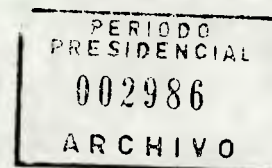


CESAR PINOCHET ELORZA
ABOGADO



DECLARACION SOBRE LOS PRINCIPIOS
FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA
LAS VICTIMAS DE DELITOS Y DEL
ABUSO DE PODER.-

RESOLUCION 40/34 de 29/nov/1985
ASAMBLEA GRAL. NACIONES UNIDAS
Y OTROS DOCUMENTOS ATINENTES

BREVE RESEÑA DEL TEMA Y EVENTUAL
VALOR VINCULANTE PARA LOS CASOS
OCURRIDOS EN CHILE

PREINFORME OFICIOSO :

CESAR PINOCHET ELORZA

CESAR PINOCHET ELORZA
ABOGADO

LAS VICTIMAS DE DELITOS Y LA
PREOCUPACIÓN DE LA CATEDRA Y DE NACIONES UNIDAS.

El estudio sobre las "victimas" se inició bajo el positivismo criminológico, aunque su interés primario se centró en el delincuente.- Posteriormente, el interés por las "víctimas" da lugar a la "Victimología" , como una disciplina anexa a la Criminología, donde cabe hacer resaltar la participación del chileno Don Israel Drapkin, y posteriormente, el autor Neuman.

En la actualidad, el estudio de las víctimas del crimen ha sido propiciado por la Comisión de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, ocupandose de la creciente victimización causada por la violación de dichos derechos, y además, como la resultante del abuso criminal del poder en sus diversas modalidades.-

Producto de lo anterior, es la DECLARACION sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, recomendada para adopción por el Setimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milan en Agosto/Setiembre de 1985, y adoptada POR LA ASAMBLEA GENERAL en su Resolución 40/34 de 29 de Noviembre de 1985.- (Ver Anexo Nº1.-)

Posteriormente, en la 15a. Sesión Plenaria de 24 de Mayo de 1989, el Consejo Economico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC.-E/AC.57/1989/NGO) recomienda la Aplicación de la Resolución 40/34).- (Ver Anexo Nº2)

CESAR PINOCHET ELORZA
ABOGADO

Y FINALMENTE, en el OCTAVO CONGRESO DE NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE, celebrado en La Habana, Cuba, entre el 27 de Agosto y 7 de Setiembre de 1990, con la asistencia de 138 ESTADOS MIEMBROS de N.U. se aprueba por UNANIMIDAD otra Recomendación en idéntico sentido, con el voto favorable de la Delegación Chilena, presidida por el Embajador Roberto Garretón, e integrada por este abogado informante (Ver Anexo Nº 3.-)

VALOR VINCULANTE PARA CHILE.

El Estado Chileno, como signatario de la Carta de Naciones Unidas, tiene obligación internacional de acatar lo que en ella se apruebe como Resolución, y debiera cumplir, además, todo aquello que se apruebe como simple Recomendación.-

Sin embargo, siendo la Carta un Tratado, suscrito por Chile, y vigente al momento de aprobarse la modificación del Artículo 5º, y que contiene preceptos sobre Derechos Humanos, debería entenderse incorporada a nuestra normativa legislativa, con rango constitucional, y sus Resoluciones y Recomendaciones, sobre Derechos Humanos, deberían recibir adecuado cumplimiento en Chile, aunque pudiera existir opiniones en contrario.- (Ver Anexo Nº 4.-)

En todo caso, habiendo concurrido Chile con su voto favorable a la aprobación de la Resolución que se menciona en el Anexo Nº3, debería sentirse obligado a dar cumplimiento a la Resolución 40/34 que rola en Anexo Nº1,

CESAR PINOCHET ELORZA
ABOGADO

especialmente en cuanto determina que podrá considerarse "VÍCTIMA a una persona, INDEPENDIENTEMENTE QUE SE IDENTIFIQUE, APREHENDA, ENJUICIE O CONDENE AL PERPETRADOR" y en tanto determina que "EN LOS CASOS EN QUE YA NO EXISTA EL GOBIERNO BAJO CUYA AUTORIDAD SE PRODUJO LA ACCION U OMISION VICTIMIZADORA, EL ESTADO O GOBIERNO SUCESOR DEBERA PROVEER AL RESARCIMIEMNTO DE LAS VICTIMAS".

Lo anterior reviste importancia, para los efectos de determinar que las eventuales reparaciones o indemnizaciones a las víctimas determinadas en el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, constituyen obligaciones que no emanan de la actitud graciosa de los diversos actores del conglomerado social chileno, sino que son, sin duda alguna, el cumplimiento de una prestación o prestaciones determinadas por instrumentos internacionales que Chile, como Estado Miembro de Naciones Unidas, esta obligado a cumplir.-

*Cuadragésimo aniversario
de la Declaración Universal
de Derechos Humanos
1948-1988*



Derechos humanos

**Recopilación
de instrumentos
internacionales**

Naciones



Unidas

ANEXO N° 1°

La evaluación constante de las necesidades del menor, así como de las tendencias y problemas de la delincuencia, es un requisito previo para perfeccionar los métodos de formulación de políticas adecuadas y establecer intervenciones apropiadas estructuradas y no estructuradas. En este contexto, la investigación por personas y órganos independientes debería recibir el respaldo de agencias competentes, y para ello podrá ser útil recabar y tener en cuenta las opiniones del propio menor, no sólo de aquellos que están en contacto con el sistema.

El proceso de planificación debe subrayar en particular un sistema más eficaz y equitativo de suministro de los servicios necesarios. Para ello debería efectuarse una evaluación detallada y regular de la amplia gama de necesidades y problemas particulares del menor y una determinación precisa de las prioridades. A este respecto, debería también coordinarse el empleo de los recursos existentes, en particular las medidas sustitutorias y el apoyo de la comunidad que servirían para elaborar determinados procedimientos encaminados a aplicar y supervisar los programas establecidos.

37. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder

Recomendada, para adopción, por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985

A.—LAS VÍCTIMAS DE DELITOS

1. Se entenderá por «víctimas» las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse «víctima» a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión «víctima» se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

cesidades del menor, así como de la familia, es un requisito previo para poner en marcha políticas adecuadas y establecer instituciones y no estructuradas. En este contexto, los independientes debería recibir el apoyo que para ello podrá ser útil recabar y tener en cuenta, no sólo de aquellos que están en

subrayar en particular un sistema más eficaz de servicios necesarios. Para ello debe regular de la amplia gama de necesidades y una determinación precisa de las medidas también coordinarse el empleo de las medidas sustitutorias y el apoyo de los procedimientos determinados procedimientos en programas establecidos.

Principios fundamentales de justicia y del abuso de poder

del Congreso de las Naciones Unidas sobre el Delincuente, celebrado en Milán del 26 de Septiembre de 1975, aprobada por la Asamblea General en su resolución 40/147.

DEFINICIONES DE DELITOS

Las personas que, individual o colectivamente, sufran lesiones físicas o mentales, sufran un menoscabo sustancial de los derechos o menoscabo sustancial de los derechos de acciones u omisiones que los Estados Miembros, incluida la que

de una persona, con arreglo a la presente, de que se identifique, aprehenda, independientemente de la relación familiar. En la expresión «víctima» se incluye a las personas a cargo que tengan relación con personas que hayan sufrido daños al peligro o para prevenir la victimiza-

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Acceso a la justicia y trato justo

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Resarcimiento

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las

personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Asistencia

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

comprenderá la devolución de los sufridos, el reembolso de los gastos, la prestación de servi-

éticas, reclamaciones y leyes de como una sentencia posible en los penales.

daños considerables al medio ambiente, en la medida de lo posible, la reconstrucción de la infraestructura comunitarias y el reembolso de los daños causen la disgregación de una

u otros agentes que actúan a título de legislación penal nacional, las víctimas o agentes hayan sido en los casos en que ya no exista el go-
acción u omisión victimizadora, el
er al resarcimiento de las víctimas.

ción

demnización procedente del delin-
procurarán indemnizar financiera-

ay: sufrido importantes lesiones
ca o mental como consecuencia de

ersonas a cargo, de las víctimas que
mentalmente incapacitadas como

o, el reforzamiento y la ampliación
a las víctimas. Cuando proceda,
os con ese propósito, incluidos los
dad de la víctima no esté en condi-
ido.

cia

encia material, médica, psicológica y
de los medios gubernamentales, vo-

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 *supra*.

B. — LAS VÍCTIMAS DEL ABUSO DE PODER

18. Se entenderá por «víctimas» las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

38. Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura

Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985

Considerando que, en la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos del mundo afirman, entre otras cosas, su voluntad de crear condiciones bajo las



NACIONES UNIDAS



OCTAVO CONGRESO
DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO
Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE

La Habana (Cuba), 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990

Distr. GENERAL

A/CONF.144/INF.2
11 de mayo de 1990

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

Tema 7 del programa provisional*

PRINCIPIOS Y DIRECTRICES DE LAS NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE PREVENCIÓN
DEL DELITO Y JUSTICIA PENAL: APLICACION Y PRIORIDADES PARA EL
ESTABLECIMIENTO DE NORMAS ADICIONALES

Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la
esfera de la prevención del delito y la justicia penal

ANEXO N° 2.-

* A/CONF.144/1.

Acceso a la justicia y trato justo

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerán y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;

d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;

e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Resarcimiento

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Asistencia

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 *supra*.

B. LAS VÍCTIMAS DEL ABUSO DE PODER

18. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

15. (1989/57.) **Aplicación de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder**

El Consejo Económico y Social,

Teniendo presente que la Asamblea General, en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, aprobó la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, que figura como anexo a la resolución y que había sido aprobada por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente⁹²,

Recordando la petición hecha a los Estados Miembros de que tomasen las medidas necesarias para poner en vigor las disposiciones de la Declaración, a fin de asegurar a las víctimas de delitos y de abuso de poder los derechos que les corresponden,

Teniendo en cuenta la sección III de su resolución 1986/10, de 21 de mayo de 1986, en la que recomendó que se prestase atención constante a la aplicación de la Declaración a fin de fomentar la cooperación de los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y la sociedad en general, para asegurar la justicia para las víctimas y promover la adopción de medidas integradas en beneficio de ellas a nivel nacional, regional e internacional,

Tomando nota de que en el primer informe del Secretario General sobre las medidas adoptadas para aplicar la

Declaración se señalan varias cuestiones que requieren una mayor atención⁴⁵,

Tomando nota con satisfacción de la aprobación por el Consejo de Europa, el 24 de noviembre de 1983, del Convenio europeo relativo a la indemnización de las víctimas de delitos violentos, así como de la recomendación relativa a la asistencia prestada a las víctimas de delitos y la prevención de la victimización aprobada por el Consejo de Europa, el 17 de septiembre de 1987, y también de la creación por algunos Estados Miembros de fondos nacionales para la indemnización de las víctimas de delitos intencionales y no intencionales,

Reconociendo que la aplicación efectiva de lo dispuesto en la Declaración con respecto a las víctimas del abuso de poder se ve algunas veces obstaculizada por problemas de competencia y dificultades para determinar y hacer cesar esos abusos debido, entre otras cosas, al carácter transnacional de la victimización,

Tomando nota con reconocimiento de los grandes esfuerzos hechos desde el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en cuanto al seguimiento y puesta en práctica de la Declaración, así como del informe elaborado por un comité especial de expertos, que se reunió en el Instituto Internacional de Altos Estudios en Ciencias Penales, en Siracusa, Italia, en mayo de 1986, y posteriormente revisado por un coloquio de las principales organizaciones no gubernamentales interesadas en la prevención de la delincuencia, la justicia penal y el tratamiento de la víctima y del delincuente, que se celebró en Milán, Italia, en noviembre y diciembre de 1987,

1. *Recomienda* que el Secretario General considere, con sujeción a la existencia de fondos extrapresupuestarios y previo examen por el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia, la posibilidad de preparar, publicar y difundir una guía para los profesionales de la justicia penal y otras personas encargadas de actividades afines, teniendo en cuenta la labor ya efectuada sobre este tema;

2. *Recomienda también* que los Estados Miembros adopten las medidas necesarias para poner en vigor las disposiciones de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder mediante:

a) La promulgación y aplicación de las disposiciones contenidas en la Declaración en sus propios ordenamientos jurídicos nacionales de acuerdo con lo previsto en sus procedimientos constitucionales y su práctica jurídica interna;

b) La introducción de medidas legislativas que simplifiquen el acceso de las víctimas a la justicia penal para obtener indemnización y reparación;

c) El examen de métodos de prestar asistencia a las víctimas, procurando particularmente el resarcimiento debido de los daños y perjuicios que les hayan sido efectivamente ocasionados, determinar los límites de ese resarcimiento y explorar medios para superarlos a fin de conseguir que las medidas adoptadas satisfagan eficazmente las necesidades de las víctimas;

d) La introducción de medidas para proteger a las víctimas de las injurias, calumnias o intimidaciones de que pudieran ser objeto durante cualquier procedimiento penal o de otra índole relacionados con el delito, o como consecuencia de ese procedimiento, y para brindar remedios eficaces contra las injurias, calumnias e intimidaciones que no se hayan podido evitar;

3. *Recomienda además* a los Estados Miembros que, en colaboración con los servicios, organismos y organizaciones pertinentes, procuren:

a) Fomentar la prestación de servicios de asistencia y apoyo a las víctimas de la delincuencia, con la debida consideración de los diversos sistemas sociales, culturales y jurídicos y habida cuenta de la experiencia adquirida con respecto a los diversos modelos y métodos disponibles para la prestación de servicios y del estado actual de los conocimientos relativos a la victimización, incluidas sus consecuencias emocionales y la consiguiente necesidad de organizaciones que se encarguen de prestar servicios de asistencia a las víctimas;

b) Prever la capacitación adecuada de todas las personas que presten servicios a las víctimas, a fin de que esa capacitación desarrolle las aptitudes del personal para comprender los efectos emocionales de la delincuencia y les enseñe a superar los prejuicios que puedan existir y que les proporcione además información práctica;

c) Establecer conductos eficaces de comunicación entre todos los que se ocupan de las víctimas y organizar cursos y reuniones de estudio y la difusión de información a fin de que esas personas puedan evitar la victimización adicional que pudiera resultar del funcionamiento del sistema;

d) Velar por que las víctimas estén informadas sobre sus derechos y oportunidades para obtener resarcimiento del delincuente, de terceros o del Estado, así como sobre la marcha de las actuaciones penales correspondientes y sobre cualquier oportunidad que tengan de participar en esas actuaciones;

e) Cuando funcionen o se hayan introducido recientemente mecanismos oficiosos de solución de controversias, velar, en la medida de lo posible y tomando debidamente en cuenta los principios jurídicos establecidos, por que se atienda plenamente a los deseos y a la sensibilidad de las víctimas, y que el resultado les represente un beneficio por lo menos equivalente al que hubieran obtenido recurriendo al sistema oficial;

f) Establecer un programa de inspección e investigación con el objeto de mantener bajo constante vigilancia las necesidades de la víctima y la eficacia de los servicios prestados; dicho programa podrá prever la organización de reuniones y conferencias periódicas de los representantes de los sectores pertinentes del sistema de justicia penal, así como de los demás órganos que se ocupen de las necesidades de las víctimas, con el objeto de examinar en qué medida la legislación, la práctica y los servicios actualmente destinados a las víctimas atienden sus necesidades y deseos;

g) Empezar estudios sobre los delitos no denunciados, para definir las necesidades de las víctimas de ellos y el modo de poner a su disposición los servicios adecuados;

4. *Recomienda* que se adopten, en los planos nacional, regional e internacional, todas las medidas apropiadas para fomentar la cooperación internacional en asuntos penales, y para procurar, entre otras cosas, que quienes hayan sido objeto de victimización en algún otro Estado reciban ayuda efectiva, tanto en el momento inmediatamente posterior al delito como a su regreso a su país de residencia o de origen, a efectos de la protección de sus intereses y a la obtención de la debida reparación o indemnización y de los servicios de apoyo que puedan ser necesarios;


5. *Reconoce* la necesidad de formular en forma más detallada la parte B de la Declaración y establecer mecanismos internacionales para impedir el abuso de poder y para obtener reparación para las víctimas de dicho abuso cuando los mecanismos nacionales sean insuficientes, y recomienda que se adopten medidas adecuadas a este fin;

⁴⁵ E/AC.57/1988/3.

6. *Pide* al Secretario General que, con sujeción a la existencia de fondos extrapresupuestarios, organice una reunión de expertos encargada de formular propuestas concretas para la aplicación de la resolución 40/34 de la Asamblea General y de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, en la medida en que estos dos textos sean aplicables al abuso de poder, con la antelación nece-

saria para presentarlas al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia en su 11º periodo de sesiones y para que el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente pueda examinarlas.

*15a. sesión plenaria
24 de mayo de 1989*





NACIONES UNIDAS



OCTAVO CONGRESO
DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO
Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE

La Habana (Cuba), 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990

Distr.
GENERAL

A/CONF.144/28
5 de octubre de 1990
ESPAÑOL
ORIGINAL: INGLÉS

INFORME DEL OCTAVO CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE
PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE*

La Habana, Cuba, 27 de agosto a 7 de septiembre de 1990

ANEXO N° 3.

* Este documento es una versión mimeografiada anticipada del informe, que se publicará en forma impresa como publicación de las Naciones Unidas para la venta.

19. En los países donde los fiscales están investidos de facultades discrecionales para pronunciarse sobre el enjuiciamiento de un menor, deberá tenerse especialmente en cuenta el carácter y la gravedad del delito, la protección de la sociedad y la personalidad y los antecedentes del menor. Cuando se pronuncien, los fiscales tendrán especialmente en cuenta las posibles alternativas del enjuiciamiento de conformidad con las leyes y procedimientos pertinentes en materia de justicia de menores. Los fiscales harán todo lo posible por emprender acciones contra menores únicamente en los casos que sea estrictamente necesario.

Relaciones con otros organismos o instituciones gubernamentales

20. A fin de asegurar la equidad y eficacia del procedimiento, los fiscales harán lo posible por cooperar con la policía, los tribunales, los abogados, los defensores públicos y otros organismos o instituciones gubernamentales.

Actuaciones disciplinarias

21. Las faltas de carácter disciplinario cometidas por los fiscales estarán previstas en la ley o en los reglamentos. Las reclamaciones contra los fiscales en las que se alegue que han actuado claramente fuera del marco de las normas profesionales se sustanciarán pronta e imparcialmente con arreglo al procedimiento pertinente. Los fiscales tendrán derecho a una audiencia imparcial. Las decisiones estarán sometidas a revisión independiente.

22. Las actuaciones disciplinarias contra los fiscales garantizarán una evaluación y decisión objetivas. Se determinarán de conformidad con la ley, el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas establecidas y teniendo presentes estas Directrices.

Observancia de las Directrices

23. Los fiscales respetarán las presentes Directrices. Además, harán todo lo que esté en su poder por evitar que se infrinjan y se opondrán activamente a ello.

24. Los fiscales que tengan motivos para estimar que se ha cometido, o que está por cometerse, una violación de las presentes Directrices lo comunicarán a sus superiores jerárquicos y, cuando sea necesario, a otras autoridades u órganos competentes, con facultades en materia de revisión o recurso.

27. Protección de los derechos humanos de las víctimas de la delincuencia y del abuso de poder

El Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente,

Preocupado de que la delincuencia y la victimización sigan planteando graves problemas, que afectan tanto a particulares como a colectividades enteras y que suelen trascender más allá de las fronteras nacionales,

Subrayando la necesidad de adoptar acciones y medidas preventivas para el trato justo y humano de las víctimas, cuyas necesidades con frecuencia se han pasado por alto,

Reconociendo la importancia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder 225/, que dicta normas y directrices sobre la reparación que ha de darse y la asistencia que ha de prestarse a esas víctimas y que debería ser ampliamente difundida y aplicada en la práctica,

Acogiendo con agrado los esfuerzos desplegados hasta la fecha en orden al fomento de medios adecuados para la aplicación de esta Declaración, y para promover esa aplicación en el ámbito nacional, regional e internacional,

Destacando la necesidad de fomentar la solidaridad social, para lo que se han de establecer vínculos estrechos entre los miembros de la sociedad que garanticen la paz social y el respeto de los derechos de las víctimas, así como la necesidad de crear organismos y prever medidas adecuadas que sirvan para procurar reparación y asistencia a las víctimas en el plano tanto nacional como regional e internacional,

Considerando la función decisiva que compete a los organismos encargados de la aplicación coercitiva del derecho, así como a los fiscales, a los abogados y al poder judicial en orden a la aplicación de esta Declaración,

Teniendo presentes las disposiciones pertinentes de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984,

Teniendo también presente la labor que está realizando el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia,

Recordando la Declaración de El Cairo sobre la aplicación coercitiva del derecho y los derechos humanos de las víctimas, aprobada por el Simposio internacional que se celebró en El Cairo, del 22 al 25 de enero de 1989,

Recordando también el informe preparado por el comité especial de expertos que se reunió en el Instituto Internacional de Altos Estudios y Ciencias Penales de Siracusa (Italia) en mayo de 1986, tal como fue revisado por un coloquio de las principales organizaciones no gubernamentales interesadas en la prevención del delito, la justicia penal y el tratamiento de la víctima y del delincuente, que se celebró en Milán (Italia) en noviembre y diciembre de 1987,

Recordando también la recomendación del Consejo Económico y Social, en su resolución 1990/22, de 24 de mayo de 1990, de que los Estados Miembros y los institutos regionales e interregionales de las Naciones Unidas tomen las medidas necesarias para que al personal profesional y demás personas que hayan de ocuparse de víctimas se les imparta la formación adecuada en cuestiones que sean de interés para las víctimas, teniendo en cuenta los módulos de capacitación preparados a ese efecto 226/.

225/ Resolución 40/34 de la Asamblea General, anexo.

226/ Véase E/AC.57/1990/NGO/3.

1. Toma nota con reconocimiento de las resoluciones del Consejo Económico y Social 1989/57 de 24 de mayo de 1989 y 1990/22;

2. Recomienda que, en la aplicación de dicha resolución, el Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia tenga en cuenta las importantes propuestas ya formuladas por la comunidad de organizaciones no gubernamentales interesadas;

3. Exhorta a los Estados a que al formular su legislación nacional, tengan en cuenta las disposiciones de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder;

4. Recomienda a los gobiernos que examinen la disponibilidad de servicios de apoyo, tanto públicos como sociales, para las víctimas de la delincuencia y del abuso de poder y que fomenten programas culturales apropiados que sirvan para procurar asistencia, información e indemnización con destino a esas víctimas;

5. Pide al Secretario General que adopte las medidas adecuadas con miras a analizar la posibilidad de establecer un fondo internacional en el marco del programa de las Naciones Unidas de prevención del delito y justicia penal, que sirva para indemnizar y prestar asistencia a las víctimas de delitos transnacionales y para promover la investigación, el acopio y la difusión de datos y la elaboración de pautas normativas a este respecto, en el ámbito internacional;

6. Recomienda que los Estados preparen programas de formación basados en los principios de esta Declaración, con objeto de definir y dar a conocer los derechos de las víctimas de la delincuencia y del abuso de poder, que deberían incorporarse a los programas de estudio de las facultades de derecho, institutos de criminología, centros de formación de personal para la aplicación coercitiva del derecho y escuelas judiciales;

7. Exhorta a los Estados a que intercambien, tanto a nivel internacional como regional, información y experiencias sobre los medios empleados en la aplicación de su normativa jurídica y social para la protección de las víctimas de la delincuencia y del abuso de poder;

8. Recomienda a las Naciones Unidas y demás organizaciones interesadas que fortalezcan sus actividades de cooperación técnica a fin de ayudar a los gobiernos a poner en práctica la Declaración y demás directrices pertinentes, y a fortalecer la cooperación internacional a este respecto;

9. Pide al Secretario General que dé amplia difusión a la Guía para los profesionales de la justicia penal sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder 227/ y proporcione información sobre las medidas adoptadas para aplicar la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder 228/.

227/ Véase A/CONF.144/20, anexo.

228/ E/AC.57/1988/NGO/1.

*Cuadernos
de análisis
jurídico*

13

serie seminarios

**LA REFORMA
CONSTITUCIONAL DE 1989
ESTUDIO CRITICO**

*Escuela de Derecho
Universidad Diego Portales*



ANEXO N° 4 -

INDICE

| | |
|--|-----|
| Presentación | 7 |
| X Eficacia de la Elevación a Rango Constitucional de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos CESAR PINOCHET ELORZA | 9 X |
| Límites Jurídicos de la Democracia ZARKO LUKSIC SANDOVAL | 19 |
| Comentarios a la Modificación Realizada al Artículo 23 de la Constitución Política de 1980 RODRIGO UGALDE PRIETO | 35 |
| Efectos de la Reforma del Art. 38, Inciso 2º, de la Cons- titución Política Sobre Regimen de lo Contencioso Ad- ministrativo ARTURO AYLWIN AZOCAR | 45 |
| Subrogación y Reemplazo en la Presidencia y el Parla- mento ALEJANDRO SILVA BASCUÑAN MARIA PIA SILVA GALLINATO | 51 |
| Reformas a la Presidencia y el Congreso JOSE LUIS CEA EGAÑA | 63 |
| Reformas al Poder de Seguridad FRANCISCO CUMPLIDO CERECEDA | 73 |
| Modificación al Procedimiento de Reforma Constitucio- nal MARIO VERDUGO MARINKOVIC | 77 |

EFICACIA DE LA ELEVACION A RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHO HUMANOS.

César Pinochet Elorza

GENERALIDADES

La aprobación, por el Plebiscito de 30 de julio de 1989, de diversas reformas a la Constitución Política de la República de Chile vigente desde 1980, conllevó la aparición de diversas interrogantes sobre algunas disposiciones cuya inclusión en el texto constitucional provocó interpretaciones divergentes. Entre las disposiciones a que se alude, conviene retener el Artículo 5º de la Constitución, que será materia de nuestro análisis.

El mencionado artículo, antes de la reforma, disponía que "la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio".

"El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana".

Es preciso destacar a este respecto que el Excmo. Señor Presidente de la República al explicar en 1980, el sentido y alcance de esta disposición, manifestó en discurso público que "POR PRIMERA VEZ EN NUESTRA HISTORIA UN TEXTO CONSTITUCIONAL RECONOCE, COMO LIMITE DE LA SOBERANIA, LOS DERECHOS ESENCIALES DE LA PERSONA HUMANA. LO QUE SIGNIFICA UN RECONOCIMIENTO EXPLICITO DE QUE ESTOS DERECHOS SON SUPERIORES Y ANTERIORES AL ESTADO Y QUE ESTE NO PUEDE VIOLARLOS, SINO REGULAR SU EJERCICIO".

Esta visión, enraizada en la doctrina tradicional del Derecho Natural le da a los derechos humanos la calidad de atributos o exigencias, que dimanen de la propia naturaleza humana, que son anteriores a la constitución de la sociedad civil y que, siendo previos y superiores al derecho estatal, deben ser reconocidos y garantizados por éste. Este es el sentido en que aparecen los derechos humanos en la DECLARACION DE VIRGINIA y en la DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, que al ocupar los términos "derechos innatos" o "derechos naturales" se identifican con esta postura que se ha denominado como "prehistoria" de los derechos humanos, asumida en la etapa de las solemnes declaraciones de reconocimiento, y mantenida posteriormente por las diversas teorías iusnaturalista.

Esta concepción ha sido rebatida por otras doctrinas que le asignan a estos derechos la calidad de "derechos públicos subjetivos" como creación exclusiva de la normatividad jurídica positiva, lo que los dota de una fuerza jurídica directa

y de una operatividad jurisdiccional inmediata, desvirtuando su carácter natural y su funcionalidad jurídica pre-positiva.

Otras concepciones, como considerarlos "libertades públicas", "derechos fundamentales" y finalmente "derechos humanos" nos señalan que estamos frente a una realidad dinámica, cuyos contornos precisos sólo pueden quedar definidos en cada momento por el conjunto de facultades que le son asignados y garantizados en los respectivos ordenamientos jurídicos positivos, en su constante adecuación para ser considerados "justos".

Cerrado el paréntesis acerca de las motivaciones que el Gobierno tuvo para proponer en su oportunidad, el Artículo 5º de la Constitución, en su texto original, devenimos en la REFORMA DE JULIO DE 1989, en que al inciso segundo de dicho precepto constitucional, se le agrega una oración, que deja el texto actual, redactado como se señala a continuación.:

"ARTICULO 5º. La soberanía reside esencialmente en al Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio".

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. ES DEBER DE LOS ORGANOS DEL ESTADO RESPETAR Y PROMOVER TALES DERECHOS, GARANTIZADOS POR ESTA CONSTITUCION, ASI COMO POR LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR CHILE Y QUE SE ENCUENTREN VIGENTES".

Esta norma, aparentemente simple y clara, fue percibida como una gran avance ya que implicaba la elevación de dichos derechos al rango constitucional, y en esa calidad fue recepcionada por la opinión pública y por la Cátedra.

No obstante lo anterior, en círculos académicos y en algunos fallos que no han dado aplicación a esta nueva norma, se han planteado opiniones contradictorias, que pueden implicar problemas de interpretación de proyecciones insospechadas, que en este breve estudio procuraremos esclarecer.

En efecto, la elevación de los Tratados Internacionales que versen sobre cualquier "derecho esencial que emane de la naturaleza humana" habría producido, por una parte, la abrogación tácita de toda legislación interna que se oponga a esas normas convencionales, y por otra, en el plano constitucional, podría igualmente crear un conflicto de normas de igual jerarquía en tanto las disposiciones de dichos tratados entren en conflicto con el articulado de la propia Constitución.

A lo anterior, es preciso agregar que, previamente a la determinación del conflicto con la propia constitución y con las normas del foro doméstico, es menester precisar a cuales tratados se refiere la norma in comento, sobre todo si consideramos que el tenor literal no es claro y que la reforma constitucional de 1989 no cuenta con "una historia fidedigna" que conste en Actas Públicas, razón por la cual debería recurrirse al atestado de quienes intervinieron directamente en las discusiones previas a su aprobación, o bien, apelar a los principios de hermeneútica que imperan en el Derecho Internacional Público.

La norma existe y es deber de los Tribunales, de la Cátedra y de los

tuando su caracter natural y su
os "libertades públicas", "dere-
ios" nos señalan que estamos
precisos sólo pueden quedar
ltades que le son asignados y
icos positivos, en su constante

ivaciones que el Gobierno tuvo
e la Constitución, en su texto
1989, en que al inciso segundo
ación, que deja el texto actual,

encialmente en al Nación. Su
ito y de elecciones periódicas
n establece. Ningún sector del
icio".

omo limitación el respecto a los
humana. ES DEBER DE LOS
OVER TALES DERECHOS,
COMO POR LOS TRATADOS
Y QUE SE ENCUENTREN

clara, fue percibida como una
nos derechos al rango consti-
ción pública y por la Cátedra.
fér y en algunos fallos que
clarificado opiniones contradic-
tación de proyecciones inso-
s esclarecer.

os Internacionales que versen
la naturaleza humana" habría
oda legislación interna que se
el plano constitucional, podría
arquía en tanto las diposiciones
ado de la propia Constitución.
breviamente a la determinación
normas del foro doméstico, es
orma in comento, sobre todo si
reforma constitucional de 1989
en Actas Públicas, razón por la
ervinieron directamente en las
los principios de hermeneútica

onales, de la Cátedra y de los

juristas el determinar el "efecto útil" de la misma, para no frustrar su verdadero propósito que no es otro que el elevar a rango constitucional las Normas Internacionales ratificadas o que puedan ser ratificadas por Chile en materia de Derechos Humanos y que los "Organos del Estado —Ejecutivo - Legislativo y Judicial— deberán promoverlos, y lo que es más importante, "respetarlos" en la perspectiva de su nuevo status jurídico.

RECEPCION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN EL FORO DOMESTICO. ANALISIS DOCTRINARIO

La regulación jurídica de la interacción de Estados soberanos, de Organismos Internacionales, y eventualmente y en forma incipiente, del individuo, está entregado al Derecho Internacional Público que reconoce como fuente primaria, además de los principios generales del Derecho a dos vertientes básicas: el Derecho Convencional - Tratados - y el Derecho Consuetudinario -la Costumbre-

Sin entrar en la clásica discusión —monismo versus dualismo—, cabe señalar que la verdadera eficacia del Derecho Internacional Público radica en muy amplia medida en la adhesión que le preste los respectivos ordenamientos nacionales, incorporados en sus normativas y dándole efecto a todos aquellos tratados o acuerdos que necesitan, salvo las normas "self executing", de un necesario proceso mediatizador de tipo constitucional o legislativo, para su cumplimiento en los respectivos planos nacionales.

Siguiendo a PAUL DE VISSCHER(2), podemos afirmar que en relación al Derecho Internacional General de origen consuetudinario, existen cuatro grupos de cláusulas constitucionales, a saber:

1) El de las cláusulas que entrañan la adopción obligatoria, aunque no automática, de las Reglas del Derecho Internacional General, (Artículo 7º de la Constitución Española de 1931, según el cual "el Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional General, incorporándolas a su Derecho Positivo);

2) El que comporta la adopción automática en el orden interno de tales reglas, (Clásica norma consuetudinaria inglesa formulada en el aforismo "International Law is a part of de Law of de Land" y seguida igualmente por el derecho de los Estados Unidos de Norteamérica, y recogida por las Constituciones Italiana de 1948, de la República Democrática Alemana de 1968, de Grecia de 1975 y de Portugal de 1976, entre otras.);

3) El que supone tal adopción automática, proclamando además la superioridad del Derecho Internacional General sobre el Derecho interno e instau-

2 PAUL DE VISSCHER "Les tendances internationales des constitution modernes" en R. des C. vol. 80, 1952, p. 520, citado y comentado por JOSE PASTOR RIDRUEJO "Curso de Derecho Internacional Público", Edit. Tecnos, Madrid, 2a. ed. 1987.

rando un procedimiento para controlar la conformidad de éste con el primero, (Artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949); y

4) El integrado por aquellas disposiciones que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas de Derecho Internacional General (El Artículo 29 de la Constitución de la Unión Soviética de 7 de octubre de 1977, dispone que "las relaciones de la Unión Soviética con otros Estados se basan en la observancia de los siguientes principios: igualdad soberana; renuncia mutua al uso o amenaza de la fuerza; inviolabilidad de las fronteras; integridad territorial de los Estados; solución pacífica de las controversias; no intervención en los asuntos internos; respecto a los derechos humanos y libertades fundamentales; la igualdad de derechos de los pueblos y su derecho a la autodeterminación; cooperación entre los Estados; y cumplimiento de buena fe de las obligaciones derivadas de los principios generalmente reconocidos y reglas de Derechos Internacional, y de los tratados concluidos por la Unión Soviética").

En base a los supuestos doctrinarios que se han dejado anotados, es preciso analizar la reforma del Artículo 5º de la Constitución Chilena, para determinar que tipo de recepción en el formo doméstico han tenido todos los tratados que versen o pudieren versar sobre derechos humanos, y si dicha recepción, en el evento de concluir que se han dado las condiciones para estimar que ello ha ocurrido, puede surtir sus plenos efectos en el plano constitucional y legal.

La respuesta a cada interrogante permitirán ampliar, disminuir o minimizar el alcance de la reforma aprobada.

ARTICULO 5º DE LA CONSTITUCION. RESEÑA DE ALGUNOS PROBLEMA.

PRIMERO

Concordante con los antecedentes doctrinarios ya expuestos, es preciso concluir que la reforma al Artículo 5º, al indicar que los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana, garantizados por ESTA CONSTITUCION, ASI COMO POR LOS TRATADOS RATIFICADOS POR CHILE Y QUE SE ENCUENTREN VIGENTES, está excluyendo claramente la posibilidad de aplicar en el ámbito interno la vasta y compleja normativa de tipo consuetudinario que existe sobre Derechos Humanos, y circunscribe la amplitud de la norma, SOLO a aquellas materias reguladas por una Convención Internacional que cuente con la ratificación del Estado chileno.

Esta posición del Constituyente, además de no rescatar ninguna de las cuatro posibilidades a alude Paul de Visscher, y que constituyen la solución contemporánea que las Constituciones modernas le otorgan a la recepción en el plano interno de las normas internacionales de carácter general consuetudinario, parece indicar, asimismo, la renuencia del Estado chileno a reconocer la existencia de un "JUS COGENS" cuyo vigor en el plano normativo internacional emana de la circunstancia que la Comunidad le asigna un valor intrínseco superior, contra el cual no es posible celebrar convención en contrario, y que sólo puede ser abrogada por

el nacimiento de una norma de igual entidad.(3)

La consideración anterior reviste especial importancia ante el hecho que la doctrina es casi uniforme en considerar que todas las normas que regulan derechos de la persona humana constituyen "jus cogens" e incluso se afirma que su recepción en el plano interno es automática y no requiere de ningún acto mediador, de modo que la reforma, al enfatizar la frase "tratados internacionales ratificados por Chile" está circunscribiendo su esfera de obligatoriedad a un ámbito más reducido que aquel que en derecho le correspondería.

Cabría agregar a este respecto que el primitivo Artículo 5º, al indicar pura y simplemente que "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", no obstante remitirse a un concepto iusnaturalista vago e impreciso en su formulación, permitía suponer que dicha "soberanía" estaba limitada por "todos los derechos esenciales que el derecho internacional convencional y CONSUETUDINARIO le reconoce al ser humano" y la reforma, bajo pretexto de elevar los Tratados Internacionales a rango constitucional, vino en realidad a limitar su alcance.

SEGUNDO:

Ateniéndonos al hecho que la reforma sólo se extiende a los "tratados vigentes", surge la interrogante acerca de la frase "Y QUE SE ENCUENTREN VIGENTES" cuya dicotomía es evidente.

En efecto, la "vigencia" de un Tratado puede referirse al vigor que este presente en el plano internacional o al que tenga en el ámbito nacional, interrogante que es preciso dilucidar al tenor de los preceptos constitucionales concatenados con la materia en estudio.

Si optamos por la opción de la Vigencia en el plano internacional estaríamos suponiendo que el constituyente, en este caso concreto de los derechos humanos, exigiría solamente que los tratados estuvieran ratificados por Chile, aunque no estuvieran promulgados ni publicados, como ocurrió con los Pactos de Derechos Humanos entre 1972 y 1989, y estaría privilegiando la importancia de su real vigencia en el plano internacional, desde que el mismo tratado lo indique o bien cuando se entere el número necesario de ratificaciones que el Tratado disponga como indispensables para entrar en vigencia. El 10 de febrero de 1972, Chile ratificó los Pactos y depositó en Secretaría de Naciones Unidas su documento de ratificación, no obstante que dichos Pactos recién entraron en vigencia en 1976, una vez completadas las ratificaciones necesarias para que ello ocurriera. Aquí existiría una ratificación a un Tratado aún no vigente.

No obstante lo anterior, no creemos que esta sea la intención del constituyente por cuanto ello estaría contrariando lo claramente dispuesto en los artículos 32 Nº 17 y 50 Nº 1 de la Constitución en cuanto disponen que un Tratado

3 Ver Arts. 53 y 64 de Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de Mayo de 1969; en vigor desde 27 de enero de 1980, y ratificada por Chile, el 9 abril 1981.

se someterá a los trámites de una Ley, entre los cuales se cuentan los trámites de la promulgación y publicación en el Diario Oficial, sin cuyo cumplimiento mal podrían ser exigibles a todos los Organos del Estado, a menos que se supusiere como posible la incorporación del tratado a la legislación interna sin mediatización previa de ninguna especie, opción que no ha sido aceptada por nuestros Tribunales Superiores y que no aparece como posible, salvo en alguna medida en el N° 2 del mencionado Artículo 50.

* Si optamos por la "vigencia" en el plano nacional, debemos concluir que el Constituyente pudo querer resaltar el hecho que el Tratado no sólo debía estar ratificado por el Estado Chileno sino que, ADEMÁS, debía estar "vigente" en el ámbito del foro doméstico, no sólo por haber cumplido con los trámites mencionados en párrafos anteriores sino que también por no existir "denuncias" al tratado que lo hubieren desvinculado de su obligación de cumplimiento.

Esta opción, constituye una redundancia ya que habría bastado con indicar "tratados ratificados y promulgados válidamente como ley de la República" para expresar claramente dicha idea, pero consideramos que este debe haber sido el criterio del Constituyente si nos atenemos a la necesidad de precaver situaciones ocurridas en el caso inédito de los Pactos de Derechos Humanos que habiendo sido ratificados por Chile en 1972, y promulgados en 1976, no fueron publicados en el Diario Oficial sino hasta 13 AÑOS después, creando un período de incertidumbre y de doble standard entre la vigencia interna y la externa.

TERCERO.

El problema de la "vigencia" conlleva otro aspecto indispensable de aclarar, y que ha sido motivo de interpretaciones que no se compadecen con el tenor literal de la reforma del mencionado Artículo 5º de la Constitución. Nos referimos al hecho que no ha faltado quien haya afirmado que los Tratados a que se refiere la reforma deben estar ratificados y "VIGENTES AL MOMENTO DE SER ELLA APROBADA".

✓ Esta posibilidad nos parece incompatible con el simple hecho que, para ser ello posible, la reforma tendría que haber estado en un Artículo Transitorio de la Constitución que dejara claramente establecido que la intención del Constituyente era incorporar al rango constitucional solamente a aquellos tratados vigentes a julio de 1989, PERO en tanto cuanto dicha reforma se limitó a agregar una oración final el Inciso Segundo del referido Artículo 5º, su texto pasó a incorporarse al articulado permanente, y en consecuencia, la "vigencia" de un Tratado debe entenderse referida al momento en que el exegeta del derecho o el Juez, deban pronunciarse sobre cuales normas internacionales se encuentren vigentes, al momento de la interpretación y en tanto dicho artículo tenga su actual redacción.

Esa interpretación, por lo demás, cuenta con la opción favorable de la mayoría de quienes nos dedicamos a estos temas.

CUARTO.

Adoptado el criterio que la reforma se refiere a "tratados internacionales ratificados por Chile" y que se encuentren vigentes en su orden interno, tanto a la fecha de la reforma o con posterioridad a ella, cabe preguntarse si esta interpretación será aceptada como válida si tomamos en consideración que el Tratado se aprueba en el Parlamento por mayoría simple, y su texto, por esta vía, cuando se trate de Derechos Humanos, pasaría a tener rango constitucional. Expresado de otra manera, ¿se permitirá reformar la Constitución por esta vía, en materia de derechos Humanos, por simple mayoría?

Nos parece que el tenor literal es claro, y no existiendo un elemento histórico que permita interpretar la norma de otra forma, solamente razones de orden político institucional podrían evitar que este fuera el predicamento que se adoptare frente al problema planteado.

No obstante, tal posibilidad aparece atenuada por el hecho que durante la aprobación del Tratado puede solicitarse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional quien obviamente haría presente la contradicción entre la Constitución vigente y las normas del Tratado que se tratara de aprobar.

QUINTO.

Cualquier sea la opción que se elija, surge, no obstante, otro problema adicional con las posibles contradicciones entre el texto del o de los tratado elevados al rango constitucional, y el tenor de las leyes vigentes, e incluso, del tenor de alguna de las normas constitucionales, especialmente las señaladas en el Artículo 19º.

En el caso de contradicción con la legislación interna creemos que se produce una abrogación tácita que necesariamente debe ser considerada así, por los Tribunales de Chile, cuando les corresponda dirimir un conflicto entre ley y tratado sobre cualquier derecho humano. La aplicación del principio "lex posterior derogat priori" tiene aquí una aplicación meridianamente clara.

En esta situación se encontraría, por citar sólo algunas, las disposiciones de:

—D. F. L. Nº 707 de 7 de Octubre de 1982 que fija el Texto refundido de la Ley sobre Cuentas Bancarias y Cheques, que permite la excarcelación de sus infractores, PERO agregando el requisito de una caución en no inferior al valor del cheque, intereses y costas.

— Ley 14.908, Artículo 15, que permite apremiar al deudor de pensión alimenticia, con arresto hasta por 30 días.

— Ley 18.314 de 17 de Mayo de 1984, que determina conductas terroristas y fija su penalidad, en cuanto modifica las normas generales sobre participación criminal y grados de desarrollo del delito, y declara improcedente la amnistía, el indulto y la libertad provisional. En relación a esta ley, hay recurso de inaplicabilidad pendiente ante la Excma. Corte Suprema, que aún no ha sido fallado a la fecha de este trabajo.

Por otra parte, en caso de contradicción de los tratados elevados a rango constitucional y las normas de la propia Constitución, nos permitiríamos formular un distingo.

En efecto, los Tratados ratificados por Chile, y vigentes a la fecha de la reforma, primarían sobre las normas del Artículo 19 de la Constitución por ser posteriores a este precepto, y por haber sido incorporado por el constituyente en el carácter de norma especial, e incluso, contenida en una norma que precede en el texto a las ya mencionadas del Artículo 19º.

Por el contrario, los Tratados que fueran ratificados y entraran en vigencia con posterioridad a la reforma, deberían adecuar su contenido a las disposiciones de nuestra Carta Fundamental, lo que se vería tutelado por el accionar eventual del Tribunal Constitucional, requerido para estos efectos, o por la Excelentísima Corte Suprema, cuando conociera de un asunto por la vía del recurso de inaplicabilidad.

TRATADOS
CON
RESERVA
{
Párrafo aparte merece la especial situación de aquellos Tratados ratificados "con reserva" como las Convenciones contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, tanto universal como americana, ya que de acuerdo a la Convención de Viena sobre Tratados, es posible retirar en cualquier momento, por simple voluntad del Poder Ejecutivo.(4)

Ahora bien, en el caso de esas Convenciones, hubo "reserva" por Parte del Estado Chileno en cuanto modifican "el principio de la obediencia reflexiva consagrado en la legislación interna chilena, en el sentido de que el Gobierno de Chile aplicará lo dispuesto en dicha norma internacional al personal sujeto al Código de Justicia Militar, respecto de los subalternos, siempre que la orden, notoriamente tendiente a la perpetración de los actos indicados en el artículo 1º no sea insistida por el superior ante la representación del subalterno".

El Artículo 2º Nº 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre la Tortura establece que "no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura" y la Convención Americana, en su Artículo 4º prescribe que "El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente".

A nuestro juicio, si el Ejecutivo retirara la "reserva" a estas Convenciones, pasarían a tener rango constitucional los artículos reservados, y consecuentemente, debería entenderse modificado el Código de Justicia Militar, a ese respecto.

4 Ver en tal sentido el Artículo 22º de la Convención de Viena ya citada.

PALABRAS FINALES

NO CABE DUDA que la modificación del Artículo 5º de la Constitución pretendió elevar los Tratados sobre Derechos Humanos al rango constitucional, pero el tenor de la reforma definitivamente aprobada provoca múltiples interrogantes y permite diversas soluciones que este trabajo sólo ha pretendido esbozar.

Queda abierta a la inquietud del estudioso y a la interpretación de los Tribunales competentes el determinar el verdadero sentido y alcance que ella pueda tener.

En ese aspecto, podría ser de utilidad conocer la opinión especializada de un organismo judicial de real jerarquía como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en virtud de lo estipulado en el Pacto de San José, está revestida de la competencia necesaria para evacuar dictámenes que le soliciten los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) respecto de la compatibilidad de la legislación interna del Estado consultante y el instrumento jurídico multilateral mencionado.

Podría esperarse también que a la brevedad se interpusieran los correspondientes recursos de inaplicabilidad ante la Excma. Corte Suprema, en contra de toda disposición cuya inconstitucionalidad resulte evidente al tenor de lo formulado en la parte expositiva de este trabajo.

Por lo anterior, sólo cabe formular la aspiración que toda interpretación que se formule a futuro, no se realice con la intención de minimizar o subestimar lo aprobado mayoritariamente por el pueblo de Chile, sino que por el contrario, se busque con rigurosidad jurídica una interpretación que respete la idea primigenia que toda norma internacional sobre derechos inherentes a la persona humana y que haya ingresado a nuestra normativa interna, prime sobre nuestro ordenamiento jurídico, por estar revestida de un rango superior, que las hace equiparables a la Carta Fundamental.

No debe perderse de vista el hecho que hay un punto negro en el horizonte que marca la nueva frontera de los derechos humanos: el de su efectividad. La propia historia del reconocimiento de los derechos del hombre ha demostrado hasta la evidencia que el gran problema de estos derechos ha radicado siempre más en conseguir una plena y real efectividad en el ámbito de las relaciones sociales que en lograr su solemne proclamación en Declaraciones o en Constituciones.

La reforma en estudio ha obtenido el primero de los pasos señalados; es de esperar que su posterior interpretación no frustre su verdadero propósito.

Atendido el hecho que Chile siempre ha planteado el respeto irrestricto a los tratados cabe esperar que, habiendo ratificado la Convención de Viena, de 1969, que claramente prescribe que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" y "que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de incumplimiento de un tratado", TODO TRATADO INTERNACIONAL que verse sobre Derechos Humanos y que se encuentre vigente, deberá tener un rango constitucional que signifique, cualquiera sea la postura ideológica de quien la aplique o la interprete, todas las

consecuencias jurídicas que de ello se derive.

Lo contrario haría suponer que tanto la promulgación de los Pactos gemelos, sobre Derechos Humanos, y las Convenciones sobre Tortura, y su especial mención en el texto constitucional, sólo habría ocurrido por simples consideraciones de publicidad internacional del Estado Chileno, o buscando efectos colaterales totalmente diversos al estricto cumplimiento de las obligaciones tanto nacionales como internacionales de las materias contenidas en los tratados cuya incorporación al Artículo 5º de nuestra Carta Fundamental ha sido materia de este estudio.

La magnitud del problema, la importancia de lo debatido y los alcances de una correcta o incorrecta interpretación, justifican la iniciación o continuación de un amplio debate académico sobre las materias que en este trabajo se han esbozado en la esperanza de abrir una inquietud que sea provechosa para la ampliación progresiva del campo de acción del derecho tutelar de la persona humana.



;