD.HH., Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 214, párrs. 209–217.

79. Para hacer estas interpretaciones, la Corte hace referencia a ciertas normas ambiguas de la Convención Americana, como los artículos 26 y 29.

80. Sobre el tema, puede verse Á. PAÚL DÍAZ, “Los Enfoques Acotados del Control de Convencionalidad. Las Únicas Versiones Aceptables de esta Doctrina”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, vol. 87, 246, 2019.

81. *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile* (2006): Corte Interamericana de DD.HH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 154, párr. 124.

Como puede verse, esto termina contrariando el Estado de Derecho, pues los órganos nacionales deben aplicar lo que dice la Constitución y las normas dictadas conforme a ella. La Corte IDH plantea también que el control de convencionalidad debiera limitar a los legisladores en su función. Ni siquiera la voluntad popular manifestada en plebiscitos podría ir en contra de lo que hayan fallado los jueces de la Corte IDH<sup>82</sup>.

La doctrina del control de convencionalidad es radical. Además, contraría principios básicos del Derecho internacional. Incluso contraviene el modo en que la misma Corte IDH entendía el alcance de sus fallos al comienzo de su labor judicial, pues ella reconocía que eran los Estados los que debían definir el modo en que incorporaban la Convención Americana en sus propios sistemas jurídicos. Afortunadamente, no existe realmente una obligación de aplicar el control de convencionalidad del modo en que lo entiende la Corte IDH. Ello es así, porque la doctrina del control de convencionalidad no tiene ningún asidero en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Corte IDH no puede arrogarse más poderes que aquellos que se le han concedido expresamente (el principio de la competencia, reconocido también en el ámbito internacional, prohíbe que los

jueces vayan más allá de los poderes que les fueron conferidos). Por este y otros motivos, aunque el control de convencionalidad tiene muchos adeptos en el mundo académico, cuenta también con grandes críticos<sup>83</sup>. Esta doctrina es aún poco clara, de modo que puede continuar su evolución, especialmente porque diversos jueces tienen opiniones distintas sobre el alcance de esta doctrina.

La expresión *control de convencionalidad* se ha extendido mucho por los países de América Latina. Sin embargo, son pocos los Estados que han aceptado el contenido que la Corte IDH le da. En efecto, la expresión *control de convencionalidad* ha sido adoptada con facilidad, en atención a su parecido con la expresión *control de constitucionalidad*. La expresión se ha usado en algunas ocasiones en el ámbito chileno. Sin embargo, los tribunales no entienden esta expresión como dándole el poder a los más diversos órganos para dejar sin aplicación la legislación nacional, sino que la entienden como obligándolos a revisar qué es lo que dicen los tratados internacionales en una determinada materia, para ver si los aplican o no, según lo que el Derecho nacional disponga, en atención a la jerarquía y el modo de incorporación que se defina para el Derecho internacional.

---

82. Gelman v. Uruguay (2013): Corte Interamericana de DD.HH., Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte, párr. considerando 69.

83. Por ejemplo, A. E. DULITZKY, "An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights", *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015; K. A. CASTILLA JUÁREZ, "¿Control Interno o Difuso de Convencionalidad? Una Mejor Idea: La Garantía de Tratados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013; J. CONTESSÉ, "The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine", *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, 9, 2018.

## 5. INSTITUCIONALIDAD DE DERECHOS HUMANOS EN EL PLANO NACIONAL

### 5.1. Regulación de los derechos humanos en la legislación nacional

Como se dijo en forma previa, los bienes jurídicos llamados derechos humanos son protegidos en diversas normas, incluyendo el Código Penal. No obstante ello, la regulación más básica y de mayor jerarquía se hace en el artículo 19 de la Constitución de la República, que enumera detalladamente las distintas garantías fundamentales. Gran parte de estos derechos humanos están protegidos en forma especial por la **acción de protección**, incluyendo, aunque con ciertas especificaciones, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación<sup>84</sup>.

Cuando se habla de derechos humanos, también se suele hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 de la Constitución, pues se afirma que esta norma daría un rango jerárquico especial a los trata-

dos de derechos humanos. Dicho artículo dispone:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”<sup>85</sup>.

Bastante se ha discutido en la doctrina sobre el estatus especial que esta norma les da a los tratados. Por ejemplo, si la Constitución otorga un valor especial a los tratados de derechos humanos o a las normas sobre la materia, con independencia del tipo de tratados en que se encuentren<sup>86</sup>. También hay aspectos de esta norma que no han sido debidamente analizados, por ejemplo, a qué se refiere el adjetivo “esenciales”, que califica los

84. Art. 20, Constitución Política de la República de Chile (1980).

85. Aquí se observa la adopción de la doctrina del Derecho natural. Ella también se nota en el enunciado del artículo 19 de la Constitución, pues allí no se dispone que ella “concede” derechos, sino que los “asegura”.

86. En esta materia, coincidimos con Troncoso y Vial, quienes consideran que el artículo 5.2 se aplica a las normas específicas que garantizan este tipo de derechos, con independencia de si los tratados en que se encuentran son de derechos humanos o no. C. Troncoso Repetto, y T. Vial Solar (1993): “Sobre los Derechos Humanos Reconocidos en Tratados Internacionales y en la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, pp. 696 y 701.

derechos que emanan de la naturaleza humana, pues indicaría que no todos los derechos humanos tendrían este estatus especial<sup>87</sup>. También se discute sobre la jerarquía que tendrían las normas de tratados de derechos humanos, aunque el Tribunal Constitucional ya zanjó esta cuestión, afirmando que dichos tratados tienen un valor supralegal, pero infraconstitucional<sup>88</sup>. No obstante, parte de la doctrina y la jurisprudencia que no emana del Tribunal Constitucional sigue considerando a los tratados de derechos humanos como de rango constitucional<sup>89</sup>.

## 5.2. Direcciones o secciones de derechos humanos

Atendido que el tema de los derechos humanos es hoy en día omnipresente, es posible encontrar institucionalidad referida a ellos en diversos órganos del Estado. Ejemplos de ellos son: el Departamento de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de Gendarmería de Chile<sup>90</sup>; la Dirección de Derechos Humanos, del Ministerio de Relaciones Exteriores<sup>91</sup>; la Brigada Investigadora de Delitos contra los Derechos Humanos, de la Policía de Investigaciones<sup>92</sup>, y las comisiones que ven te-

mas de derechos humanos en cada cámara del Congreso Nacional. También hay secciones que buscan que los órganos que las crean adopten perspectivas de derechos humanos, como lo hace la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, del Poder Judicial<sup>93</sup>. Por último, hay secciones de órganos que se relacionan directamente con solicitudes de individuos, como la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas y de la Probidad y Transparencia Administrativa<sup>94</sup>, o la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial<sup>95</sup>.

## 5.3. Instituto Nacional de Derechos Humanos

### 5.3.1. Constitución y funciones del Instituto Nacional

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) es un órgano que buscó conformarse según los Principios de París, un conjunto de estándares no vinculantes que sientan las líneas sobre cómo deben funcionar las instituciones nacionales de promoción y protección de derechos humanos<sup>96</sup>.

Según la ley que lo creó, a finales de 2009<sup>97</sup>, el INDH es

87. Ello, por cuanto cada palabra de un texto jurídico debe tener algún significado concreto.

88. Requerimiento formulado por diversos diputados con el objeto de que el tribunal declare la inconstitucionalidad del estatuto de roma de la corte penal internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, de acuerdo al artículo 82, n° 2, de la Constitución Política de la República (2002): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 346-2002, cons. 59 a 75.

89. En materia de jurisprudencia de los tribunales ordinarios y cortes, véase Núñez Poblete, Manuel (2009): "La Función del Derecho internacional de los Derechos de la Persona en la Argumentación de la Jurisprudencia Constitucional. Práctica y Principios Metodológicos", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXII, N° 1: pp. 491-495.

90. Véase <https://www.gendarmeria.gob.cl/ddhh.html>.

91. Véase <https://minrel.gob.cl/ministerio/direcciones/direccion-de-derechos-humanos>.

92. Véanse <https://www.pdichile.cl/instituci%C3%B3n/unidades/derechos-humanos> y <https://www.latercera.com/opinion/noticia/brigada-investigadora-delitos-los-dd-hh/424513/>.

93. Véase <http://secretariadegenero.pjud.cl/>.

94. Es conocida como "Comisión Defensora Ciudadana y Transparencia". Esta era la antigua Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fue posteriormente fundida con una institución dedicada a la transparencia.

95. Sobre la actuación de esta oficina puede verse CENTRO DE DD.HH., FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, pp. 471-473.

96. El proyecto de ley presentado por el Presidente Lagos en 2005 dice que "toma en cuenta los modelos comparados y se ciñe estrictamente a los Principios de París y a nuestra historia reciente". Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Boletín N° 3878-17.

97. Ley 20.405.

“una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio”<sup>98</sup>. Su objeto es

“la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional”<sup>99</sup>.

Es importante notar que, según dispone la norma recién citada, el INDH no es libre para fijar los derechos humanos que quiera promover y proteger, sino que solo debe hacerlo respecto de los derechos humanos que están regulados en la Constitución, la ley, los tratados vigentes y los principios generales del Derecho.

La dirección del INDH está a cargo de un Consejo de once miembros, cuyo nombramiento está entregado a diversas autoridades e instituciones<sup>100</sup>. El Consejo elige a uno de sus miembros como director del Instituto<sup>101</sup>. El INDH ha sido una institución polémica desde el momento de su creación<sup>102</sup>, y esto puede deberse, parcialmente, a que su conformación no es políticamente equilibrada, atendido que cuatro de sus once miembros son elegidos por instituciones vinculadas a la defensa y

promoción de los derechos humanos, y un gran número de ellas agrupan a víctimas de la violencia política del último régimen militar, que se dirigió contra personas de izquierda<sup>103</sup>.

Entre las funciones del INDH destacan: comunicar a los órganos del Estado su opinión respecto de ciertas materias de derechos humanos (para lo cual puede pedirle al órgano respectivo un informe); promover que la legislación y otras normas nacionales se armonicen con los tratados internacionales; deducir acciones legales ante tribunales; resguardar los antecedentes de las distintas comisiones de verdad que ha habido en el país; colaborar con los órganos nacionales en la elaboración de informes que deban presentarse a organismos internacionales, y colaborar con instituciones nacionales, internacionales o extranjeras en la promoción de los derechos humanos<sup>104</sup>. Además, sin perjuicio de las atribuciones del Comité de Prevención contra la Tortura, el personal del INDH puede ingresar a recintos públicos donde una persona pueda estar privada de libertad<sup>105</sup>, lo que incluye los vehículos policiales<sup>106</sup>.

### 5.3.2. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura

En 2008, Chile ratificó el tratado llamado Protocolo Facultativo de la Convención de Prevención de la Tor-

98. Art. 1, Ley 20.405.

99. Art. 2, Ley 20.405.

100. Art. 6, Ley 20.405.

101. Art. 6, Ley 20.405.

102. Véase, por ejemplo, S. VERDUGO R.; J. F. GARCÍA G., “Radiografía al Instituto Nacional de DD.HH: entre la Política y el Derecho”, *Revista Actualidad Jurídica*, vol. 26, 2012. Véase también L. RAMÍREZ ALARCÓN, *Institucionalidad Política de los Derechos Fundamentales en Chile*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2017, pp. 49–51.

103. Véanse las secciones “Memoria” y “Verdad, Justicia y Reparación”, en <https://www.indh.cl/sociedad-civil/registro-de-organizaciones/>.

104. Art. 3, Ley 20.405.

105. Art. 4, Ley 20.405.

106. Contraloría General de la República, Dictamen N° 58.070, 21 de septiembre de 2012 (posteriormente ratificado en Contraloría General de la República, Dictamen N° 32.675, 28 de mayo de 2013).

tura. Éste exige que los Estados parte cuenten con uno o más “órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”<sup>107</sup>. Dichos mecanismos nacionales de prevención se encargarán de visitar lugares donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de libertad por consentimiento expreso o tácito del Estado, con la finalidad de protegerlas de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes<sup>108</sup>.

Después de más de diez años de ratificado el tratado recién referido, se publicó la Ley 21.154, que designó al INDH como el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. No obstante, se define expresamente que, en esta calidad, “el Instituto actuará exclusivamente a través del Comité de Prevención contra la Tortura”<sup>109</sup>, que se establece en esa misma ley. El Comité se integra por siete miembros que tienen la calidad de expertos con dedicación exclusiva<sup>110</sup>. El Comité lanzó su primer informe anual, en septiembre de 2021<sup>111</sup>.

## 5.4. Subsecretaría de Derechos Humanos

### 5.4.1. Cuestiones generales sobre la Subsecretaría

La Subsecretaría de Derechos Humanos depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Como tal, es un órgano político, que busca auxiliar y coordi-

nar a los diversos órganos del Gobierno para cumplir de mejor manera las obligaciones del Estado en dicha materia. Es por ello que cuenta con funciones como las de asesorar al Ministro respectivo en “el diseño y elaboración de las políticas, planes y programas relativos a la promoción y protección de los derechos humanos”<sup>112</sup>; proponer este tipo de planes a otros órganos de la Administración; elaborar y proponer el Plan Nacional de Derechos Humanos; estudiar críticamente el Derecho interno, con la finalidad de proponer reformas; asesorar al Ministerio de Relaciones Exteriores en los procedimientos ante tribunales y órganos internacionales de derechos humanos; elaborar programas de capacitación y promoción de derechos humanos para funcionarios de la Administración, incluyendo las Fuerzas Armadas, y generar instancias de participación y diálogo con organizaciones ciudadanas<sup>113</sup>. Se ha afirmado que “[l]a creación de la Subsecretaría y del Comité Interministerial significa que por primera vez desde la creación del INDH, en 2009, este órgano autónomo tendrá una contraparte institucional formal y expresa dentro del Estado con la cual dialogar respecto a DDHH”<sup>114</sup>.

### 5.4.2. Plan Nacional de Derechos Humanos

La ley que creó la Subsecretaría introdujo el Plan Nacional de Derechos Humanos, un instrumento que busca que la Administración sea más efectiva en su tarea de promover y proteger las garantías fundamentales<sup>115</sup>. La

107. Art. 3, Protocolo Facultativo de la Convención de Prevención de la Tortura (2002).

108. Art. 4, Protocolo Facultativo de la Convención de Prevención de la Tortura (2002).

109. Art. 1, Ley 21.154.

110. Art. 5, Ley 21.154.

111. Véase <https://www.youtube.com/watch?v=qil6n4MaU0o>.

112. Art. 8, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

113. Art. 8, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

114. T. VIAL, “Nueva Institucionalidad de DDHH en Chile: La Subsecretaría de Derechos Humanos”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2016, p. 370.

115. Art. 15, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

Subsecretaría elaborará este plan y lo propondrá al Comité Interministerial (del que se hablará más abajo), y “coordinará su ejecución, seguimiento y evaluación con los demás Ministerios, requiriendo la información que sea necesaria”<sup>116</sup>. Este plan señalará objetivos y metas, indicará quiénes son los responsables de ellas, los recursos disponibles y los mecanismos de seguimiento y evaluación<sup>117</sup>.

El diseño de este plan cuenta con un problema de difícil solución, pues dura cuatro años, y el primero se elaboró a mediados de un gobierno, por lo que el Plan se encontrará vigente durante los gobiernos de dos Presidentes distintos. El problema de esto es que los **derechos humanos no son una materia políticamente neutra**, pues existen distintas visiones sobre su fundamento y contenido<sup>118</sup>. Esto se puede apreciar en discusiones como la del *negacionismo*, en el que ambas partes del debate alegan que los derechos humanos están a su favor. La dificultad de operar durante dos gobiernos se genera, especialmente, si ellos son de distinto signo político, pues si el Plan es detallado, entrará necesariamente en materias controversiales, como ocurrió con el primer Plan Nacional, que incluía temas que no fueron considerados de derechos humanos por el siguiente Gobierno, que debió aplicarlo (y, por lo tanto, no serían empujados por la nueva Subsecretaría). Por otro lado, si el plan no busca ser ambicioso —para mantenerse en las materias en las que existe acuerdo entre los distintos sectores políticos—, se le criticará al Gobierno que lo elabora que no está haciendo su mayor esfuerzo por promover los derechos humanos. En conclusión, los planes nacionales no constituirán necesariamente una

buen guía para que una administración se enfoque adecuadamente en los temas que considera prioritarios en materia de garantías fundamentales.

### 5.4.3. Programa de Derechos Humanos o Continuación Ley N° 19.123

El Programa de Derechos Humanos fue creado con bastante anterioridad a la Subsecretaría, en 1997, con la finalidad de asistir legal y socialmente a los familiares de detenidos desaparecidos y ejecutados durante la más reciente dictadura, y que fueron calificados como tales por la **Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación** (conocida como Comisión Rettig) o por la **Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación**. La finalidad de esta asistencia es que dichas personas puedan acceder a ciertos beneficios, así como lograr ubicar y conocer las circunstancias de muerte de sus familiares. Hoy, uno de sus roles principales es el perseguir penalmente a los acusados por violaciones graves cometidas después del 11 de septiembre de 1973.

Este programa se encontraba a cargo del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, pero al crearse la Subsecretaría de DD.HH., se estableció que ella recibiría las funciones y atribuciones que le correspondían al Programa, así como los archivos que custodiaba<sup>119</sup>.

### 5.5. Comité Interministerial de Derechos Humanos

La misma ley que creó la Subsecretaría de Derechos Humanos y modificó el nombre del Ministerio de Justicia

116. Art. 8.c, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

117. Art. 15, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

118. Á. PAÚL, “Cuatro Extendidos Desaciertos de la Corte Interamericana que se Observan en su Opinión Consultiva N° 24”, en Rodolfo Figueroa (ed.) *Anuario de Derecho Público 2018*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2018, pp. 209–211, fecha de consulta en [http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2019/01/AnuarioDerPub\\_2018\\_INTERIOR\\_ok.pdf](http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2019/01/AnuarioDerPub_2018_INTERIOR_ok.pdf).

119. Art. 2 transitorio, Ley 20.885.

(llamándolo Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), creó una nueva institución, el Comité Interministerial de Derechos Humanos. Se trata de una instancia política, cuya función es la de “asesorar al Presidente de la República en la determinación de los lineamientos de la política intersectorial del Gobierno en materia de derechos humanos, constituyendo una instancia de información, orientación, coordinación y acuerdo para los ministerios y servicios que lo integran”<sup>120</sup>. Este comité está compuesto por una serie de ministros —no todos—, y podrá contar con diversos invitados con derecho a voz, tales como el Director del INDH o representantes de la sociedad civil<sup>121</sup>. El comité no es un órgano permanente, sino que solo sesionará cuando lo convoque su presidente<sup>122</sup>, el Ministro de Justicia y Derechos Humanos.

Dentro de las funciones del Comité Interministerial se encuentran algunas como “[c]onocer y acordar las propuestas de políticas públicas elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en materia de derechos humanos que hayan de ser aplicables intersectorialmente<sup>123</sup>, acordar las prioridades que serán abordadas en el Plan Nacional de Derechos Humanos, presentar el Plan Nacional a la aprobación del Presidente de la República, y elaborar propuestas a partir del informe anual que elabora el INDH<sup>124</sup>.

## 5.6. Defensoría de la Niñez

La Defensoría de la Niñez fue creada por una ley de

2018<sup>125</sup> (no debe ser confundida con la Subsecretaría de la Niñez, del Ministerio de Desarrollo Social<sup>126</sup>). Se trata de una corporación autónoma de derecho público, cuyo objeto es “la difusión, promoción y protección de los derechos de que son titulares los niños, de acuerdo a la Constitución Política de la República, a la Convención sobre los Derechos del Niño y a los demás tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, así como a la legislación nacional, velando por su interés superior”<sup>127</sup>. En el ejercicio de su labor, la Defensoría puede interponer acciones y deducir querrelas, realizar recomendaciones, emitir informes, visitar centros de privación de libertad o residenciales de protección, promover la adhesión o ratificación de tratados, y colaborar con el INDH en la elaboración de informes a ser presentados en órganos internacionales<sup>128</sup>. La Defensoría se encuentra a cargo del Defensor de la Niñez, y éste estará asesorado por un Consejo Consultivo, conformado por representantes de la sociedad civil, las organizaciones de niños y las Universidades<sup>129</sup>.

## 5.7. Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (Conadi) está regulada en la Ley 19.253, que Establece Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas, y Crea la Conadi. Se trata de un “servicio público, funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Ministerio de Planificación y Coope-

120. Art. 10, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

121. Art. 11, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

122. Art. 13, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

123. Art. 12.a, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

124. Art. 12, Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (D.F.L. 3, 2017).

125. Ley 21.067.

126. Creada por la Ley 21.090.

127. Arts. 1 y 2, Ley 21.067.

128. Art. 4, Ley 21.067.

129. Arts. 10 y 17, Ley 21.067.

ración”<sup>130</sup>. Ella está encargada de “promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas, especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional”<sup>131</sup>. Dentro de sus funciones se encuentra, en particular, la de “[v]elar por la protección de las tierras indígenas a través de los mecanismos que establece [dicha ley] y posibilitar a los indígenas y sus comunidades el acceso y ampliación de sus tierras y aguas a través del Fondo respectivo”<sup>132</sup>.

El tema indígena en Chile no sólo está normado por la ley recién referida. También es aplicable el **Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales**. Éste es un tratado internacional que regula esta materia, pero que

cuenta con muchas normas que no son autoejecutables, sino que requieren de una especificación por parte del legislador nacional, como lo reconocieron el Ejecutivo durante su tramitación<sup>133</sup>, y el Tribunal Constitucional de Chile<sup>134</sup>.

En materia indígena se suele citar también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General en 2007<sup>135</sup>. Esta declaración es una expresión de *soft law*, por lo que no es vinculante, sino que constituye meramente una guía que puede ser seguida o no, dependiendo de si se considera adecuado hacerlo. Lo mismo puede decirse respecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 2016<sup>136</sup>.

130. Art. 38, Ley 19.253.

131. Art. 39, Ley 19.253.

132. Art. 39, Ley 19.253.

133. Lo afirmaron el Subsecretario del Ministerio de Planificación, Gonzalo Arenas; el Ministro SEGPRES, José A. Viera-Gallo, y el Director Jurídico de la Cancillería. Esto se lee en el voto concurrente del Ministro Enrique Navarro Beltrán, en Tribunal Constitucional, Rol N° 1050-08-CPR, 2008.

134. Tribunal Constitucional, Rol N° 309, 2000, considerando 48°.

135. Resolución 61/295.

136. Resolución 2888 (XLVI-O/16).

## 6. TEMAS RELACIONADOS QUE DEBEN MENCIONARSE

### 6.1. Empresas y derechos humanos

Un tema bastante reciente en el ámbito que nos ocupa es el de la relación entre las empresas y los derechos humanos. La idea de normar a las empresas surgió originalmente como una autorregulación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Luego la OIT adoptó el tema y, finalmente, en 2005, las Naciones Unidas designaron a John Ruggie como relator encargado de proponer estándares en la materia. El trabajo de Ruggie culminó en 2011 con los **Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Empresas**. Ellos afirman no estar creando nuevas obligaciones, sino solo exponiendo obligaciones ya existentes, aplicables a las empresas (a pesar de que las empresas no están obligadas por lo que disponen los tratados internacionales). Hoy en día existe un grupo de trabajo intergubernamental encargado de elaborar un tratado internacional sobre la materia, pero esta labor lleva ya varios años sin grandes avances, ya que los Estados pueden estar

prestos a aprobar principios no vinculantes, pero no están muy dispuestos a comprometerse con estándares de obligatorio cumplimiento, como lo serían las disposiciones de un tratado.

Según los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, las empresas tendrían la responsabilidad de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, al menos, en la Carta Internacional de Derechos Humanos, y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en los que tengan participación<sup>137</sup>. Esta afirmación es discutible, ya que son los Estados los que se comprometen a respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente, no las empresas; porque varias de las obligaciones de derechos humanos sólo pueden predicarse respecto de los Estados, y porque no todos los Estados han ratificado los instrumentos de la Carta Internacional de Derechos Humanos. No obstante lo discutible de la antedicha afirmación, las prácticas que exigen los principios son razonables, a saber:

137. Principios N°s 11 y 12, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

- “a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;
- “b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;
- “c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”<sup>138</sup>.

En Chile el Estado elaboró en 2017 un **Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas**<sup>139</sup>, siendo uno de los pocos Estados que lo han hecho. Entre otras cosas, el Plan de Acción busca contribuir a la “coherencia de políticas públicas en materia de derechos humanos y empresas”, “[p]revenir potenciales impactos negativos en los derechos humanos que se puedan generar en el contexto de actividades empresariales”, “[f]ortalecer los mecanismos de reparación para los afectados, propendiendo, además, a la solución pacífica de conflictos”, y “[c]ontribuir al cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”<sup>140</sup>. Al momento de redactarse este trabajo, se encuentra en proceso de elaboración un nuevo Plan de Acción<sup>141</sup>.

## 6.2. Verdad, justicia, reparación y no repetición

Los conceptos de verdad, justicia, reparación y no repetición han sido nombrados en diversas instancias a propósito de las acusaciones de violaciones a los derechos humanos después de la crisis de orden público de 2019 en Chile. Estos conceptos son mencionados porque son

los cuatro pilares de la **justicia transicional**. Ésta es una noción que surgió a fines de los años ochenta del siglo XX<sup>142</sup>, y se refiere a las medidas que se adoptan para responder a períodos de gobiernos autoritarios donde se generaron graves vulneraciones a los derechos humanos, o para hacer frente a conflictos internos que también concluyeron con graves vulneraciones de este tipo. Lo particular que tendrían los períodos transicionales es que, por diversos motivos, no sería posible lograr la misma justicia que podría obtenerse en una situación de normalidad. Esto puede ocurrir, por ejemplo, porque los tribunales no darían abasto para juzgar a todas las personas involucradas en estas violaciones. En Chile, este concepto fue muy usado después del régimen liderado por Augusto Pinochet, pues el Decreto Ley de Amnistía impedía acceder a tribunales de justicia, por lo que se buscó lograr llegar a la verdad de lo ocurrido a través de una comisión de verdad (la Comisión Rettig), que es una herramienta de la justicia transicional.

Hoy en día la justicia transicional se está usando también para proveer los bienes de verdad, justicia, reparación y no repetición, en casos en los que no ha habido regímenes autoritarios, pero que contaron con violaciones reiteradas de derechos humanos, o en casos en los que hay imposibilidad de juzgar, en atención al carácter histórico de las violaciones, como podría ser, por ejemplo, lo que se busca hacer en Canadá con las escuelas residenciales de indígenas.

Chile cuenta con un sistema judicial en forma, que puede conocer de los abusos que se habrían cometido en

138. Principio N° 15, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos.

139. Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile. Disponible en [https://www.planddhhyempresas.gob.cl/docs/plan\\_de\\_accion.pdf](https://www.planddhhyempresas.gob.cl/docs/plan_de_accion.pdf).

140. *Ibid.*, pág. 32.

141. Al momento de elaboración de este trabajo, estaba abierta la consulta digital, según se describía en <https://www.planddhhyempresas.gob.cl/> al 13 de diciembre de 2021.

142. A. MIHR, “An Introduction to Transitional Justice”, en *An Introduction to Transitional Justice*, Routledge, Abingdon – New York, 2017, p. 7.

Chile a partir del 18 de octubre de 2019. Por ello, no hay necesidad de acudir a la justicia transicional. Sin embargo, podría igualmente querer usarse alguno de sus mecanismos por algún otro motivo. Por ejemplo, podría establecerse una comisión de verdad con la finalidad de que el Estado repare a las personas lesionadas que aleguen haber sido objeto de violaciones, pero que no fueron capaces de probarlo en un juicio.

### 6.3. Derecho penal internacional

El Derecho penal internacional es otro tema que ha estado en el debate nacional, también motivado por los hechos posteriores a la crisis de 2019, porque algunas personas alegaron que durante la crisis de orden público se cometieron crímenes de lesa humanidad contra civiles, y que el entonces Presidente de la República debía ser juzgado por el **Tribunal Penal Internacional** (TPI), por no haber impedido la comisión de tales hechos<sup>143</sup>. El Derecho penal internacional no forma parte del Derecho internacional de los derechos humanos, aunque se relacione parcialmente con él. Quizá la mayor diferencia entre ambas ramas es que el Derecho penal internacional busca sancionar a personas, mientras que el Derecho internacional de los derechos humanos se aplica a los Estados.

El Derecho penal internacional es un área bastante reciente, y hay diversos modos de entender su extensión<sup>144</sup>. Sin embargo, de lo que no hay duda es que los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, así como la actividad del TPI, forman parte de esta rama jurídica.

El Estatuto de Roma es un tratado internacional que, junto con establecer el TPI, tipifica una serie de conductas que serían de conocimiento de este tribunal, los llamados crímenes fundamentales (*core crimes*). Se trata del genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el más reciente crimen de agresión<sup>145</sup>. Lo importante de este tribunal internacional es que sólo tiene competencia complementaria, es decir, sólo podrá entrar en funcionamiento cuando los tribunales nacionales no estén dispuestos o no sean capaces de llevar a los autores de estos crímenes a la justicia<sup>146</sup>. En el caso chileno, los tribunales son actualmente independientes y funcionales, por lo que el TPI no tendría legitimación para entrar a conocer causas sobre lo ocurrido con posterioridad al 18 de octubre de 2019.

La legislación nacional buscó recoger los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma. Por eso, en Chile existe la Ley 20.357, que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra. Esta norma castiga los crímenes recogidos en el Estatuto, incluyendo los delitos de lesa humanidad, que consisten en conductas como asesinar, mutilar, lesionar gravemente, siempre que los actos sean cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, y que respondan “a una política del Estado o de sus agentes” o de otro tipo de grupos organizados<sup>147</sup>.

### 6.4. Derecho internacional humanitario

El Derecho internacional humanitario es el antiguo Derecho de Guerra, que ahora está inspirado por ideales

143. Esto motivó, incluso, una comunicación al TPI. Véase <https://www.ciperchile.cl/2021/04/29/garzon-y-comision-chilena-de-ddhh-acusan-al-presidente-pinera-en-la-corte-penal-internacional-por-crimenes-de-lesa-humanidad/>. Dicha comunicación fue desestimada a fines de 2021. Véase <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/corte-penal-internacional-desestima-requerimiento-contrapresidente-pinera-por-supuestos-delitos-de-lesa-humanidad-y-resuelve-no-iniciar-examen-preliminar/4A-JY7B35FFANNGPTG6NNDHPOOU/>.

144. D. P. STEWART, *International Criminal Law in a Nutshell*, West Academic Publishing, Saint Paul, Minnesota, 2014, pp. 3–4.

145. Arts. 6 a 8 bis, Estatuto del TPI.

146. Art. 17.1, Estatuto del TPI.

147. Art. 1, Ley 20.357, que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra.

humanitarios y busca limitar la violencia en los combates<sup>148</sup>. Puede decirse que esta área del Derecho tiene dos elementos: el “Derecho de La Haya”, que busca regular los derechos y deberes de los beligerantes al conducir sus operaciones, limitando la elección de los métodos o medios para hacer la guerra<sup>149</sup>, y el “Derecho de Ginebra”, que protege a las personas en los conflictos armados, por ejemplo, a quienes no toman parte en las hostilidades<sup>150</sup>. Esta área del Derecho no forma parte del Derecho internacional de los derechos humanos, pero se encuentra muy relacionada con él. El Derecho internacional humanitario ha sido usado en Chile para justificar sanciones por crímenes que se en-

contraban cubiertos por el Decreto Ley N° 2191, de 1978, más conocido como Ley de Amnistía<sup>151</sup>. Esta área del Derecho podría también ser relevante en caso de que los constantes ataques que se cometen en la Macrozona Sur constituyan un conflicto armado de carácter interno, pues éstos son regulados por el Derecho internacional humanitario. Para que ello ocurra, las autoridades nacionales que califiquen la situación deberán afirmar que el conflicto en dicha zona ha escalado más allá de “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos”<sup>152</sup>.

148. O. Casanovas; Á. J. Rodrigo, *Compendio de Derecho internacional Público*, 2, Tecnos, Madrid, 2013, p. 463.

149. Convenios de La Haya de 1899 y 1907. Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 de julio de 1996.

150. Los Convenios de Ginebra, tales como los de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. Corte Internacional de Justicia, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 de julio de 1996.

151. Véase H. Salinas Burgos, “Aplicación del Derecho internacional al Caso Choshuenco: Legalidad y Seguridad Jurídica Vulneradas”, en Arturo Fernandois Vöhringer, José Francisco García García (eds.) *Sentencias Destacadas 2006. Una Mirada desde la Perspectiva de las Políticas Públicas*, Libertad y Desarrollo, Santiago, 2007.

152. Cfr. Art. 8.2.c) y d), Estatuto del TPI.

## 7. CONCLUSIÓN

El lenguaje de los derechos humanos es uno de los modos en que se expresan actualmente ciertos valores fundamentales de las personas, que los Estados e individuos deben respetar. Dicho lenguaje se usa también para formular aspiraciones que no siempre serán exigibles jurídicamente. En discusiones de políticas públicas, es común que se den argumentos basados en derechos humanos, los que muchas veces se presentan como conclusivos, como si el entrar en el ámbito de estos derechos debiera poner fin a cualquier debate. Sin embargo, es frecuente que se le llame derecho humano a cuestiones discutibles, que no están reconocidas jurídicamente, o se le dé contenidos caprichosos a derechos que sí lo están. Muchos de quienes invocan los derechos humanos olvidan que hay distintas vías posibles para conseguir su pleno disfrute; que casi ninguno de ellos es absoluto, y que existen las llamadas colisiones de derechos humanos. Para poder enfrentar estos malentendidos, nuestro trabajo ofrece una breve guía que permite conocer las cuestiones más básicas sobre los derechos humanos desde un punto de vista jurídico y objetivo, de modo que los lectores puedan embarcarse en discusiones que involucren a estas garantías fundamentales, sin ser confundidos por visiones erradas o sesgadas sobre el tema. Los derechos humanos son demasiado importantes como para que sean tergiversados, y esperamos que este trabajo contribuya a su correcta apreciación.