



IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



CentroDerechosHumanos
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

**Instituto de
Estudios Judiciales**

Manual autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


Embajada Real de
Dinamarca


REAL EMBAJADA DE NORUEGA

Manual autoformativo sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales
Instituto de Estudios Judiciales

Con el apoyo de:
Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo
Embajada Real de Dinamarca
Real Embajada de Noruega

© 2010, Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Reservados todos los derechos.

345.05

l59-m

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Manual autoformativo sobre acceso a la justicia y Derechos
Humanos : Chile / Instituto Interamericano de Derechos humanos.
-- San José, C.R. : IIDH, 2011

178 p. ; 22X28 cm.

ISBN 978-9968-611-63-3

1. Derechos humanos 2. Acceso a la justicia

Las ideas expuestas en este libro son de exclusiva responsabilidad de las personas autoras y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Víctor Rodríguez
Consultor IIDH

Diana Maquilón, Domingo Lovera Parmo, Juan Pablo González, Macarena Vargas, Sylvana Cavada, Tábata Santelices y
Valentina Maturana
Autoras (es)

Marisol Molestina
Revisión de estilo

Walter Meoño
Diagramación

Producción Editorial-Servicios Especiales - IIDH-
Portada y artes finales

EDISA S.A.
Impresión

**Publicación coordinada por
Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentaciones	7
Introducción	11
§ 1 El derecho al acceso a la justicia.....	15
1. Introducción	17
2. El acceso a la justicia como derecho humano	18
3. Estándares internacionales en materia de acceso a la justicia.....	23
4. El acceso a la justicia y el Estado de Derecho	25
5. Conclusiones	26
§ 2 Acceso a la justicia: normas, doctrina y jurisprudencia internacional	27
1. El acceso a la justicia a la luz del derecho internacional	30
2. El debido proceso legal como expresión del acceso a la justicia.....	33
3. El acceso a la justicia y la obligación de remover obstáculos económicos.....	41
4. Protección judicial y acceso a la justicia.....	44
5. Conclusiones	47
§ 3 Acceso a la justicia y derechos humanos en Chile	49
1. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a acceso a la justicia?	50
2. Acceso a la justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	50
3. Mecanismos de asistencia jurídica que contempla el ordenamiento chileno	51
§ 4 Tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho doméstico: el caso de Chile	59
1. Introducción	61
2. Tratados internacionales sobre derechos humanos en Chile.....	64
3. Interpretación del art. 5, inc. 2, de la Constitución Política de la República.....	74
4. Incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad	77
5. Conclusiones	82

§ 5 Respuestas institucionales para la protección de derechos humanos en Chile	85
1. Sistema nacional de protección de derechos humanos	86
2. Protección constitucional de derechos en Chile: acciones y justicia constitucional	97
3. Conclusiones	105
§ 6 El acceso a la justicia para colectivos en condición de vulnerabilidad.....	109
1. Introducción	111
2. El derecho de las mujeres a acceder a la justicia	115
3. El derecho a acceder a la justicia de las personas en situación económica precaria	126
4. El derecho a acceder a la justicia de las personas con discapacidad	131
5. El derecho a acceder a la justicia de los niños, niñas y adolescentes	134
6. El derecho a acceder a la justicia de los pueblos indígenas	138
7. Conclusiones	142
§ 7 Organismos internacionales y regionales en materia de derechos humanos: grupos en condición de vulnerabilidad	143
1. Introducción	144
2. Mujeres	145
3. Pueblos indígenas.....	152
4. Niños, niñas y adolescentes	159
5. Migrantes	163
6. Conclusiones	164
§. 8 El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con Chile: principal jurisprudencia y precedentes de la Corte IDH y la CIDH	165
1. Introducción	167
2. Órganos del Sistema	167
3. Corte IDH: casos sobre Chile	168
4. CIDH: algunas cuestiones relevantes.....	176
5. Conclusiones	177

Presentación IIDH

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) tiene un mandato académico para la investigación y la educación en derechos humanos que ha asumido mediante el apoyo a diversos procesos de capacitación dirigidos al funcionariado de instituciones públicas y a operadores de justicia quienes, en el marco de sus funciones y competencias, deben aplicar, interpretar y garantizar los derechos humanos en escenarios diversos.

El acceso a la justicia con enfoque de derechos humanos es uno de los temas pilares que el IIDH ha identificado y que se ha propuesto estudiar y promover con especial atención, particularmente cuando hace parte de la protección de los derechos de las personas y los grupos más vulnerables y excluidos (2006).

De esta manera, y a raíz de las necesidades detectadas por entidades gubernamentales para la defensa de los derechos humanos en la región, surgió la iniciativa de desarrollar procesos educativos que pudieran ser replicados y que no sólo consolidaran el bagaje teórico en materia de derechos humanos de las y los operadores de justicia, sino que también promovieran la reflexión y destacaran la dimensión vivencial que se entrelaza con toda construcción y aplicación de conocimientos.

La estrategia propuesta para la consecución de estos objetivos fue la elaboración de módulos de autoformación sobre acceso a la justicia con carácter didáctico y de fácil lectura, que incorporaran ejercicios de introspección respecto a la materia tratada e integraran la revisión de herramientas primordiales para el quehacer de las y los operadores de justicia, tales como los instrumentos internacionales en derechos humanos y su utilización como derecho interno.

Este manual constituye un valioso fruto de dicho esfuerzo, dirigido específicamente al funcionariado del sistema de justicia de Chile. En este contexto, el acceso a la justicia emerge como un emblema y como un valor insoslayable, cuya vigencia requiere renovados esfuerzos por parte de quienes cotidianamente hacen posible su cumplimiento.

Esperamos que esta iniciativa contribuya, asimismo, a proyectar tanto el conocimiento como la aplicación e interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos como una herramienta de uso diario en la difícil pero noble tarea de administrar justicia en Chile.

Este esfuerzo ha tenido antecedentes similares en Guatemala, Nicaragua, Panamá, Ecuador, Paraguay y Argentina, y ha contado con el apoyo sostenido de la Cooperación Sueca (ASDI), como en este caso, así como de otros donantes nórdicos (NORAD y DANIDA).

En lo referente a la elaboración de este manual, el IIDH asignó su diseño y validación a una alianza consolidada con el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales y el Instituto de Estudios Judiciales, entidades que cuentan con excelentes investigadores e investigadoras que estuvieron a cargo de tareas específicas de investigación y redacción.

Esperamos que este manual sea una herramienta de apoyo a las políticas de defensa legal y al trabajo cotidiano que realizan las y los operadores de justicia, así como de inducción para nuevas y nuevos funcionarios, pero también como una forma de actualizar y mantener principios, avances jurisprudenciales y apoyo en el mejoramiento de los contenidos y alcances del acceso a la justicia con enfoque de derechos humanos en Chile.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo
IIDH*

Presentación Facultad de Derecho Universidad Diego Portales

Son dos los fenómenos que han marcado con fuerza la evolución jurídica de nuestra región en los últimos años. Por una parte se encuentra la fuerte irrupción de los derechos humanos, no sólo como bandera de lucha para la expansión y profundización de la democracia, sino como un catálogo de derechos exigibles directamente por los individuos dentro de sus respectivos ordenamientos domésticos. Por otra parte están los cambios institucionales experimentados por los sistemas de solución de conflictos, los que han sido objeto de constantes y profundas reformas desde la década de los ochenta, sin que país alguno se haya podido restar.

El avance de los derechos humanos y las reformas a la justicia han tenido una característica común. En ambos casos el intento, más o menos logrado, ha sido el de borrar la retórica que caracteriza al discurso jurídico regional, las más de las veces sin posibilidades reales y, en algunos casos, sin siquiera la menor intención de darle una vigencia efectiva. El objetivo ha sido ahora pasar de las declaraciones a las realidades, de las buenas intenciones a los compromisos concretos.

En el caso de los derechos humanos, este avance ha sido muy claro. A nivel internacional se han creado organismos, crecientemente más poderosos y activos, con competencias para reaccionar frente al incumplimiento de esas obligaciones por parte de los Estados. En el ámbito local, las secciones de las constituciones destinadas a consagrar tales prerrogativas fundamentales han dejado de ser palabras de buena crianza desde el momento que, a través de acciones constitucionales y de tribunales especialmente previstos con tal fin, se han establecido instrumentos específicos y efectivos para resguardar su cumplimiento. Indudablemente, nadie puede pensar que la tarea de darle vigencia efectiva a estos derechos se encuentre ya cumplida, pero sí es dable sostener que el esfuerzo actual tiene un impulso y un grado de seriedad inéditos, si se considera lo sucedido en el pasado.

La situación de la justicia es más compleja. Así como han habido avances han habido retrocesos, y existen áreas en que las soluciones recién se empiezan a vislumbrar. Sin embargo, un cambio fundamental sí ha llegado para quedarse: la idea de que el acto de juzgar no es una función meramente burocrática, realizada por un funcionario inserto dentro de un aparato meramente administrativo. Desde la irrupción del paradigma de la oralidad, poco a poco ese modelo predemocrático ha ido mutando por uno en que los jueces cobran un fuerte valor institucional de la mano de procedimientos públicos y transparentes y de un contacto directo con la prueba y las partes, que dignifica y legitima su labor. Sólo a través de procedimientos orales es posible asegurar una verdadera independencia judicial, factor clave para constituir a la justicia como un real Poder del Estado. Sólo una justicia pública y transparente hace posible evitar que los poderosos encuentren en ella una instancia más para fortalecer su posición.

Derechos humanos y justicia son hoy espacios dinámicos donde está presente la innovación, como no sucede tradicionalmente en nuestra disciplina. Pero, ¿cómo se conectan uno y otro proceso? ¿Cómo es posible unir ambos de forma que se realimenten y potencien mutuamente su proceso de expansión? Ese eslabón que media y acerca uno y otro es precisamente el derecho de acceso a la justicia, que es analizado por el presente manual. Se trata, por una parte, de uno de los integrantes más relevantes del

catálogo de los derechos humanos, que para algunos es “el” derecho que permite la vigencia efectiva de todos los otros. Desde el punto de vista de la justicia, es la puerta de entrada para que ésta pueda efectivamente ponerse en movimiento y lograr, a través de su intervención, la solución de un conflicto conforme a derecho.

Por lo anterior es que resulta particularmente acertado el enfoque con el que se ha elaborado este texto, pues se aproxima al acceso a la justicia desde la perspectiva de los derechos humanos, focaliza su atención en las posibilidades de acceso de los colectivos más vulnerables, cuya vulnerabilidad está directamente relacionada con las escasas posibilidades que tradicionalmente han tenido de recibir soporte judicial para el respeto de sus derechos y, finalmente, porque los destinatarios de sus propuestas son precisamente los jueces y juezas, quienes son los llamados a concretar en la práctica el derecho a una tutela jurídica efectiva. Debe igualmente resaltarse la perspectiva amplia con que se abordan las vías de acceso a la justicia, no limitadas a las opciones internas sino llamando a explotar intensamente las alternativas que hoy brinda el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Un manual de esta naturaleza sin duda constituye un aporte para continuar avanzado en la plena vigencia de los derechos humanos y en el proceso de transformación de la justicia.

*Juan Enrique Vargas Viancos
Decano, Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales*

Introducción

Hace más de 30 años algunas atentas voces alertaron sobre la utilización del sistema de justicia para beneficio de la recaudación de créditos y el pago de deudas. Eduardo Novoa Monreal, en 1970, afirmaba que “la justicia actúa al servicio de la clase dominante y que interpreta y aplica la ley con miras a favorecer a los grupos sociales que disfrutaban del régimen económico-social vigente, en desmedro de los trabajadores”¹. No faltaban razones para afirmar lo anterior. Durante las décadas del 70 y el 80, el trabajo del Poder Judicial se encontraba centrado en la decisión de causas ejecutivas de cobranzas de créditos, asuntos voluntarios, faltas menores y delitos contra la propiedad².

Con el tiempo, a las anteriores críticas se sumaron los fuertes cuestionamientos al comportamiento del Poder Judicial durante la dictadura de Pinochet, así como la más reciente, y fuertemente mediatizada, ola de inseguridad ciudadana³. Según afirman Correa y Jiménez, estas críticas llevaron al Poder Judicial y a las autoridades políticas a un punto de no retorno cuya frontera comenzaba en las reformas a la justicia⁴.

De los tres centros de crítica a la labor judicial (uso de la justicia para el retorno de los préstamos y cobro de deudas, violaciones a los derechos humanos y ola de inseguridad) sólo uno de ellos ha logrado captar la atención de los gobiernos democráticos – mismos que se propusieron como tarea la modernización global de la administración de justicia. Se trata de la reforma procesal penal, cuya justificación ha deambulado entre la dialéctica propia del derecho. De una parte, hay quienes han querido ver en ella una reforma con enfoque de derechos humanos, cuestión que, de alguna forma, se explica en el reconocimiento –hasta antes casi inexistente– de una serie de derechos y garantías para el imputado⁵.

De otra parte, sin embargo, se resalta la eficacia práctica de la persecución del crimen, la que no sería inocente. Ella se habría presentado como arreglo necesario para la consolidación del modelo neoliberal de mercado en Chile⁶, críticas y sospechas que se han replicado a nivel latinoamericano donde estas

1 Novoa Monreal, Eduardo, “Justicia de clase”, en: Novoa Monreal, Eduardo, *Nacionalización, derecho y propiedad (textos escogidos)*. Universidad Arcis, Santiago, 2006, pág. 211.

2 Correa, Jorge, y María Angélica Jiménez, *Sistema judicial y pobreza: estudio sobre el acceso a la justicia en Argentina, Chile, Perú y Venezuela*. Universidad Diego Portales, Santiago, 1997, pág. 23.

3 *Ibidem*, págs. 25-7.

4 *Ibidem*, pág. 28.

5 Banda, Alfonso, “Derechos fundamentales del imputado: en la actualidad y en el nuevo proceso penal”, en: *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, No. Especial, 1999, págs. 95-131.

6 Correa y Jiménez ya lo advertían en 1997, cuando afirmaban que la imagen exitosa del modelo económico chileno carecía de una respuesta judicial idónea. Así, en sus palabras, la reforma procesal penal es una forma de respuesta a las “exigencia[s] del desarrollo del modelo económico vigente”. Correa, Jorge, y María Angélica Jiménez, *Sistema judicial y pobreza...* pág. 28.

reformas se imponen como forma de asentamiento del proyecto neoliberal global⁷. Así, escribe César Rodríguez, las agencias internacionales no han escatimado en esfuerzos para gastar recursos en la promoción de modelos de justicia que fortalezcan las “instituciones que castigan los delitos y [...] garantizan el orden público”⁸.

En Chile las respuestas de las autoridades políticas de justicia parecen darle la razón a Rodríguez. En efecto, una vez que el debate sobre el hacinamiento y las condiciones precarias de los recintos penitenciarios estaba instalado en la agenda pública, el Estado chileno –a través de su, entonces, Ministro de Justicia, Carlos Maldonado– afirmaba que “tenemos un sistema de justicia muy eficaz... hay menos impunidad, hay menos delitos que quedan impunes, hay más delitos donde se encuentra al culpable y se dicta sentencia”⁹. Así, insistió, “el sistema de justicia penal actual resuelve ocho veces más casos que el sistema antiguo”, agregando que “en 1999, antes de la reforma procesal penal, se dictaron 35 mil sentencias condenatorias, en 2008 se dictaron 215 mil, evidentemente, eso también significa que hay mucha más gente cumpliendo condena y que hay menos impunidad”¹⁰. Las cárceles estaban (y están) copadas, porque nuestro sistema de perfección criminal era (y es) muy bueno controlando el delito.

A lo anterior debe sumarse la recientemente anunciada ola de reformas¹¹, así como otras que ya se han introducido por medio de la denominada “agenda corta antidelincuencia”¹², amén de las sentencias del Tribunal Constitucional (TC) que han buscado –según declaraciones de prensa de quien entonces oficiaba como Presidente del TC– equilibrar los derechos de la víctima¹³. Así, el TC ha señalado que el Ministerio Público no puede actuar discrecionalmente al decidir si formaliza, pese a texto expreso legal¹⁴, y que, sin perjuicio de las atribuciones exclusivas de las que goza el Ministerio Público para ordenar la apertura de un proceso penal, la víctima mantiene su rol activo penal para intervenir¹⁵.

¿Qué puede explicar la respuesta insuficiente que las otras dos preocupaciones (violaciones de derechos humanos y justicia de clase) permanezcan desoídas?

Si volvemos la mirada al funcionamiento práctico de nuestras instancias judiciales, advertiremos que las condiciones del funcionamiento que denunciara Novoa hace 30 años permanecen más o menos iguales. En efecto, la demanda por justicia civil ha aumentado en un 1.200% entre 1973 y 2004. Dicho aumento muestra, a 2003, que la mayoría de las causas civiles ingresadas y en actual tramitación corresponden a

7 Rodríguez Garavito, César, *La globalización del Estado de Derecho*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, pág. 18.

8 *Ibidem*, pág. 33.

9 Diario La Nación, “Sobrepoblación en cárceles se debe a justicia más efectiva”, Santiago, 3 de junio de 2009.

10 *Ibidem*.

11 Véase, Gobierno de Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Chile Seguro: Plan de Seguridad Pública 2010-2014*, Santiago, 2010, en especial págs. 35-49.

12 Ley 20.253 (D. Of. 14.03.2008).

13 Diario La Segunda, “TC dispara contra la reforma procesal penal: ‘Todo está estructurado para proteger los derechos del imputado y no de la víctima’”, Santiago, 10 de septiembre de 2008, pág. 4.

14 Tribunal Constitucional, Rol 815, 19 de agosto de 2008 (véase, art. 230 del Código Procesal Penal: “Oportunidad de la formalización de la investigación. El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúense los casos expresamente señalados en la ley”).

15 Tribunal Constitucional, Rol 1.337, 20 de agosto de 2009. Véase también la sentencia Rol 1.244, de 2 de junio de 2009. Agradezco al profesor Claudio Fuentes Maureira las referencias a las sentencias individualizadas.

procedimientos de ejecución de deudas o gestiones preparatorias destinadas a la cobranza judicial¹⁶. La idea sobre la urgencia de la reforma procesal civil o sobre la “grave situación que afecta a nuestro sistema judicial en materias civiles y comerciales”¹⁷, sin embargo, ha privilegiado principalmente la matriz de desarrollo económico de un modelo por sobre otras consideraciones – y que, como vimos, denunciara Rodríguez Garavito a propósito de la oleada de reformas procesales penales en la región. Por ejemplo, el sitio oficial del Ministerio de Justicia relativo a la reforma procesal civil señala como uno de los ejes de la misma un nuevo sistema que permita “un impulso potente a la vida económica nacional”¹⁸. El Centro de Estudios de Justicia de las Américas, por su parte, reconoce que el eje de acceso a la justicia no ha estado particularmente presente en las consideraciones de política, menos cuando se lo compara con los criterios de seguridad jurídica y funcionamiento (fortalecimiento) del sistema económico¹⁹.

Sobre lo segundo, esto es, sobre la preocupación relativa el acceso a la justicia para reparar violaciones de derechos humanos –y como se verá, en especial, en el capítulo 1 de este trabajo– nuestro sistema político y judicial ha venido funcionando sobre la base de una incorporación poco sistemática de dichas causas. Esto quiere decir que las instancias políticas y legislativas no han asumido con solvencia la creación e implementación de estructuras de acceso a la justicia para una adecuada investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos, y que las instancias judiciales ordinarias carecen del ánimo de incorporar nuevos criterios que busquen dar respuesta a esas violaciones.

Al final del día, las causas que reclaman una especial atención y una particular forma de análisis se conocen y deciden sobre la base de criterios tradicionales que tienden a invisibilizar justamente aquello que ha llamado la atención del sistema internacional de derechos humanos: la condición de vulnerabilidad de ciertos grupos sociales. En un contexto tal, no es de extrañar que las encuestas públicas sitúen al Poder Judicial dentro de las instituciones peor evaluadas. Recientemente, un consorcio de centros de estudio desarrolló una exploración en la que se preguntó con cuál de las siguientes afirmaciones se estaría más de acuerdo:

- a) En Chile la justicia funciona bien;
- b) La justicia no tiene los medios para cumplir su función;
- c) La justicia siempre favorece a los poderosos;
- d) Los tribunales son demasiado lentos.

Los encuestados estuvieron muy de acuerdo y de acuerdo en un 17% y 23% en relación a las afirmaciones a) y b), respectivamente. Para las afirmaciones siguientes, en cambio, el grado de acuerdo con la afirmación se elevó a 69% para c) y a 70% para d)²⁰.

¿Qué pueden hacer los jueces y juezas en este contexto?

Como advertiremos en este trabajo, un sistema respetuoso de los derechos humanos es uno que logra asegurar un acceso a la justicia para sus personas, tanto desde el punto de vista legislativo y administrativo

16 Mery, Rafael, “Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile”, en: Silva, José, y otros (eds.), *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente. Bases para el diseño de la reforma procesal civil*. Universidad Católica/Libertad y Desarrollo/Universidad Autónoma de Madrid, Santiago, 2006, págs. 99-109.

17 Silva, José, y otros, “Presentación de los editores”, en: Silva, José, y otros (eds.), *Justicia civil y comercial: una reforma pendiente...* pág. 7.

18 Véase <<http://web.minjusticia.cl/rpp/index.php>>, disponible a febrero de 2011.

19 Vargas, Juan Enrique (ed.), *Nueva justicia civil para Latinoamérica: aportes para la reforma*. CEJA, Santiago, 2007, págs. 89-91.

20 “Auditoría a la Democracia”, disponible en <<http://www.auditoriaalademocracia.org/default.php>>, a febrero de 2011.

–esto es, desde el punto de vista del diseño de las normas jurídicas– pasando por su aplicación e implementación por parte de jueces y juezas, y reparando en las condiciones de desigualdad estructural en que se asientan nuestras comunidades. Los recursos judiciales son efectivos e idóneos, entonces, cuando el diseño legislativo y administrativo va acompañado de una cierta actitud o disposición de parte de las instancias encargadas de su aplicación. En especial destacamos la necesidad de considerar las circunstancias específicas de ciertos grupos sociales en condición de vulnerabilidad y la necesidad de transitar de una aplicación irreflexiva de las disposiciones jurídicas –forma en que la Corte Suprema, por caso, se defendió de las críticas a comienzos de los 70²¹– a una aplicación sensible a las desigualdades fácticas con las que determinados grupos sociales llegan a reclamar por justicia.

El Estado de Chile se ha comprometido, soberanamente, a respetar, garantizar y promover los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados que se encuentran vigentes. Como, esperamos, quedará claro al final de la lectura de este trabajo, los estándares del derecho internacional de los derechos humanos no obligan únicamente a las autoridades políticas del Estado, sino a todos los órganos del Estado –según dispone el art. 5° de la Constitución– a respetar y promover los derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados y vigentes.

Todos esos elementos y enfoques están incorporados en el presente manual autoformativo, cuya metodología se basa en una indicación de los temas que se desarrollan en cada capítulo junto con un sumario, normas internacionales y nacionales analizadas y una referencia de la jurisprudencia internacional. Luego viene un desarrollo, tipo ensayo, de cada tema y, finalmente, se incorporan los ejercicios de autoevaluación, los cuales tienen al final las respuestas para que se pueda hacer la autocomprobación.

Como es la práctica y forma habitual de trabajo del Centro de Derechos Humanos, la elaboración de este manual no habría sido posible sin la colaboración, esfuerzo y dedicación desinteresada de un grupo importante de personas. Los capítulos primero, sobre relaciones entre derechos humanos y acceso a la justicia, y cuarto, sobre incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico chileno, fueron elaborados por la investigadora Diana Maquilón, Sylvana Cavada y Valentina Maturana, por su parte, redactaron el capítulo segundo, en que se aborda la doctrina, normas y jurisprudencia internacional sobre acceso a la justicia. Ellas mismas tuvieron a su cargo la redacción del capítulo octavo, en el que se explora el sistema interamericano de derechos humanos y sus principales notas jurisprudenciales con respecto a Chile. La profesora Macarena Vargas desarrolló los contenidos del capítulo tercero sobre acceso a la justicia y derechos humanos en Chile. Tábata Santelices trabajó en el capítulo sexto sobre acceso a la justicia para colectivos vulnerables, mientras que el profesor Juan Pablo González tuvo a su cargo el capítulo séptimo relativo a organismos internacionales y regionales sobre grupos en condición de vulnerabilidad y las revisiones del capítulo sexto. Finalmente, el capítulo quinto, sobre sistema nacional de protección de derechos humanos y control de constitucionalidad en Chile, fue elaborado por Domingo Lovera Parmo, quien, además, fue editor general de este manual.

De la misma forma queremos agradecer a los jueces, fiscales, defensores, relatores y demás operadores jurídicos que participaron del taller de validación de este manual. Las reflexiones, críticas y comentarios sobre este trabajo, sin duda, solo enriquecieron su versión definitiva.

*Domingo Lovera Parmo
Investigador, Centro de Derechos Humanos
Universidad Diego Portales
Santiago de Chile, septiembre de 2010*

21 Novoa Monreal, Eduardo, “Justicia de clase”... pág. 212.

§. 1

El derecho al acceso a la justicia

Objetivo

Este capítulo tiene por objeto señalar cómo el derecho de acceso a la justicia es necesario para garantizar el respeto y protección de los otros derechos humanos. Así mismo, se propone destacar el trascendental rol que desempeña el Estado al crear mecanismos de justicia efectivos que permitan a las personas, especialmente a los grupos en condición de vulnerabilidad, solicitar intervención estatal ante la violación o afectación de sus derechos. Por último, se resaltarán cómo un efectivo acceso a la justicia es parte integral de la existencia de un Estado de Derecho y constituye una garantía de todos los derechos humanos previstos tanto en la Constitución Política de la República de Chile como en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Tema

El derecho al acceso a la justicia

El capítulo tiene por objeto resaltar cómo un efectivo acceso a la justicia es parte integral de la existencia de un Estado de Derecho y constituye una garantía de todos los derechos humanos.

Sumario

1. El acceso a la justicia como derecho humano; 2. Estándares internacionales en materia de acceso a la justicia; 3. El acceso a la justicia y Estado de Derecho.

Normas internacionales relevantes

Arts. 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Normas nacionales relevantes

Artículos 1 inciso primero, cuarto y quinto, 6 inciso segundo, 19 No. 2 de la Constitución Política de la República de Chile.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No.72; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No.71; Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*,

sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127. Donde la Corte consagra el concepto de debido proceso.

Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No.71; Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52. Donde se define la imparcialidad que deben poseer los jueces al resolver un caso.

Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129. Sobre la importancia del derecho a asesoría letrada en el desarrollo de un proceso.

Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No.71. La Corte desarrolla el vínculo entre el ejercicio del poder sancionatorio del Estado y el derecho a un debido proceso.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125; Corte IDH, *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107; Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103; Corte IDH, *Caso Myrna Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101; Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia 7 de junio de 2003, Serie C No. 99; Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33. La Corte, señala las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 01 de marzo de 2005, Serie C No. 120; Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C No.117; Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109. La Corte señala cómo la garantía de un recurso efectivo constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho en una sociedad democrática.

—oOo—

Ejercicio:

Ingresa a la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (<http://www.corteidh.or.cr>) e identifique, por medio del mapa de país, los casos que ese tribunal regional ha resuelto contra Chile. Al inicio de cada sentencia hay un resumen de los hechos de cada caso. En cuál o cuáles de esos casos se abordan los siguientes temas:

- A. Se ordena la reforma de la Constitución Política de Chile.
- B. El tema principal gira alrededor del derecho al acceso a la información y a la libertad de expresión (dos casos).
- C. Es una sentencia referente regional sobre la justicia transicional y el derecho a la verdad.

—oOo—

1. Introducción

El acceso a la justicia es un tema que ha ocupado un rol central a nivel internacional debido a que constituye un eje que otorga garantías de operatividad a los derechos humanos en general. El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha desarrollado un conjunto de estándares en materia de acceso a la justicia. En los últimos años se ha destacado que el acceso a la justicia es de trascendental importancia para garantizar un efectivo disfrute de los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos internacionales. En este sentido, se ha definido el acceso a la justicia

...como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular. Es decir, que por este principio podemos entender la acción, ante una controversia o la necesidad de esclarecimiento de un hecho, de poder acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución. Tanto a nivel nacional como internacional este término ha sido últimamente visto como un equivalente al mejoramiento de la administración de justicia, siendo éste una forma de ejecución de dicho principio¹.

En materia de acceso a la justicia los Estados tienen el deber de garantizar² la existencia de recursos judiciales, y de otra índole, que permitan a las personas reclamar la protección judicial cuando han sido vulnerados sus derechos fundamentales. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado que

...la obligación de los Estados no es sólo negativa –de no impedir el acceso a esos recursos– sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia³.

El acceso a la justicia adquiere un gran valor como garantía de protección para aquellos grupos que siempre se han visto excluidos o discriminados en la sociedad. El derecho de acceso a la justicia posee un carácter instrumental que se traduce en una función social, dado que contar con mecanismos de solución de conflictos que cumplan con los estándares del debido proceso resulta en una solución que permite alcanzar la paz social, evitando así la autotutela o la búsqueda de justicia por propia mano. La Corte IDH ha destacado la importante relación entre el principio de igualdad y el derecho de acceso a la justicia, afirmando que

...la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados [...], al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio

1 Ventura Robles, Manuel E., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la justicia e impunidad”, ponencia presentada el 10 de agosto de 2005 en el Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

2 El artículo 1.1 de la CADH establece las obligaciones generales de respetar y garantizar. Respecto a la obligación de garantizar la Corte IDH señaló, en el primer caso sometido a su competencia: “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 167.

3 CIDH, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, aprobado por la Comisión el 7 de septiembre de 2007, OEA Documentos Oficiales. OEA/Ser.L/V/II, párr. 1.

debe garantizarse sin discriminación alguna. Este Tribunal ha indicado que en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio⁴.

En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado

...el derecho a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y a un juicio imparcial es un elemento fundamental de la protección de los derechos humanos y sirve de medio procesal para salvaguardar el imperio de la ley⁵.

En sociedades marcadas por la desigualdad, como la chilena⁶, el asegurar un efectivo acceso a la justicia a todas las personas es muy relevante y permite cumplir con las obligaciones contraídas a nivel internacional. Con el objeto de conferir ese ámbito de protección a todas las personas, el sistema internacional de los derechos humanos, al igual que la mayoría de los ordenamientos jurídicos nacionales, se estructura sobre la base del principio de igualdad y no discriminación⁷. El Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la accesibilidad a ciertos mecanismos judiciales que permitan la tutela de los derechos humanos y hacer así operativo el derecho de acceso a la justicia. Para ello debe asumir las desigualdades económicas y sociales que pueden enfrentar ciertos grupos al momento de hacer visibles las afectaciones que experimentan. La idea anterior tiene relación directa con la igualdad que debe existir entre las partes de un proceso. En efecto, el Estado debe asegurar la igualdad entre los justiciables⁸.

En definitiva, el derecho de acceso a la justicia como derecho humano tiene por objeto garantizar la asistencia judicial a todas las personas, así como asegurar la igualdad de las partes en el desarrollo de un determinado proceso. El derecho de acceso a la justicia no sólo implica el acceso a un proceso sino también la posibilidad de que las personas accedan al conocimiento jurídico mínimo para comprender el sentido y alcance de sus derechos humanos en el desarrollo de un litigio.

2. El acceso a la justicia como derecho humano

Desde la perspectiva del DIDH, una de las obligaciones principales de los Estados es asegurar el respeto de los derechos humanos de todas las personas. Sin embargo, en la práctica nos enfrentamos diariamente a distintas violaciones a estos derechos, realidad ante la cual los Estados asumen la obligación de brindar y desarrollar una institucionalidad que garantice la administración de justicia eficiente a todas las personas. El aparato estatal debe ser capaz de investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. El hecho de contar con mecanismos para alegar violaciones a los derechos humanos no implica que toda reclamación deba ser acogida favorablemente, sino que el

4 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 83.

5 Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 32, *El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, 23 de agosto de 2007, CCPR/C/CG/32, párr. 2.

6 De acuerdo al Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad*, de los quince países más desiguales del mundo, diez son de América Latina. Entre ellos se encuentra Chile.

7 En el caso de Chile, el principio de igualdad se encuentra reconocido en diversos preceptos de nuestra Constitución Política de la República. Siguiendo al profesor Rodolfo Figueroa, el principio de igualdad se encuentra consagrado en los artículos 1 inciso primero, cuarto y quinto; 6 inciso segundo; 15; 18; 19 Nos. 2, 3, 6, 7, 9, 12, 15 inciso quinto, 16 inciso segundo y 20.

8 La Corte IDH ha afirmado que “el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su estatus migratorio”, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*... párr. 121.

Estado pueda asegurar que las denuncias sean conocidas en cumplimiento del debido proceso. Es decir, toda persona tiene derecho a un procedimiento de denuncia acorde al debido proceso, que no sólo es una garantía para las víctimas sino también para los demandados e imputados. Es el Estado quien, a través de su aparato institucional, ejerce el poder sancionatorio frente a violaciones a los derechos fundamentales de sus habitantes. Sin embargo, el ejercicio de dicho poder punitivo no es ilimitado y, por lo tanto, la actividad estatal de impartir justicia debe sujetarse a ciertos estándares que aseguren el desarrollo de ese debido proceso.

Diversos instrumentos internacionales reconocen y consagran el acceso a la justicia, siendo los principales:

- Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 8 y 10;
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVIII;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en sus artículos 2, 3 y 15;
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículos 8 y 25, y
- Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 6.

En sus artículos 8 y 25 la CADH señala:

Artículo 8. Garantías judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

- g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 25. Protección judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Se ha entendido el derecho de acceso a la justicia como un derecho que emana de los artículos 8 y 25 de la CADH. Dichos artículos establecen un mandato para los Estados de crear una institucionalidad en aras de mantener mecanismos de protección de los derechos humanos en el derecho interno. Los mecanismos, tanto judiciales como administrativos, son determinantes para el reforzamiento de los derechos humanos y a la vez constituyen un refuerzo para la justicia constitucional. Además de establecer el derecho de acceso a la justicia, los artículos en análisis consagran derechos específicos que deben ser respetados en el desarrollo de los procesos judiciales y administrativos. Destacan el derecho a un debido proceso, el derecho a un plazo razonable, el derecho a un juez imparcial y el derecho a contar con un recurso efectivo, que en su conjunto constituyen elementos determinantes para un acceso efectivo a la justicia.

A continuación analizaremos brevemente ciertos estándares establecidos en la Corte en virtud de cada uno de los derechos señalados.

La Corte IDH ha definido el debido proceso señalando que

...el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁹.

⁹ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* párr. 123. En igual sentido en el *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No.72, párr. 124; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 102; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No.71, párr. 69.

La Corte IDH ha señalado que las garantías del debido proceso no solo deben contemplarse a lo largo del desarrollo de los procesos penales sino también en los procesos de carácter administrativo, y en tal sentido afirma que

De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento que se trate, el derecho al debido proceso¹⁰.

En aquellos casos en que las personas acceden a tribunales pero éstos no cumplen con el derecho a un debido proceso, el hecho de administrar justicia constituye en sí mismo una violación a los derechos humanos. Esto tiene relación directa con las obligaciones que asumen las juezas y los jueces como operadores de justicia, pues sobre ellos recae el deber de administrar justicia conforme a los estándares del debido proceso. En este sentido,

...los jueces tienen el deber de cumplir y hacer cumplir el principio del debido proceso, constituyéndose en garantes de los derechos de las partes y, en particular, velando por dispensarles un trato igual que evite cualquier desequilibrio motivado por la diferencia de condiciones materiales entre ellas y, en general, toda situación de indefensión¹¹.

El artículo 8 de la CADH consagra también el derecho a un juez natural que cumpla con las características de independencia e imparcialidad. Al respecto la Corte IDH ha sostenido que el debido proceso

...implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del Estado de excepción¹².

También ha afirmado que

...toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y resolución del caso que se le somete¹³.

En definitiva, todas las personas tienen derecho de acceder a un juez que cumpla con las características esenciales que aseguren un resultado justo al momento de determinar si efectivamente existió una vulneración a los derechos humanos.

Además del importante rol que desempeñan los jueces, cabe destacar la participación de las y los abogados en los procesos. Toda persona, sin importar su condición socioeconómica, debe tener acceso a una asesoría jurídica profesional. En cuanto a la asistencia letrada privada o estatal en el marco de un proceso judicial, la Corte IDH ha señalado que

El principio décimo séptimo del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de las Naciones Unidas, afirma que:

10 Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127, párr. 148.

11 Artículo 39 del Estatuto del Juez Iberoamericano, adoptado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001. Disponible en: <http://www.poderjudicial.cl/PDF/Home/Destacados/cumbre/cumbre_judicial_4.pdf>, a febrero de 2011.

12 Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 144; *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 131.

13 Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 169; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 112; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 77; *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52 párrs. 130-131.

1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.
2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo¹⁴.

Si bien se hace referencia a un grupo específico de titulares del derecho a asistencia jurídica adecuada –las personas privadas de libertad–, la garantía de contar con asesoría legal es transversal y debe cumplirse en todo tipo de procedimiento. Cabe destacar que la falta de recursos económicos no puede ser un obstáculo para contar con una efectiva asesoría jurídica. La Corte IDH ha sostenido que

...en el auto cabeza del proceso que declaró abierta la etapa de sumario [...] el Juez designó un abogado de oficio para [la presunta víctima] y los otros sindicados. Ese abogado no visitó a la presunta víctima ni intervino en su defensa. Si bien [aquél] logró comunicarse posteriormente con un abogado particular, no pudo contratar sus servicios por falta de recursos económicos. Esta situación hizo que durante el primer mes de detención no contara con asistencia de un abogado [...], lo que le impidió disponer de una defensa adecuada. Esta situación significó la violación del artículo 8.2 e) en perjuicio de la víctima¹⁵.

En definitiva, no puede verse vulnerado el derecho a una efectiva defensa personal por falta de recursos económicos.

Al momento de administrar justicia un Estado también ejerce su poder sancionatorio. Este reconoce límites, y en tal sentido la Corte IDH ha expresado que

...el respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viola los derechos reconocidos por la Convención. **Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentren sujetas a su jurisdicción**, bajo las exigencias establecidas por la Convención¹⁶.

Al referirse al acceso a recursos procesales, la Corte desarrolla la idea del respeto a garantías efectivas indicando que “[p]ara que en un proceso existan verdaderas garantías judiciales [o procesales], es preciso que en él se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”¹⁷, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial”¹⁸.

14 Corte IDH, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párr. 122; ONU, Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, adoptados por la Asamblea General en Resolución AG 43/173 de 9 de diciembre de 1988, Principio 17.

15 Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No.114, párr.194.

16 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No.71, párr. 68.

17 En igual sentido, Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva de 14 de julio de 1989, OC-10/89, Serie A No. 10, párr. 25; Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva de 6 de octubre de 1987, OC-9/87, Serie A No.9, párr. 25; Corte IDH, *El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts.27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva de 30 de enero de 1987, OC-8/87, Serie A No.8, párr. 25.

18 Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párr. 108; Corte IDH, *Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 132; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 147; Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 118; Corte IDH, *Caso*

El artículo 25 de la CADH consagra la obligación para los Estados de suministrar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos de los recursos necesarios para alegar la afectación de sus derechos fundamentales. Desde sus primeras sentencias contenciosas¹⁹, la Corte IDH ha señalado que para cumplir con la garantía establecida en el artículo 25 no basta con la sola existencia formal de recursos, sino que éstos deben cumplir con dos características: ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida. En efecto, toda medida que dificulte o impida la utilización del recurso contemplado de manera formal constituye una violación del derecho del acceso a la justicia.

Respecto a las características que debe poseer un recurso para garantizar efectivamente la tutela judicial, la Corte IDH ha establecido:

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias²⁰.

Con relación a la segunda característica, se estableció que un recurso es eficaz cuando “es capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”²¹. En consecuencia, la obligación del Estado de contar con recursos procesales para reclamar ante la afectación de los derechos no puede traducirse en la existencia sólo de recursos formales que no tengan efectos prácticos. Los Estados deben avanzar desde un reconocimiento formal de los derechos –entre ellos el derecho de acceso a la justicia– a asegurar un disfrute real y efectivo de todos los derechos humanos.

3. Estándares internacionales en materia de acceso a la justicia

Además de las normas ya citadas y explicadas, en el marco del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos (SIDH) la CIDH ha elaborado diversos estudios en los cuales aborda el derecho a contar con recursos judiciales como un elemento clave para un efectivo respeto de los derechos humanos. Entre de los informes realizados destacan *El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las América* y *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

En el primero de estos informes se señala

...el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se basa en la premisa de que **el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos**. En este sentido, los instrumentos de protección de derechos humanos vinculantes, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Belém do Pará, afirman el derecho de las mujeres de acceder a una protección judicial que cuente con adecuadas garantías frente a actos de violencia. En dicho marco, los Estados tienen la

Myrna Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párr. 202; Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C No. 99, párr.124; Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 147; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párr. 62; Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva de 1 de octubre de 1999, OC-16/99, Serie A No.16, párr. 118; en igual sentido, Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencias (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva de 6 de octubre de 1987, OC-9/97, Serie A No.9, párr. 28.

19 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No.4; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5.

20 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 64.

21 *Ibidem*, párr. 66.

obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos. **El deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a una disponibilidad formal** sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas²².

En el informe se analizan las fallas estructurales que presentan los sistemas de justicia al enfrentar violaciones específicas de un grupo vulnerable: las mujeres. Si bien la CIDH destaca la existencia de un reconocimiento formal y jurídico del problema de la violencia contra la mujer, indica que a pesar de tal reconocimiento “existe una gran brecha entre la incidencia y gravedad del problema y la calidad de la respuesta judicial ofrecida”²³. Algunas conclusiones y recomendaciones señaladas en este informe van especialmente orientadas a las instancias de administración de justicia. Así, se indica dentro de las principales recomendaciones:

1. Crear instancias y recursos judiciales idóneos y efectivos en zonas rurales, marginadas y en desventaja económica, con el objeto de garantizar que todas las mujeres tengan un acceso pleno a una tutela judicial efectiva ante actos de violencia.
2. Incrementar el número de abogados de oficio disponibles para mujeres víctimas de violencia y discriminación²⁴.

En el segundo informe, se desarrollan estándares sobre el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), se identifican conceptos muy relevantes que trascienden en su aplicación a los DESC y deben considerarse comprendidos en el desarrollo del derecho de acceso a la justicia en general. En concordancia con lo señalado en la introducción de este capítulo, el principio de igualdad y no discriminación se encuentra en estrecha relación con el acceso a la justicia. Específicamente, la CIDH aborda el tema de la igualdad de oportunidades en el acceso a la justicia y su relación con el derecho a un debido proceso indicando

...el SIDH ha identificado un principio de igualdad de armas como parte integrante del debido proceso legal, y ha comenzado a delinear estándares con miras a su respeto y garantía. Este principio es sumamente relevante, por cuanto el tipo de relaciones reguladas por los derechos sociales suelen presentar y presuponer condiciones de desigualdad entre las partes de un conflicto –trabajadores y empleadores–, o entre el beneficiario de un servicio social y el Estado prestador del servicio. Esa desigualdad suele traducirse en desventajas en el marco de los procedimientos judiciales²⁵.

El informe en cuestión centró su estudio en cuatro temas principales: 1) la existencia de obstáculos económicos para ejercer el derecho de acceso a la justicia, y el deber del Estado de remover tales obstáculos; 2) los elementos que componen el derecho a un debido proceso ante entes administrativos; 3) los elementos que integran el derecho a un debido proceso en caso de procesos que buscan la tutela de derechos sociales; y, 4) los componentes para la existencia de una tutela judicial efectiva de los derechos sociales, individuales y colectivos.

Cuando hablamos de acceso a la justicia, uno de los principales aspectos a considerar es la existencia de obstáculos de tipo económico que impidan en la práctica que los tribunales de justicia se encuentren a un real alcance de todas las personas. Lo anterior guarda relación directa con el derecho a una defensa

22 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 4.

23 *Ibidem*, párr. 6.

24 *Ibidem*, Recomendaciones específicas, Instancias de la administración de la justicia No.1 y 2.

25 CIDH, “El Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, aprobado por la Comisión el 7 de septiembre de 2007, OEA Documentos Oficiales, OEA/Ser.L/V/II, párr. 19.

adecuada y con la posibilidad de acceder a ella en forma gratuita. Con relación a este derecho, a nivel del SIDH tanto la Corte IDH como la CIDH han afirmado la obligación que asumen los Estados de contar con servicios de asistencia jurídica gratuita. En el caso de Chile, dicha obligación viene a ser satisfecha por el rol desempeñado por la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ). Sin embargo, cabe señalar que los servicios brindados por la CAJ han sido objeto de diversos análisis que han señalado la existencia de un actuar defectuoso de la organización para brindar asesoría jurídica a las personas de escasos recursos. En este sentido, se ha subrayado que la CAJ cuenta con un presupuesto deficiente y una estructura institucional fundada en la figura de los estudiantes egresados de derecho que realizan su práctica profesional en la institución. Es preocupante la situación de la CAJ, en la medida que presenta problemas de profesionalización, cobertura, financiamiento y gestión, cuestiones que inciden en la calidad y continuidad de los servicios entregados a las personas que acuden a ella²⁶.

4. El acceso a la justicia y el Estado de Derecho

La Corte IDH ha desatacado que la garantía consagrada en el artículo 25 de la CADH (derecho a un recurso efectivo) es uno de los cimientos para la observancia del Estado de Derecho. El Estado de Derecho consiste en una garantía de institucionalidad de un Estado, donde los poderes, las competencias y su ejercicio se encuentran limitados, existiendo claridad sobre los espacios de actuación que posee cada uno de los órganos que componen el Estado. En el mismo sentido, la Corte IDH ha destacado que la garantía de un recurso efectivo no solo resguarda a la persona directamente involucrada en el proceso judicial sino también a sus familiares. Según palabras de la Corte IDH

La garantía de un recurso efectivo [entre los que se destaca el habeas corpus] constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención. Esta garantía de protección de los derechos de los individuos no sólo supone el resguardo directo a la persona presuntamente vulnerada sino, además, a los familiares, quienes por los acontecimientos y circunstancias particulares del caso, son quienes ejercen la reclamación en el orden interno²⁷.

Por último, cabe resaltar la posición del profesor Víctor Abramovich²⁸, quien destaca un vínculo entre el acceso a la justicia y nuevas formas de participación política señalando que

...la debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios de mediación social y política, han contribuido a trasladar a la esfera judicial conflictos colectivos que eran dirimidos en otros ámbitos o espacios públicos o sociales, lo que en ocasiones ha reeditado la vieja polémica sobre los márgenes de actuación de las instancias judiciales con relación a las instancias políticas.

Siguiendo el razonamiento del autor, adquiere aún mayor relevancia el asegurar un efectivo acceso a la justicia a todas las personas, dado que las instancias judiciales en la actualidad representan un espacio integral para el efectivo ejercicio de los derechos. En definitiva, el acceso a la jurisdicción tiene una dimensión instrumental indispensable para otorgar operatividad a ciertos derechos políticos y civiles

26 Para mayor información y análisis del rol de la CAJ, ver “Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2008”, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales.

27 Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 75; Corte IDH, *Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, sentencia de 22 de noviembre de 2004, Serie C No. 117, párr. 78 y 82.f); Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109, párr. 193.

28 Abramovich, Víctor, “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en: *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, págs. 9-33.

que, hoy por hoy, en el campo político y legislativo, no logran posicionarse de manera adecuada y concordante a las necesidades de la sociedad actual.

5. Conclusiones

Podemos afirmar que existe un reconocimiento a nivel internacional del derecho de acceso a la justicia. Éste se desprende de las garantías que implican el derecho a un debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho de acceso a la justicia se ha posicionado como un derecho determinante para otorgar real operatividad al conjunto de derechos humanos, tanto a nivel internacional como nacional. Es en el proceso de administración de justicia donde se establece la real vigencia de los derechos humanos en las sociedades actuales. Al conocer y resolver los casos, las y los jueces y operadores de justicia demuestran si los derechos y libertades consagrados en el orden normativo interno y en los diversos instrumentos internacionales, tienen o no una real aplicación.

Tanto el Poder Legislativo como el Poder Judicial tienen responsabilidades para asegurar una real vigencia del derecho de acceso a la justicia. Por una parte, las y los legisladores asumen la obligación de crear y establecer acciones judiciales adecuadas. Por otra, el Poder Judicial y todos los operadores de justicia tienen el deber de aplicar criterios interpretativos concordantes con la normativa internacional en el desarrollo de los procesos judiciales sometidos a su conocimiento, especialmente en los que se alega la afectación de derechos reconocidos en tratados internacionales. Todo lo anterior es determinante para asegurar la efectiva implementación de la administración de justicia a nivel nacional y así asegurar a todas las personas el acceso a la justicia, especialmente a grupos en situación de vulnerabilidad.

§. 2

Acceso a la justicia:

Normas, doctrina y jurisprudencia internacional

Objetivo

El presente capítulo busca entender las normas establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en materia de acceso a la justicia, así como la jurisprudencia que ha sentado al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Específicamente se busca preparar al lector y lectora para conocer la dimensión del derecho al acceso a la justicia, cómo se ha de aplicar y cómo se ha de entender, para poder tener un mayor conocimiento y una correcta aplicación de los mandatos internacionales a los cuales se ha obligado Chile y, por tanto, todos los órganos que a él pertenecen. Para ello, este capítulo se divide en cuatro secciones. En la primera se hará un análisis sobre los estándares internacionales sobre el acceso a la justicia; en la segunda se tratará al debido proceso como una de las expresiones del derecho al acceso a la justicia; como tercer punto se aborda la obligación de los Estados de remover los obstáculos económicos para que las personas puedan tener un efectivo acceso a la justicia y, finalmente, se abordará la protección judicial y su relación con el acceso a la justicia.

Tema

Acceso a la justicia: normas, doctrina y jurisprudencia internacional

Sumario

1. El acceso a la justicia a la luz del derecho internacional; 2. El debido proceso legal como expresión del acceso a la justicia. Principales derechos y garantías sobre el debido proceso establecidas en el artículo 8; 2.1 Plazo razonable; 2.2 Motivación de las sentencias; 2.3 El principio de igualdad de armas; 3. El acceso a la justicia y la obligación de remover obstáculos económicos; 3.1 Obligación de proveer sistemas de asistencia gratuita; 3.2 Los costos del proceso, la localización de los tribunales y el derecho a acceder a la justicia; 3.3 Situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia; 4. Protección judicial y acceso a la justicia; 4.1 Consagración del derecho a la tutela efectiva en la Convención Americana; a. La obligación de proveer recursos sencillos rápidos, y efectivos; (i) plano normativo; (ii) plano empírico; b. El derecho a un recurso judicial efectivo y el desarrollo de mecanismos adecuados de ejecución de sentencias.

Normas internacionales relevantes

Art. 1.1, 2, 7.5, 8, 25, 29 y 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Normas nacionales relevantes

Art.76 de la Constitución Política de la República de Chile; art. 50 número 2 del Código Orgánico de Tribunales.

Jurisprudencia citada

Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988. Primera jurisprudencia de la Corte donde establece las obligaciones estatales de los Estados Parte en la Convención Americana.

Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001. Sobre la necesidad de que los recursos judiciales existentes sean idóneos.

Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia de 20 de noviembre de 2002. Sobre la consagración del derecho de acceso a la justicia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), *Caso Osman vs. United Kingdom*, sentencia de 28 de octubre de 1998 y Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia de 20 de noviembre de 2002. Sobre los límites del derecho de acceso a la justicia.

Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006. Sobre la obligación estatal de no dejar en impunidad los actos constitutivos de violaciones a derechos humanos y la obligación de perseguir a los responsables.

Comisión EDH, *Caso Huber vs. Austria*, sentencia de 8 de febrero de 1973. Sobre la consagración de criterios para el establecimiento del plazo razonable.

Corte EDH, *Caso Foti vs Italia*, sentencia de 10 de diciembre de 1982. Primer caso con aplicación de los estándares sobre plazo razonable en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Corte IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997. Primer caso en el Sistema Interamericano donde la Corte IDH trabaja sobre los criterios de plazo razonable elaborados por la Corte Europea.

Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008. La Corte IDH agrega un cuarto elemento a los criterios de plazo razonable, el **componente social**.

Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009. Sobre la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

Corte EDH, *Caso Higgins y otros vs. Francia*, sentencia de 19 de febrero de 1998. Sobre la necesidad de exponer las razones que un Tribunal considera para fallar y sobre la evaluación de cumplimiento de este requisito, que debe analizarse caso a caso según el tema en cuestión.

Corte EDH, *Caso Suominen vs. Finlandia*, sentencia de 1 de julio de 2003. Sobre la referencia de la Corte Europea a la obligación de fundamentar las decisiones judiciales.

Corte EDH, *Caso Yiarenios vs. Grecia*, sentencia de 10 de octubre de 2002. Establece que la ausencia de justificación puede llevar a una violación del art. 6 del Convenio Europeo.

Corte IDH, *Caso Escher y otros vs. Brasil*, sentencia de 6 de julio de 2009. Sobre la necesidad de fundamentar en las decisiones que han sido tomadas sin la presencia de la contraparte.

Corte IDH, *Caso Comunidad Awás Twigni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001. Sobre el procedimiento que debe anteceder a una decisión judicial.

- Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A. No. 16. Sobre el derecho a la igualdad de armas en relación con los estándares básicos en materia de debido proceso.
- Corte EDH, *Caso Kaufman vs. Bélgica*, sentencia de 1972 y *Caso Bendenoun vs. Francia*, sentencia de 24 de febrero de 1994. Sobre el derecho a la igualdad de armas.
- Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002. Sobre los costos en el acceso a la justicia.
- Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Sobre la necesidad de contar con recursos económicos en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia.
- Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001. Con respecto a la **idoneidad** de un recurso en el ordenamiento interno,
- Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988. Sobre la necesidad de **eficacia** de un recurso.
- Corte IDH, *Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000. Sobre las características de un recurso existente en el ordenamiento interno.
- Corte IDH, *Caso Panel Blanca vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998. Sobre la necesidad de **efectividad** de un recurso.
- Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000. Se refiere a las características de un recurso **rápido y sencillo**.
- Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988. Sobre la necesidad de utilidad de un recurso que sea conducente al fin por el cual se concibió.
- Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001. Sobre los recursos considerados ilusorios por no ser efectivos debido al contexto en que fueron interpuestos.
- Corte IDH, *Caso Niños de la Calle vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Con respecto a la necesidad de que un recurso exista normativamente pero que además sea efectivo en la práctica.
- Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, sentencia de 7 de febrero de 2006. Sobre la necesidad de asegurar la eficacia y cumplimiento de las decisiones judiciales como expresión del derecho a la protección judicial.
- CIDH, Informe de Fondo No. 110/00, Caso 11.800, *César Cabrejos Bermuy*, Perú, 4 de diciembre de 2000. Sobre la obligación estatal de dar cumplimiento a las decisiones de recursos acogidos

Documentos citados

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), “Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 7 de septiembre de 2007. Sobre la remoción de obstáculos económicos en el acceso a la justicia. Sobre las obligaciones estatales, tanto positivas como negativas, de respetar los derechos.

CIDH, “Segundo informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias en el Hemisferio”, 2000. Sobre la aplicación de las garantías judiciales a distintos procedimientos o materias.

Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b de la Convención Americana), opinión consultiva OC 11-90, 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11. Sobre la necesidad de remover obstáculos que impidan agotar los recursos internos.

CIDH, *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, OEA/Ser. L/V/II.96, 22 de octubre de 2002. Criterios establecidos por la Corte IDH para otorgar asistencia jurídica gratuita.

1. El acceso a la justicia a la luz del derecho internacional

La CADH establece obligaciones para los Estados que la ratifican que se encuentran en los artículos 1.1 y 2. Se trata de los deberes de **respeto** y **garantía** de los derechos y, en tanto Estado parte de dicho instrumento internacional, Chile no está excluido de su cumplimiento.

La obligación de respetar “exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos en la Convención”¹. La obligación de garantizar exige al Estado “emprender las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes en el territorio del Estado o sujetos a la jurisdicción del Estado estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos”². En este sentido, ambas configuran una obligación básica en materia de protección de los derechos humanos: de un lado se constituye una obligación negativa, un deber de abstención de violar los derechos de las personas; del otro, una obligación positiva que implica emprender acciones para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas.

Desde su primera jurisprudencia³, la Corte IDH ha desarrollado ambas obligaciones señalando que los Estados parte deben

...organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar, y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [Americana] y procurar el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁴.

Además, esto “no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁵. En este orden de ideas, el acceso a la justicia surge como un derecho, pero también como instrumento para el ejercicio de otros derechos.

En las siguientes líneas abordaremos las acciones que el Estado debe emprender para garantizarlo, pero es preciso realizar una aclaración previa: este derecho como tal no encuentra consagración literal o expresa en el texto de la Convención Americana. Sin embargo, se entiende incluido en el primer

1 Medina, Cecilia, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en: Medina, Cecilia, y Jorge Mera (eds.), *Cuadernos de Análisis Jurídico No. 6: Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pág. 43.

2 *Ibidem*, pág. 43.

3 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

4 *Ibidem*, párr. 166.

5 *Ibidem*, párr. 167.

párrafo de su artículo 8 y también se desprende de la interpretación de un conjunto de normas de la propia Convención. En este sentido, se deduce de los artículos 1.1, sobre el deber de respeto y garantía de los derechos; 24, sobre igualdad ante la ley; de las normas de interpretación de la propia Convención en el artículo 29, y del *ius standi* ante los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), consagrado en el artículo 44⁶.

La Corte IDH desprende este derecho tanto del art. 8.1 sobre garantías judiciales como del art. 25 sobre protección judicial. El primero de estos preceptos dispone que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter⁷.

Por su parte, el art. 25 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Al analizar los artículos citados, la Corte IDH ha señalado que establecen la “obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción un **recurso judicial efectivo** contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”⁸. Así mismo, en términos similares indica que para que un recurso judicial efectivo exista

...no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla⁹.

Con respecto al art. 8.1., la Corte IDH ha señalado que

...esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado art. 8.1 de la Convención¹⁰.

Que los Estados no deban imponer trabas al goce del derecho de acceso a la justicia no quiere decir que éste carezca de límites. Al respecto, la Corte IDH –siguiendo la postura de la Corte Europea¹¹– ha señalado que

6 Cf. Yáñez, Arturo, “El acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en: Comisión Andina de Juristas, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los países andinos*. Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung, Lima, 2006, págs. 202-5.

7 Más adelante trataremos las principales garantías específicas que emanan de este artículo.

8 Ventura, Manuel, *Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), 5-7 de septiembre de 2005, párr. 52.

9 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 136.

10 Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia de 20 de noviembre de 2002, Serie C. No. 97, párr. 50.

11 Corte EDH, *Caso Osman vs. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1998, párr. 147, 148 y 152.

...si bien no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que éstas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho¹².

Como se ha indicado, el mismo SIDH ha establecido las pautas conforme a las cuales debe evaluarse si las restricciones son legítimas o no. Para que las restricciones a los derechos consagrados en la CADH sean legítimas, éstas deben ser “proporcionada[s] al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”¹³. Lo anterior supone que la restricción debe ser: (i) **conducente**, es decir, que permita alcanzar el fin que persigue; (ii) **proporcional**, lo que significa que la medida de restricción debe ser “estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido” en el contexto de una sociedad democrática, y (iii) **necesaria**, esto es, que no exista otra alternativa más que la restricción del derecho para alcanzar el objetivo legítimo¹⁴. En resumen, para el Sistema es relevante insistir en que no cualquier restricción a los derechos es aceptable en el marco de los estándares. Para los casos en que se limiten o restrinjan derechos, además, el SIDH estará presto a aplicar un escrutinio estricto de la medida y los Estados, por consiguiente, obligados a justificar fuertemente la medida¹⁵.

Finalmente, la propia Corte IDH ha precisado la naturaleza jurídica del derecho de acceso a la justicia, señalando que

...constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar a los responsables, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo¹⁶.

Autoevaluación:

Marque Falso (F) ó Verdadero (V)

1. El Estado chileno sólo tiene obligaciones negativas en materia de derechos humanos. ____
2. De acuerdo a los estándares analizados, la obligación de “garantizar” los derechos humanos establecidos en la Convención Americana es, para el Estado, una “obligación de resultados”. ____
3. La primera vez que la Corte IDH conoció sobre el acceso a la justicia fue en el caso Velázquez Rodríguez. ____

12 Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*... párr. 54.

13 Medina, Cecilia, y Claudio Nash, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2007, pág. 35.

14 *Ibídem*

15 CIDH, “Informe Anual 2002: Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio Sur”, OEA/Ser.L/VII.117, Doc. 1 rev. 1, 7 de marzo de 2003, párr. 89. (“La Comisión entiende que las distinciones basadas en los factores mencionados explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos están sujetas a un grado de escrutinio especialmente estricto en virtud de lo cual los Estados, a fin de que dichas distinciones no sean consideradas discriminatorias, deben demostrar un interés particularmente importante o una necesidad social imperiosa y una estricta justificación de la distinción, a la par de demostrar que la medida utilizada es la menos restrictiva posible. En todo caso, la Comisión sostiene que cualquier distinción basada en uno de los supuestos mencionados en el artículo 1 de la Convención tiene una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado”).

16 Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 131.

4. Toda medida que imponga costos para acceder a la justicia en Chile resulta contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ____
5. Agotado el Recurso de Protección en Chile, una persona puede acudir como peticionario al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ____
6. Según se expuso, al amparo de la Convención los criterios conforme a los cuales una restricción de derechos es legítima, son:
 - (a) _____
 - (b) _____
 - (c) _____

Respuestas

1. F
2. F
3. F
4. F
5. F
6. (a) conducente (b) proporcional (c) necesaria.

2. El debido proceso legal como expresión del acceso a la justicia

El derecho internacional de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de derechos fundamentales (o de aquellos consagrados en los instrumentos de derecho internacional, ratificados por Chile y vigentes)¹⁷. En este sentido, la obligación de los Estados no es sólo negativa –de no impedir el acceso a esos recursos– sino que, fundamentalmente, positiva: constituye la obligación de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia¹⁸.

Al respecto, la Corte IDH ha indicado que

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los arts. 8 y 25 son los que tradicionalmente se asocian con una doctrina en desarrollo sobre garantías judiciales y protección judicial de los derechos humanos. En sus propios términos, estos dos artículos se aplican en situación en que se deba determinar el contenido y alcance de los derechos de una persona sometida a jurisdicción del Estado parte, ya sea que se trate de materias penales, administrativas, fiscales, laborales, de familia, contractuales o de cualquier otra índole¹⁹.

17 Para rescatar la terminología del artículo 5, inc. 2 de la Constitución Política de la República de Chile.

18 CIDH, “Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/ II. 129, Washington, 7 de septiembre de 2007, párr. 41.

19 CIDH, “Segundo informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias en el Hemisferio”, 2000, párr. 90.

Dicho de otra forma, los estándares de garantía de los principios que informan un debido proceso deben respetarse, cualquiera sea la instancia en la que se definen derechos y obligaciones para los ciudadanos de los Estados parte.

Es importante destacar que ambos artículos se aplican a materias de toda índole, tanto en lo que se refiere a protección judicial –los recursos que dispone la ley– como a garantías judiciales. En este sentido, si bien el artículo 8 en su numeral 2 sólo es explícito respecto de garantías en el ámbito penal –y no menciona otros, como el civil, el laboral y el administrativo– la Corte IDH ha señalado que:

...el concepto de **debidas garantías** se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal²⁰.

De manera coincidente, desde la doctrina Sergio García Ramírez, exjuez de la Corte IDH, señala que

La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer, queda en el vacío. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección judicial efectiva [...] El debido proceso es un concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas²¹.

Principales derechos y garantías sobre el debido proceso establecidas en el artículo 8

2.1. Plazo razonable

Siguiendo a Pastor, el

plazo razonable es la expresión más significativa que utiliza la dogmática de los derechos fundamentales para regular la prerrogativa del imputado a que su proceso termine tan pronto como sea posible. Esta redacción proviene del art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y es reproducida por el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²².

Desde la doctrina se distinguen dos dimensiones del plazo razonable. La primera, contenida en el art. 8.1 de la CADH –entre otros–, se refiere al “derecho a ser juzgado en un plazo razonable”. Esta dimensión establece el derecho de todo imputado a que la extensión del proceso seguido en su contra no exceda un tiempo prudente²³. La segunda, contenida en el art. 7.5 de la Convención –entre otros–, se refiere al derecho “a un plazo razonable de duración de la prisión preventiva”. En virtud de esta dimensión los tratados internacionales entienden que por el sólo transcurso del tiempo hay casos en

20 Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 28.

21 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre 2003, Serie A No. 18, párr. 37 (del voto concurrente del juez Sergio García Ramírez).

22 Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*. Editorial Ad-Hoc, Buenos aires, 2002, pág. 47.

23 Duce, Mauricio, “Comentario de jurisprudencia plazo razonable y prisión preventiva: construyendo estándares a nivel local”, en: *Revista Política Criminal (Revista Electrónica de Políticas Públicas en Materias Penales)*, No. 2, Documento 3. Universidad de Talca, Chile, 2006, págs. 1-12. Disponible en: <<http://www.politicacriminal.cl/>>, a marzo de 2011.

que la prisión preventiva se transforma en ilegítima, no obstante se mantengan intactos los supuestos que permitieron su utilización original²⁴.

Como se aprecia, las referencias de los instrumentos internacionales son amplias. Ello responde en parte al interés en asegurar un margen de evaluación específico para cada caso. Por lo mismo, no existe un criterio general y abstracto para determinar cuál es un plazo razonable y, en cambio, se abre el espacio para que las circunstancias específicas del caso puedan informar la aplicación del estándar. Al respecto, el Sistema Universal de Derechos Humanos aporta algunos criterios de aplicabilidad.

La Comisión Europea de Derechos Humanos²⁵ elaboró tres criterios conforme a los cuales debe analizarse si en un caso concreto se vulnera la garantía del plazo razonable²⁶:

- (i) **Complejidad del caso:** este criterio apunta en sentido directamente proporcional de **a mayor complejidad, mayor tolerancia a la duración de tramitación del caso**. Para evaluar esta complejidad se deben considerar tanto elementos jurídicos como fácticos, tales como la naturaleza y gravedad del delito, cantidad de delitos, cantidad de actos que supone la comisión del delito, distancia temporal entre comisión del delito e inicio de su investigación, número de personas envueltas, etc.
- (ii) **Comportamiento del acusado:** este criterio apunta a elementos tales como: a) ejercicio de derechos procesales; b) falta de cooperación; c) obstrucción deliberada.
- (iii) **Comportamiento de las autoridades competentes:** este punto contempla cuatro aspectos: a) inercia del procedimiento sin que se adopten medidas para evitarlo; b) demora en la terminación de pasos o etapas procesales; c) retardo del procedimiento por adopción de medidas procesales innecesarias, y d) retardo generado por no adoptar medidas positivas para apurar el procedimiento.

Posteriormente, estos criterios fueron acogidos por la Corte Europea²⁷ y más tarde por la Corte IDH²⁸. Este último tribunal, a su vez, recientemente agregó un cuarto criterio a considerar en el análisis de un plazo razonable, señalando en el *Caso Valle Jaramillo vs. Colombia* que:

La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de la controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve²⁹.

Vale la pena anotar que los criterios anteriormente mencionados no proscriben la posibilidad de que los Estados recurran a estándares objetivos en materia de plazo razonable (como lo sería, propiamente, el establecimiento de un plazo para cotejar la duración de los procesos). Ello, con todo, no obsta a que

24 *Ibidem*, págs. 1-12.

25 Antigua órgano parte del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos de la Unión Europea. En virtud del Protocolo 11, cuya vigencia inició el 31 de octubre de 1998, se abolió este órgano y permitió que los individuos pudieran acudir directamente a la Corte Europea.

26 Comisión EDH, *Caso Huber vs. Austria*, sentencia de 8 de febrero de 1973.

27 Corte EDH, *Caso Foti vs Italia*, sentencia de 10 de diciembre de 1982.

28 Corte IDH, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C No. 30.

29 Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 155.

esos parámetros puedan evaluarse, caso a caso, según los lineamientos desarrollados por el derecho internacional en materia de plazo razonable. Así, siguiendo a Pastor, podemos afirmar que

Los organismos internacionales han establecido que, si bien el derecho interno puede establecer parámetros objetivos sobre el plazo razonable, es menester analizar en el caso concreto los criterios –obviamente, después de concluido el juicio– para luego establecer fehacientemente si, de haberse superado el plazo legal, la duración del proceso es todavía razonable según la predilección de quien decide³⁰.

Como se aprecia, el desarrollo de los estándares relativos al plazo razonable

...se encuentra[n] ampliamente consagrad[os] en la legislación internacional de derechos humanos y ha[n] sido objeto de un muy intenso desarrollo a nivel jurisprudencial, fijándose criterios específicos para el análisis de los casos concretos y diversas decisiones que permiten guiar al intérprete en la aplicación de la garantía respectiva³¹.

Con todo, y para concluir, la relevancia del caso concreto no debe hacernos perder de vista la importancia de considerar al plazo razonable como piedra de toque de todo el sistema jurídico de un Estado. En efecto, cuando el retraso y el no cumplimiento del plazo razonable en los procesos judiciales

...se torna masivo y endémico [...] además de representar una vulneración del derecho fundamental en cuestión, afecta también las expectativas atendibles de los demás involucrados en el caso concreto y se desplaza igualmente al sentimiento general de seguridad jurídica, afectando la confianza que el sistema del derecho debe brindar a la población, de todo lo cual depende la legitimación de la autoridad en una sociedad democrática³².

De ello sabemos en Chile y las diferentes reformas procesales implementadas en las áreas de penal, familia y laboral –así como la reforma pendiente, pero asumida ya como necesaria, en materia civil y comercial– buscaron brindar una solución estructural al respecto.

Con respecto a la reforma en materia de Familia, luego de las dificultades iniciales hoy se avanza en corregir los problemas y las cifras dan muestras en este sentido: “los tiempos promedio de espera entre demanda y audiencia preparatoria (270 días) y entre audiencia preparatoria y audiencia de juicio (120 días) habrían disminuido considerablemente”³³. Incluso, en la Cuenta Pública de la Unidad de Familia de la Corte Suprema, el ministro Héctor Carreño indicó que “los progresos han sido importantes. Basta recordar lo ya expuesto en cuanto a la disminución radical de los tiempos de agendamiento. Un tiempo de espera para una audiencia de 9 a 12 meses ha sido reducido a 60 o 90 días, según su tipo”³⁴.

2.2. Motivación de las sentencias

En su jurisprudencia más reciente, la Corte IDH ha establecido que el artículo 8.1 lleva implícita la garantía judicial de motivación de las sentencias que emitan los tribunales correspondientes. En efecto, se ha señalado que la motivación de las sentencias:

30 Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho...* pág. 205.

31 *Ibidem*.

32 *Ibidem*, pág. 51.

33 Fuentes, Claudio, Marín, Felipe y Ríos, Erick, “Informe sobre el funcionamiento de los Juzgados de Familia de Santiago”, encargado a los autores por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, para ser publicado en el libro *Experiencias de innovación* de la misma institución. Santiago, 2010, pág. 17.

34 Palabras finales del ministro Héctor Carreño a la Cuenta Anual de la Unidad de Familia de la Corte Suprema de Justicia; citado en *ibidem*, pág.17.

Es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática³⁵.

El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso³⁶.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que la sentencia tiene que indicar las razones que considera para fallar. Este requisito depende de la naturaleza de la decisión, por lo que el cumplimiento de esta exigencia se evalúa caso a caso³⁷. La cantidad de detalles de fundamentación es determinada por los requisitos de un recurso efectivo contra dicha decisión³⁸. Es relevante agregar, además, que la sentencia estará debidamente justificada si es el caso que sus referencias trascienden la mera enunciación del texto de la ley. Dicho de otra forma, referencias a los cuerpos legales acompañadas de la propia decisión, violan el artículo 6³⁹ del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁰.

Dicho desarrollo es importante pues, en concordancia con él, la Corte IDH en jurisprudencia reciente indicó que para cierta categoría de resoluciones judiciales, adoptadas bajo determinadas circunstancias, el deber de motivación se vuelve indispensable:

En los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión⁴¹.

En el mismo sentido apunta la CIDH al referirse al derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto. En su presentación en el *Caso Comunidad Awás Tingni* indicó que

El órgano jurisdiccional debe razonar sus conclusiones y debe determinar la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que da origen al recurso judicial, tras un procedimiento de prueba y debate sobre esta alegación⁴².

Sin embargo, la práctica judicial en Chile dista de los estándares antes señalados. Desde la doctrina se señala que, si bien constitucionalmente se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, “nuestros

35 Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 152.

36 *Ibidem*, párr. 153.

37 Corte EDH, *Caso Higgins y otros vs. Francia*, sentencia de 19 de febrero de 1998, párr. 42.

38 Corte EDH, *Caso Suominen vs. Finlandia*, sentencia de 1 de julio de 2003, párrs. 37 y 38.

39 El artículo 6 de dicho instrumento internacional se refiere al derecho a un proceso equitativo.

40 Corte EDH, *Caso Yiarenios vs. Grecia*, sentencia de 10 de octubre de 2002, párrs. 21 a 23.

41 Corte IDH, *Caso Escher y otros vs. Brasil*, sentencia de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, párr. 139.

42 Corte IDH, *Caso Comunidad Awás Twigni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C. No. 79, párr. 104.

tribunales se resisten, en la práctica, a concretar(los)⁴³. En este sentido, Barrientos indica que existe una vinculación para los tribunales de justicia con este derecho a la tutela judicial efectiva, que se ejerce cada vez que se somete un caso al conocimiento de los jueces, porque estos tienen

...la obligación de conocer y pronunciarse sobre el fondo de la acción deducida, pues una vez reclamada su intervención **no podrán excusarse de ejercer su autoridad (art. 73 –actual artículo 76- de la Constitución Política de la República)**, es decir, las personas tenemos reconocido por la Constitución el derecho de saber cuál es la opinión de nuestros jueces sobre las cuestiones que sometemos a su decisión, y si tal derecho lo tenemos aun faltando ley, mucho más exigible es de los magistrados cuando hay texto constitucional y legal expreso, pues excusarse de hacerlo es **denegar justicia**, que no es más que una manera arcaica para desconocer mi garantía de **tutela judicial efectiva**⁴⁴.

2.3. El principio de igualdad de armas

Dentro de las garantías del debido proceso se encuentra este principio, que no tiene consagración expresa pero se desprende de las mismas garantías. Desde un punto de vista doctrinario exige que

...las partes cuenten con medios parejos de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación⁴⁵.

En este sentido, su objeto es

...evitar una situación de privilegio o supremacía de una de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio⁴⁶.

Adicionalmente, este principio puede justificarse en la necesidad de que el caso sea resuelto a favor de aquella de las partes que tiene la razón y no a favor de aquella de las partes que posee mayores y mejores recursos para convencer al tribunal de turno.

Al respecto, en la opinión consultiva OC-16/99, la Corte IDH estableció que:

Para que exista un debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia [...] Para poder alcanzar los objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación⁴⁷.

Es importante advertir que esta garantía no aplica de igual forma en cada procedimiento o materia, debiendo evaluarse en cada instancia concreta las medidas para otorgar efectiva protección a las partes. La Corte lo ha señalado, indicando que

43 Barrientos, Javier, "El derecho a la información y las personas sordas", en: González, Felipe (ed.), *Litigio y políticas públicas en derechos humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico No. 14. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pág. 278.

44 *Ibidem*, págs. 277-278.

45 Pico I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*. Ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 132-3.

46 *Ibidem*.

47 Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A. No. 16, párr. 117.

Todo el que es parte de tales procedimientos debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso ante el tribunal en condiciones que no lo sitúen en desventaja sustancial *vis-a-vis* su oponente⁴⁸.

Autoevaluación:

Marque Falso (F) ó Verdadero (V)

1. Las garantías del debido proceso se deben aplicar sólo en el ámbito penal tras la reforma procesal penal. ____
2. El debido proceso puede ser utilizado en materia laboral. ____
3. El debido proceso legal es parte del acceso a la justicia. ____
4. El acceso a la justicia es un derecho absoluto. ____
5. Los estándares del plazo razonable se ampliaron en 2008, en la decisión Valles Jaramillo vs. Colombia, agregando el factor denominado “criterio social”. ____
6. En un caso chileno, el plazo razonable de investigación para un delito de homicidio debe ser siempre de 10 meses. ____
7. Por lo general, el plazo razonable se refiere a que un proceso no puede durar más de 3 años. ____
8. Constituye una manifestación de la igualdad de armas en Chile el hecho que las causas en que una de las partes sea un Ministro de Estado deben resolverse en Cortes de Apelaciones como primera instancia (ver artículo 50 número 2 del Código Orgánico de Tribunales). ____
9. El principio de igualdad de armas busca que una de las partes de una contienda judicial no goce de una posición privilegiada o de supremacía por sobre la otra. En este sentido, las personas tienen derecho a “hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad”. Sin embargo, sabido es que las personas que gozan de mayores recursos económicos pueden proveerse de asistencia legal técnica de calidad, cuestión que los servicios estatales de asistencia gratuita, muchas veces por el volumen de causas que manejan, no están en condiciones de brindar. A lo anterior debe sumarse el hecho que las Corporaciones de Asistencia Judicial prestan su asesoría a través de egresados de la carrera de derecho, quienes aún están por comenzar su desempeño profesional. En este contexto, tome en cuenta los siguientes hechos:

Que la defensa del sentenciado [...] ha interpuesto recurso de nulidad en contra del fallo del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago, que lo condenó como cómplice del delito de hurto ocurrido el 27 de marzo último, a la pena de trescientos un días de presidio menor en su grado mínimo, multa de cinco unidades tributarias mensuales, accesorias legales y costas;

Que funda su recurso en la causal prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, aduciendo que se ha infringido la garantía contenida en el artículo 19 No. 3 inciso segundo de la Constitución Política, porque solamente tuvo una defensa formal, pero no de fondo, ya que no rindieron pruebas, no efectuaron depósitos para acreditar la atenuante del artículo 11 No. 7 del Código Penal, asimismo, tampoco hizo que declarara el imputado para configurar la atenuante del numeral noveno de este último artículo citado, lo que califica como una absoluta desidia de la defensa anterior.

48 Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Kaufman vs. Bélgica*, sentencia de 1972 y caso *Bendenoun v. Francia*, sentencia de 24 de febrero de 1994. Citado en el Informe de la CIDH sobre *Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...)*. Párr. 186.

Pese a que la Corte Suprema está facultada para declarar la nulidad de las decisiones judiciales que se dicten con infracción a los “derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales”, para decidir el caso anterior sostuvo que:

...los argumentos esgrimidos para sustentar el recurso dicen relación con diferentes hipótesis de defensa, de lo que podían haber hecho, y de lo inadecuada que al recurrente le parece que fue la anterior, con la que efectivamente contó el imputado durante todo el juicio, y admitir tales alegaciones implicaría hacer una valoración de la actuación profesional, lo que no corresponde efectuar a esta Corte y escapa a la naturaleza del recurso de nulidad.

Sin embargo, la Corte Suprema de Chile ha estado dispuesta a declarar la nulidad de los juicios en los cuales la defensa se ha desarrollado por personas que carecen del título de abogado, estrechando el derecho a la defensa técnica a esa hipótesis. Así, ha sostenido que

...recordando los fundamentos de la sentencia ya mencionada, que la Constitución Política garantiza a todas las personas en su artículo 19 No. 3, el derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale, obligándose el Estado a arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos (considerando 9º).

Por lo mismo, la falta de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión o la asistencia de uno que carece de la misma, impide al imputado contar

...con defensor letrado que representara sus intereses, vulnerándose sus derechos constitucionales por el concurso de una serie de hechos, principiando por la posible comisión de un delito (considerando 13º, Corte Suprema, Rol No. 6.175, 26 de noviembre de 2008).

¿Qué argumentos esgrimiría usted, a la luz del principio de igualdad de armas, para ampliar el ámbito de la defensa técnica, en Chile?

Respuestas

1. F
2. V
3. V
4. F
5. V
6. F
7. F
8. V
9. Nótese que, aun cuando la Corte Suprema ha preferido una interpretación estrecha del derecho a la defensa técnica –manifestación del principio de la igualdad de armas– sí ha estado dispuesta a rechazar recursos de nulidad incluso cuando la defensa se ha prestado por un abogado no habilitado para el ejercicio de la profesión. Para rechazar el recurso sostuvo que, pese a que se trataba de una persona que carecía del título de abogado habilitado, “no basta acudir a la ausencia de abogado ‘habilitado’ para invalidar el proceso, sino que **para evaluar la presunta falta de idoneidad técnica, es menester precisar la incidencia que la labor defensiva tuvo en el resultado del pleito**, máxime si ese defensor fue proveído por el propio organismo habilitado al efecto” (Corte Suprema, Rol No. 4.215, 15 de septiembre de 2010). Si la Corte, como se ve, estuvo dispuesta a evaluar el fondo de la defensa, aun cuando la persona no haya estado asistida por un abogado habilitado para el ejercicio, es posible rechazar el recurso si no hay incidencia en la labor defensiva. Luego, de la misma forma, la Corte debiera estar abierta a evaluar la incidencia de la defensa técnica para casos en los que, no obstante, intervenga un abogado habilitado.

3. El acceso a la justicia y la obligación de remover obstáculos económicos

En el contexto de sociedades estructuralmente desiguales –como las latinoamericanas– el establecimiento de sistemas procesalmente avanzados corre el riesgo de fracasar en el intento de proveer mejores niveles de acceso a la justicia si no se los acompaña con mecanismos que se hagan cargo de dicha desigualdad material. En esta sección abordamos las principales obligaciones que los Estados partes deben observar al respecto.

3.1 Obligación de proveer sistemas de asistencia gratuita

Esta obligación busca llamar la atención de los Estados en torno a las personas que están accediendo a los sistemas de justicia. Cuando el Estado da la espalda a las personas que se encuentran en condición más desesperada –mismas que sufren, al mismo tiempo, violaciones graves y recurrentes a sus derechos– entonces los procedimientos terminan siendo copados sólo por aquellos que poseen los recursos para reclamar solución a sus demandas.

Un claro ejemplo de la situación anterior es el hecho de que actualmente los juzgados civiles concentren sus causas principalmente en cobranzas. En este sentido

...el promedio de la distribución de causas civiles ingresadas totales entre 1977 y 1995, se repartía en 61%, cobranzas; 13%, otras contenciosas; 6%, manifestaciones y pedimentos mineros; 8%, herencias; 8%, otras voluntarias; y 4%, familia⁴⁹.

Realizado el mismo análisis para 2003, dicha distribución corresponde a 67%, cobranzas; 9%, otras contenciosas; 7%, manifestaciones y pedimentos mineros; 4%, herencias; 2%, otras voluntarias, y 11%, familia. Un resultado bastante similar se observa si se analiza el promedio 1995-2003⁵⁰. Estas cifras muestran la primacía de cobranzas judiciales, principalmente de casas comerciales, en los juzgados civiles chilenos.

En la opinión consultiva OC-11/90 de la Corte IDH, con ocasión de su pronunciamiento sobre la obligación de agotar los recursos internos de que disponga cada Estado como requisito previo a acudir a cualquier instancia internacional, estableció “la necesidad de remover obstáculos en el acceso a la justicia que pudieran originarse en la posición económica de las personas”⁵¹.

Profundizando el criterio ya enunciado, la Corte IDH reafirmó la prohibición de discriminar sobre la base de la posición económica de las personas y destacó que

...si a una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención Americana consagra se le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria [...] queda discriminado por motivo de posición económica y colocado en condiciones de desigualdad ante la ley⁵².

Por otro lado, nuevamente la Corte IDH, a través de la opinión consultiva OC-18/03, reafirmó que los Estados deben proveer servicios de asistencia gratuita de defensa legal a las personas que no cuenten con los recursos económicos necesarios y si el Estado no lo hace vulnera el debido proceso y el derecho a la protección judicial efectiva, ambos derechos consagrados expresamente por la Convención Americana en los artículos 8 y 25, respectivamente⁵³.

La Comisión Interamericana⁵⁴, además de establecer la obligación estatal de brindar asistencia gratuita a las personas sin recursos, ha precisado una serie de criterios tendientes a determinar el otorgamiento de este beneficio en casos concretos, considerando para ello elementos tales como:

- La disponibilidad de recursos por parte de la persona afectada.
- La complejidad de las cuestiones involucradas.
- La importancia de los derechos afectados.

3.2 Los costos del proceso, la localización de los tribunales y el derecho a acceder a la justicia

La Corte IDH, al referirse a este punto en el *Caso Cantos vs. Argentina* sostuvo que:

49 Vargas, Juan Enrique, Carlos Peña y Jorge Correa, *El rol del Estado y el mercado en la justicia*, Cuadernos de Análisis Jurídico No. 42. Universidad Diego Portales, Santiago, 2001, pág. 200.

50 García, José, y Francisco Leturia, “Justicia civil: diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma”, en: *Revista Chilena de Derecho* (internet), Vol. 33, No. 2. Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2006, págs. 345-384. Disponible en: <<http://www.scielo.cl>>, a marzo de 2011.

51 Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de recursos internos...* párr. 34.

52 *Ibidem*, párr. 22

53 Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados...*

54 CIDH, “Informe sobre terrorismo y derechos humanos”, OEA/Ser. L/V/II.96, 22 de octubre de 2002, párr. 341.

En el artículo 8.1 de la Convención Americana se consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida de orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención⁵⁵.

Es menester atender al hecho de que en este mismo alcance la Corte IDH, en la sentencia *Yean y Bosico*⁵⁶, exigió a República Dominicana crear un recurso que no solamente fuera idóneo y efectivo, sino que también fuese económico. De esta forma la Corte Interamericana agrega una nueva característica a los recursos que los Estados están obligados a cumplir por mandato de la Convención Americana.

3.3 Situaciones de exclusión sistemática del acceso a la justicia

La CIDH ha destacado la situación de ciertos sectores sociales que atraviesan procesos estructurales de desigualdad y exclusión, y que, por ende, se ven consecuentemente imposibilitados para acceder a la justicia⁵⁷. En este sentido se habla de los **colectivos en situación de vulnerabilidad**, aspecto al que se dedicará un capítulo especial en este Manual.

—oOo—

En conclusión, el SIDH ha establecido la obligación de remover los obstáculos en el acceso a la justicia que tengan origen en la posición económica de las personas. Por ello, los Estados han de proveer servicios jurídicos gratuitos a las personas que no cuenten con recursos suficientes, a fin de evitar la vulneración de su derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva. Los Estados también deben estar conscientes sobre los costos de los procesos y la ubicación de los tribunales, procurando que ello no impida el real acceso a la justicia⁵⁸.

Autoevaluación:

Marque Falso (F) ó Verdadero (V)

1. El Estado debe remover los obstáculos económicos para que las personas tengan un real acceso a la justicia. ____
2. La existencia de 17 cortes de apelaciones distribuidas en el territorio nacional, constituye una muestra de acceso a la justicia para todas las personas sin importar la localización. ____
3. Las mujeres víctimas de violencia no son consideradas como un colectivo en condición de vulnerabilidad. ____
4. ¿Qué instancias conoce, estatales o iniciativas privadas, que faciliten el acceso a la justicia a personas de escasos recursos?

55 Corte IDH, *Caso Cantos v. Argentina...* párrs. 54 y 55.

56 Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C. No. 130, párr. 128.

57 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, párr. 81.

58 *Ibidem*, págs. 20-1.

Respuestas

1. V
2. V
3. F
4. La Corporación de Asistencia Judicial y la institución del abogado de turno. En materia penal, la Defensoría Penal Pública brinda asesorías para personas de escasos recursos. En materia laboral, existen los defensores laborales. Por otro lado, las escuelas de Derecho, a través de consultorios o clínicas jurídicas, cuentan también con asesorías gratuitas. ¿Conoces otras iniciativas en este sentido?

4. Protección judicial y acceso a la justicia

4.1. Consagración del derecho a la tutela efectiva en la Convención Americana

La Convención Americana instituye el derecho a una garantía judicial específica, que ha de estar destinada a proteger efectivamente frente a violaciones a los derechos humanos. En el artículo 25 se consagra el derecho a contar con recursos sencillos, rápidos y efectivos contra la vulneración de derechos fundamentales⁵⁹.

Según dispone la Convención:

- Existe una obligación estatal de crear un recurso sencillo y rápido, primordialmente de carácter judicial, aunque otros recursos son admisibles en la medida en que sean efectivos para la tutela de derechos fundamentales.
- Exige que el recurso sea efectivo.
- Estipula la necesidad de que la víctima de la violación pueda interponerlo.
- Exige al Estado asegurar que el recurso sea considerado.
- Señala que el recurso debe poder dirigirse aun contra actos cometidos por autoridades públicas, por lo que el recurso también es susceptible de ser dirigido contra actos cometidos por sujetos privados.
- Compromete al Estado a desarrollar el recurso judicial.
- Establece la obligación de las autoridades estatales de cumplir con la decisión dictada a partir del recurso⁶⁰.

Así, las obligaciones estatales emanan de la vinculación entre los alcances de los arts. 1.1, 2 y 25 de la CADH, en tanto el art. 2 de la Convención requiere que el Estado adopte medidas, incluidas las legislativas, para garantizar los derechos establecidos por ese instrumento que aún no lo estuviesen⁶¹:

En este sentido se ha destacado que los Estados partes se encuentran obligados por los artículos 25 y 1.1 de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos que sean sencillos, y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho

59 CIDH, “Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”... págs. 70-1.

60 *Ibidem*, pág. 70, párr. 241.

61 *Ibidem*, pág. 71, párr. 242.

interno, incurren en la violación de los respectivos artículos, a saber, artículo 25, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶².

a. La obligación de proveer recursos sencillos, rápidos y efectivos

La jurisprudencia del SIDH establece que el concepto de **efectividad** del recurso se relaciona con dos aspectos, uno de carácter normativo y otro de carácter empírico⁶³.

(i) Plano normativo

El primero de estos aspectos se relaciona con la idoneidad del recurso. La **idoneidad** de un recurso representa su potencial para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla⁶⁴. La Corte IDH ha analizado este tema ya desde sus primeros pronunciamientos. En el *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, el Tribunal entendió:

Que [los recursos] sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema de derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias [...] Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable [...] Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el cual fue concebido⁶⁵.

El recurso debe brindar una posibilidad real de plantear como objeto la violación de uno o más derechos humanos y de lograr remedios adecuados frente a esas vulneraciones:

Para que el Estado cumpla con lo dispuesto en lo establecido en el artículo 25 de la Convención Americana, no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido, en los términos del citado artículo⁶⁶.

En el plano normativo del recurso, por otro lado, no puede dejar de hacerse notar que la Corte IDH ha destacado la entidad de dos institutos procesales en particular al referirse a un **recurso efectivo** consagrado en el artículo 25 de la CADH. Las dos instituciones a las que alude son el **recurso de amparo** y el **hábeas corpus**. Ambos reúnen las características necesarias para la tutela efectiva de derechos fundamentales, esto es, la de tratarse de acciones sencillas y breves⁶⁷. Frente a esta situación es importante precisar que el propio artículo 25 da cuenta de que puede haber “recursos efectivos” cuya tramitación no sea ni rápida ni sencilla⁶⁸. Esto se relaciona directamente con lo que se tratará a continuación, el plano empírico del recurso.

62 *Ibidem*, pág. 71, párr. 243.

63 *Ibidem*, pág. 71, párr. 245.

64 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*... párr. 136.

65 Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

66 Corte IDH, *Caso Panel Blanca vs. Guatemala*, sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C No. 37, párr. 134; *Caso Bámaca Velázquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 191; *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 90.

67 Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párr. 165; *Caso Tribunal Constitucional*... párr. 91.

68 CIDH, “Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”... párr. 250.

(ii) *Plano empírico*

El segundo aspecto es empírico. Se refiere a las condiciones políticas e institucionales que permiten que un recurso previsto legalmente sea capaz de “cumplir con su objetivo u obtener el resultado para el cual fue concebido”⁶⁹. Se ha dicho que un recurso no es efectivo cuando es ilusorio, demasiado gravoso para la víctima o cuando el Estado no asegura su debida aplicación por parte de sus autoridades judiciales. Así, la Corte IDH ha resaltado innumerables veces que:

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos, que por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial⁷⁰.

b. El derecho a un recurso judicial efectivo y el desarrollo de mecanismos adecuados de ejecución de sentencias

Tal como se destaca al analizar el artículo 25, “la Convención postula que el Estado debe diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como [...] asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales”⁷¹. Por ello, la obligación que se impone al Estado trasciende el Poder Judicial:

Esta obligación no culmina con la gestación de un recurso efectivo, sino que incluye el deber de diseñar e implementar mecanismos que garanticen la efectiva ejecución de las sentencias que dicta el Poder Judicial de cada Estado⁷².

Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. Sin embargo, la responsabilidad no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas [...] [E]l Tribunal ha establecido que la efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento [...] El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz en detrimento de una de las partes⁷³.

De manera similar lo ha establecido la CIDH:

Lograr la ejecución de las sentencias judiciales constituye así un aspecto fundamental de la esencia misma del Estado de Derecho [...] [L]a efectividad del recurso, en tanto derecho, es precisamente lo que

69 Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras...*

70 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú...* párr. 137.

71 Corte IDH, *Caso Niños de la Calle vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 237.

72 CIDH, “Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”... párr. 296.

73 Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*, sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C No. 144, párrs. 216, 217 y 219.

se consagra en el último inciso del artículo 25 de la Convención, donde se establece la obligación del Estado de garantizar el cumplimiento de las decisiones en que se haya estimado procedente un recurso. Tal obligación es la culminación del derecho fundamental de protección judicial⁷⁴.

Autoevaluación:

Marque Falso (F) ó Verdadero (V)

1. Para cumplir con la protección judicial basta con que existan en el ordenamiento jurídico del Estado chileno recursos para que las personas acudan a la justicia si consideran necesario. ____
2. Siempre que se rechace un recurso de protección por la Corte Suprema implica *prima facie* una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ____
3. El recurso de protección es el idóneo para garantizar el derecho a la educación en Chile. ____
4. Constituye un imperativo moral para los jueces exteriorizar sus razones para fallar de una determinada forma un caso determinado. ____
5. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre no consagra el derecho a un recurso judicial. ____

Respuestas

1. F
2. F
3. F
4. F
5. F

5. Conclusiones

Teniendo presentes las obligaciones generales contraídas por Chile y consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, el Estado chileno se ve obligado a tomar las medidas necesarias para que toda persona goce efectivamente de estos derechos, así como de mecanismos adecuados para el restablecimiento de los mismos en caso de violación. En este sentido, el acceso a la justicia constituye una garantía indispensable en toda sociedad democrática en dos aspectos, de un lado como un derecho más dentro del catálogo de derechos fundamentales y, de otro, como garantía e instrumento para el ejercicio de los otros derechos. De manera adicional, en el caso de colectivos en condiciones de vulnerabilidad, el acceso a la justicia debe resguardarse en mayor medida por la especial condición a la que se enfrentan.

⁷⁴ CIDH, Informe de Fondo No. 110/00, Caso 11.800, *César Cabrejos Bermuy*, Perú, 4 de diciembre de 2000, párrs. 24, 25 y 30.

Acceso a la justicia y derechos humanos en Chile

Objetivo

Este capítulo tiene por objetivo presentar a la luz de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nociones básicas acerca del derecho de acceso a la justicia, así como de los mecanismos que reconoce el ordenamiento jurídico chileno para hacerlo efectivo.

Tema

El derecho de acceso a la justicia y los mecanismos de asistencia jurídica del ordenamiento jurídico chileno.

Sumario

1. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a de acceso a la justicia?; 2. Acceso a la justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 3. Mecanismos de asistencia jurídica que contempla el sistema legal chileno; 3.1. Corporaciones de Asistencia Judicial; 3.2. Abogados de turno; 3.3. Privilegio de pobreza; 3.4. Defensoría Penal Pública.

Normas internacionales relevantes

Arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Normas nacionales relevantes

Art. 19 No. 3 inciso tercero de la Constitución Política de la República de Chile.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 1. Sobre detención ilegal de personas. La Corte aplica la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tribunal Constitucional, Rol No. 1.254, 29 de julio de 2009, considerando 98°. Sobre inconstitucionalidad de la gratuidad de los servicios prestados por el abogado de turno. El Tribunal aplica la Constitución Política de la República de Chile.

1. ¿De qué hablamos cuando nos referimos a acceso a la justicia?

El derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental y constituye uno de los pilares básicos sobre los cuales debe asentarse todo Estado democrático. Desde esta perspectiva, obliga a los Estados a ofrecer a la ciudadanía un sistema capaz de procesar y resolver sus conflictos de relevancia jurídica. Su finalidad es asegurar a todas las personas la tutela efectiva de sus derechos a través de una vía expedita e idónea de protección judicial. Contempla no solo la posibilidad de acudir al sistema (“tocar la puerta de entrada”) para obtener tutela judicial y/o la resolución de un conflicto, sino que incluye el derecho a obtener una respuesta pronta y fundada a la situación sometida al conocimiento del tribunal.

Como se advierte, la aplicación efectiva de este derecho reviste especial importancia en una sociedad democrática, pues sin ella la exigibilidad del resto de los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado y las leyes sería solo una declaración de buenas intenciones, pero carecería de eficacia práctica¹.

Se distinguen dos visiones conceptuales sobre el derecho de acceso a la justicia: una versión restringida y otra amplia. La primera lo circunscribe a la tutela de los derechos por medio del proceso judicial, entendido como el derecho a acudir al órgano jurisdiccional para solicitar el amparo y protección de los derechos. Esta concepción es la que ha primado en el desarrollo doctrinario de la materia². En cambio, la segunda versión postula que este derecho no se agota en el proceso y en la decisión jurisdiccional, sino que incluye otras fórmulas de resolución de conflictos de carácter extrajudicial y no estatal, como la justicia indígena, la justicia de paz y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos³. Desde esta perspectiva, el derecho de acceso a la justicia incluye no sólo la protección de los derechos humanos a través de recursos judiciales, sino también mediante instancias administrativas y otras formas no estatales o prejudiciales de resolución de conflictos, así como todos los demás dispositivos tendientes a obtener la completa satisfacción de los derechos obtenidos en juicio a través de la ejecución de los fallos.

2. Acceso a la justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El derecho de acceso a la justicia se encuentra reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en diversos tratados y convenciones. Algunas de ellas son:

- Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 6).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8 y 10).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 18).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2, 3 y 14).

1 Véase, en especial, el capítulo sobre “Acceso a la justicia”, *Informe de derechos humanos en Chile 2008*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2008, págs. 175-206.

2 Véase, por ejemplo: Vanderschueren, Franz, y Enrique Oviedo, *Acceso de los pobres a la justicia*, Colección de Estudios Urbanos – SUR. Centro de Estudios Sociales y Educación, Santiago, 1995; Bates, Luis, *Artículos seleccionados. Acceso a la justicia*. Ministerio de Justicia de Chile (con motivo de la realización del primer Foro Iberoamericano de Acceso a la Justicia), Santiago, 2005.

3 González, Felipe (dir.), *Informe sobre acceso a la justicia en Iberoamérica*. Proyecto realizado para la secretaría General Iberoamericana (SEGIB) y para el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Madrid, noviembre de 2007. Véase también: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*. Materiales de Trabajo, Buenos Aires, 2005, y Capelletti, Mauro y Bryan Garth, *El acceso a la justicia. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General*. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, 1983.

Como ya se advirtió, estas normas convencionales imponen a los Estados parte la obligación de asegurar su aplicación efectiva y reconocimiento legal y constitucional. Se exige la realización de acciones concretas, en particular la “remoción de obstáculos”, para asegurar a todas las personas el debido acceso a la justicia.

3. Mecanismos de asistencia jurídica que contempla el sistema legal chileno

La Constitución Política del Estado establece el derecho de todas las personas a contar con asesoría jurídica gratuita, si es el caso que carecen de los medios para procurársela por sí mismas. En efecto, el art. 19 No. 3 inc. 3° de la Constitución dispone que “[l]a ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

Como se advierte, esta norma no consagra de modo explícito el deber del Estado chileno de proveer de asistencia jurídica gratuita para los más pobres, sino que sólo lo obliga a adoptar mecanismos legales que permitan ofrecer este tipo de servicios. Ello significa que la obligación se cumple con la sola disposición de cuerpos legales que regulen la materia, con independencia de su implementación y funcionamiento práctico. Por ejemplo, en nuestro país la institución del privilegio de pobreza (beneficio de litigar sin costos), regulado en el Código de Procedimiento Civil como incidente especial, no tiene mayor aplicación ya que parte de ciertos supuestos –como que el litigante pobre conoce la existencia de este beneficio y la forma de obtenerlo– que difícilmente se dan en la práctica cotidiana.

Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH no basta sólo con la presencia de un orden normativo, sino que la conducta gubernamental debe asegurar “la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁴. En esta línea, cabe señalar que la Corte Suprema ha sostenido que “el Estado de Chile tiene la obligación de proporcionar un eficiente y eficaz derecho a defensa a sus habitantes para un efectivo acceso a la justicia”⁵, lo que permite sostener que, más allá del texto constitucional, existe preocupación e interés –al menos de uno de los poderes del Estado– por velar por el debido cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos.

Una revisión del ordenamiento jurídico chileno muestra la existencia de varios mecanismos legales para dar cumplimiento al mandato constitucional del art. 19 No. 3, a saber:

- Corporaciones de Asistencia Judicial.
- Abogado de turno.
- Privilegio de pobreza.
- Defensoría Penal Pública.

3.1 Corporaciones de Asistencia Judicial

Las Corporaciones de Asistencia Judicial (CAJ) constituyen el soporte principal del sistema de asistencia jurídica gratuita en nuestro país, tanto por razones de cobertura territorial como de permanencia de sus servicios en el tiempo. Ello pese a lo reducido de los presupuestos que manejan y de los problemas estructurales que arrastran prácticamente desde su creación⁶.

4 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 1, párr. 167.

5 Corte Suprema de Chile, Oficio No. 881, 27 de marzo de 2006.

6 Las CAJ fueron creadas en 1981 por medio de la Ley 17.995, como continuadoras legales del Colegio de Abogados de Chile en lo referente a los servicios de asistencia judicial. En una primera etapa se crearon tres corporaciones: Valparaíso, Bío-Bío y Metropolitana. Años después, en 1988, se creó la CAJ de la Región de Tarapacá y Antofagasta, quedando

El reconocimiento de la labor que han desarrollado las CAJ no puede, sin embargo, dejar de animar un debate urgente en torno a la mejora del sistema actual, pues hay aún un largo camino por recorrer para asegurar el derecho de acceso a la justicia a los más pobres. Desde una perspectiva jurídica, las CAJ son organismos de derecho público, con personalidad jurídica, patrimonio propio y sin fines de lucro, que tienen como misión prestar asistencia jurídica gratuita a personas de escasos recursos. Junto con lo anterior, son los entes encargados de proporcionar los medios para efectuar la práctica profesional a los egresados de derecho (los llamados “postulantes”) de todas las universidades del país, requisito obligatorio para obtener el título de abogado – y que no puede realizarse en otro lugar, como, por ejemplo, estudios jurídicos privados⁷.

Las CAJ comparten una misión común y cuentan con estructuras orgánicas y modelos de financiamiento similares, sin perjuicio de lo cual en la práctica cada una de ellas opera como una unidad autónoma y se rige por criterios y procedimientos diferentes en varios temas, por ejemplo, en la definición de áreas prioritarias o en el sistema de calificación económica de los usuarios.

Las CAJ prestan una amplia variedad de servicios a las personas usuarias, no se limitan a la representación judicial ante los tribunales de justicia, y a la orientación e información sobre derechos. Además, paulatinamente han ido incorporando nuevas líneas de acción, como la promoción de acuerdos entre las partes y la resolución alternativa de conflictos o el acompañamiento psicojurídico a víctimas de delitos violentos, por mencionar algunos⁸.

En general, las CAJ prestan sus servicios por medio de consultorios jurídicos, fijos y móviles, que se ubican a nivel local, ofreciendo sus servicios a los habitantes de una determinada comuna o agrupación de comunas. Estos consultorios son atendidos por equipos profesionales conformados principalmente por abogados y abogadas y personal administrativo (secretaría) y, en gran parte de los casos, por asistentes sociales u otros profesionales (principalmente psicólogos), además de los ya mencionados postulantes. El número de abogados y postulantes varía según las necesidades y capacidad de atención de cada unidad.

De un tiempo a esta parte, las CAJ han hecho grandes esfuerzos por profesionalizar sus equipos de trabajo a través de la incorporación de abogados especialistas, como ocurre en materia de familia y laboral⁹. Sin embargo, los postulantes son el principal recurso humano para prestar servicios de asistencia jurídica a los más pobres, lo que, a nuestro juicio, plantea algunas dificultades. En primer lugar, los egresados de derecho no son abogados pese a tener formación jurídica y, por razones obvias, carecen de experiencia profesional¹⁰. En segundo lugar, su vinculación con las CAJ es temporal (la práctica dura seis meses),

conformado el sistema por cuatro instituciones, número que se mantiene hasta el día hoy. Forman parte de los servicios relacionados del Ministerio de Justicia.

7 Ley 17.995 (D. Of. 08.05.1981).

8 “Atención judicial gratuita”, Guía de servicios del Estado, Secretaría de Desarrollo Digital, Chile. Disponible en: <<http://www.tramitefacil.gov.cl/1481/article-46970.html>>, a marzo de 2011.

9 Las reformas a la justicia de familia (Ley 19.968 de 2004) y a la justicia laboral (Ley 20.087 de 2006) poseen –al igual que en el caso de la justicia penal– una nueva estructura procedimental basada en la oralidad, inmediatez y publicidad que exige que la litigación esté a cargo de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión. Ello ha significado el desarrollo de nuevas líneas de acción y la creación de unidades especializadas al interior de las CAJ como, por ejemplo, las Oficinas de Defensa Laboral (ODL) que operan en todo Chile (33 oficinas compuestas por 136 abogados) y, en el caso concreto de la CAJ RM, la creación de la Oficina de Litigación de Familia.

10 El derecho de defensa como garantía constitucional de corte procesal, si bien comprende la defensa personal o autodefensa, alude principalmente a la noción de defensa técnica a cargo de profesionales (abogados). Aún más, esta garantía exige

lo que implica un alto nivel de rotación y el consecuente traspaso de responsabilidades entre ellos. En tercer lugar, se constata un nivel variable de motivación (es obligatoria para la obtención del título de abogado) y de dedicación de parte de los postulantes; muchas veces, además de la práctica, los y las postulantes están trabajando o preparando su licenciatura. A lo anterior debe sumarse el hecho que la práctica es gratuita, esto es, los postulantes no reciben remuneración alguna y, salvo excepciones muy limitadas, tampoco se cubren los demás gastos en que se debe incurrir mientras se realiza (i.e. movilización).

Por estos y otros motivos –que por razones de extensión no es posible detallar en este documento– se ha cuestionado la efectividad y calidad de los servicios que prestan las CAJ, organismos en los que descansa de manera importante el actual sistema de asistencia jurídica gratuita en Chile. Se discute si la normativa que regula a estas instituciones crea una verdadera institucionalidad capaz de fijar políticas y estrategias que respondan a las necesidades del litigante pobre, al mandato constitucional y a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

Los gobiernos de la Concertación intentaron sin éxito llevar adelante una reforma radical en la materia y crear un soporte institucional que contara con los recursos humanos y materiales suficientes para ofrecer a los más pobres servicios de asistencia jurídica oportunos y de calidad. El primero de estos intentos se realizó en el gobierno de Aylwin (1992), con la propuesta del Ejecutivo de crear de un Servicio Nacional de Asistencia Jurídica destinado a unificar criterios y diseñar un sistema global. Esta iniciativa, que fue modificada por la siguiente administración, se orientó hacia la descentralización de las CAJ a través de la creación de trece corporaciones regionales de asistencia jurídica. Sin embargo, el proyecto de ley fue archivado en el 2002¹¹.

Durante la administración de Bachelet se retomó la idea. El Ministerio de Justicia se abocó al estudio y diseño de una nueva institucionalidad de asistencia jurídica mediante la creación de un servicio público, descentralizado y desconcentrado, denominado “Defensoría y asesoría legal”. Esta iniciativa contemplaba originalmente una Dirección Nacional y varias direcciones regionales, además de un Consejo Nacional de Asistencia Jurídica y un sistema mixto de prestación de servicios a través de profesionales de la institución y externos¹².

3.2 Abogados de turno

Un segundo mecanismo legal que contempla nuestro ordenamiento jurídico es la figura de los **abogados de turno**, consagrada en el Código Orgánico de Tribunales:

que el abogado pueda ser elegido libremente por las partes y que sea de su confianza. Nuestro ordenamiento jurídico ha optado por la defensa letrada como regla general, tal como se desprende de la Ley 18.120 sobre comparecencia en juicio y otras leyes especiales.

11 Para mayor información, revisar el Sistema de Tramitación de Proyectos del Congreso Nacional (SIL) en: <<http://sil.congreso.cl/pags/index.html>>, disponible a marzo de 2011.

12 De acuerdo a información proporcionada por el Ministerio de Justicia, dicho proyecto se presentó al Congreso a fines del gobierno de Bachelet (10 de marzo de 2009), pero ingresó sin informe financiero, razón por la cual carece de número de boletín. A la fecha está siendo objeto de evaluación por parte de las nuevas autoridades ministeriales.

Artículo 595

Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren gozado o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deben distribuir las causas entre los abogados designados.

Fuera de las normas de este cuerpo legal, no existe otra reglamentación de esta figura, lo que podría explicar que ella no opere de manera uniforme en todo el país. En efecto, cada corte de apelaciones tiene sus criterios y procedimientos para la designación de los abogados de turno y existe escasa regulación respecto del control y supervisión de las tareas encomendadas. Por ejemplo, en la Corte de Santiago se elabora una lista de abogados de turno con los últimos titulados según las distintas materias: penal, civil, laboral, cobranza laboral y previsional y para las Fiscalías Militares de Santiago¹³. Por su parte, los jueces de familia fundamentan la decisión de nombrar abogados de turno por la falta de servicios de asistencia jurídica en algunas zonas del país, lo que se explica porque hasta el 2008 las CAJ tenían prohibición de representar a las dos partes en un mismo caso, lo que sin embargo fue modificado por la Ley 20.286¹⁴.

Solo si los abogados no cumplen con la obligación de defender gratuitamente las causas asignadas por el turno se les puede sancionar con la suspensión del ejercicio de la profesión hasta por seis meses (artículo 598 del Código Orgánico de Tribunales).

En general, los abogados evalúan negativamente esta figura que, además, en los últimos años ha sido objeto de un profundo cuestionamiento liderado por el Colegio de Abogados de Chile A.G. Dicha asociación gremial sostiene que esta institución constituye la imposición de trabajo forzoso para los abogados, razón por la cual en el 2006 presentó una reclamación ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT) pidiendo un pronunciamiento al respecto¹⁵.

Por otra parte, y en relación con la justicia de familia, el Colegio de Abogados planteó a la Corte Suprema que la imposición del turno en estos asuntos constituye una “carga ilegítima del trabajo no remunerada para los abogados que ejercen libremente la profesión. Esta designación es injusta, ilegal e inconstitucional”¹⁶. Para hacerlo se fundó en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, que contempla esta figura solo para causas civiles, laborales y criminales, quedando por fuera de su alcance las causas de familia¹⁷. En respuesta, la Corte Suprema señaló que la expresión de “causas civiles” que contiene el artículo 595 incluye las familiares, lo que es coherente con lo dispuesto en el artículo 18 de

13 *Informe de derechos humanos en Chile 2008*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2008, págs. 201.

14 Sin embargo, esta situación cambió con la Ley 20.286 que introdujo reformas orgánicas y procedimentales a la Ley de Tribunales de Familia, permitiendo expresamente a las CAJ asumir el patrocinio de ambas partes. Art. 18, Ley 19.968, modificado por la Ley 20.286.

15 Para mayor información, ver el sitio web del Colegio de Abogados en: <<http://www.abogados.cl/>>, disponible a marzo de 2011.

16 Declaración Colegio de Abogados, Tribunales de Familia, disponible en: <http://www.blgoo.com/media/users/0/43369/files/declaracion_trib_fam_0606.pdf>, a marzo de 2011.

17 Lo que no quiere decir que el Colegio, luego ante el Tribunal Constitucional, no haya insistido, además, en que la gratuidad del turno venía a configurar una carga arbitraria.

la Ley 19.968 de Tribunales de Familia, que establece la facultad de los jueces de designar abogados en los casos en que una parte cuente con asesoría y la otra no¹⁸.

Esta discusión fue llevada ante el Tribunal Constitucional (TC), órgano que ha resuelto a la fecha tres requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, además de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado en el 2009 por el Presidente del Colegio de Abogados, Enrique Barros. Los recurrentes de estos requerimientos argumentaron que la disposición vulnera el derecho a la igual repartición de las cargas públicas y el derecho a la igualdad ante la ley, además de la libertad de trabajo y el desarrollo de actividades económicas (“el derecho a recibir una justa remuneración”), todas garantías consagradas en el artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

El TC acogió el requerimiento y declaró inconstitucional la expresión “gratuitamente” que contiene el artículo 595 en su inciso primero. Argumentó que la designación de turno viola el derecho a la igualdad, toda vez que sólo los abogados –y no otros profesionales– son obligados a prestar servicios gratuitos. Además, afirmó que, al compararse este deber con otras cargas públicas, la gratuidad resulta desproporcionada. De la misma forma, el TC acogió el planteamiento del Colegio de Abogados relativo al derecho a recibir una justa retribución en el ejercicio liberal de la profesión. El TC declaró inconstitucional no el sistema de turnos –pues asume que el Estado tiene un deber/interés legítimo en promover la asistencia jurídica– sino su gratuidad. Este tribunal considera que logró así un justo balance entre los intereses públicos de la comunidad más pobre y el interés privado de los abogados a recibir una remuneración por su trabajo. En sus palabras:

... todos los fundamentos que anteceden para declarar la inconstitucionalidad de la expresión ‘*gratuitamente*’, contenida en el artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, dicen relación con el impedimento que ella contiene para que el abogado designado en el turno pueda cobrar del Estado una justa compensación de su trabajo, pero deja enteramente a salvo el derecho de las personas a ser asistidas gratuitamente, en los términos consagrados en la Carta Fundamental¹⁹.

Así, ordena al Estado retribuir a los abogados cada vez que son designados al turno, sin perjuicio de “instar al legislador a resolver esta situación que se ha producido como consecuencia de la subsistencia del turno gratuito de los abogados, estableciendo un mecanismo de asesoría similar al que ya existe en otras materias, como por ejemplo en materia penal y, más recientemente, en el ámbito laboral”²⁰.

3.3 Privilegio de pobreza

El **privilegio de pobreza** o beneficio a litigar sin costos tiene por objeto eximir del pago de gastos judiciales a las partes de un proceso que por razones económicas no puedan solventarlos. Quienes obtienen este beneficio adquieren el derecho a ser servidos gratuitamente por los funcionarios del orden judicial, abogados y procuradores y, en caso de ser multados, serán exonerados²¹.

El privilegio se encuentra regulado como un incidente especial en los artículos 129 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y en los artículos 591 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Conforme a estas últimas normas el privilegio de pobreza se puede obtener de dos formas:

18 *Informe de derechos humanos en Chile 2008*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2008, págs. 199 a 203.

19 Tribunal Constitucional, Rol No. 1.254, 29 de julio de 2009, considerando 98° (el destacado es del TC).

20 *Ibidem*, considerando 96°.

21 Arts. 591 y 592, Código Orgánico de Tribunales.

- i. Por medio de una sentencia judicial: durante el desarrollo del proceso (o antes de su inicio) el interesado debe solicitar el privilegio de pobreza al tribunal y señalar las circunstancias que lo habilitan para pedir este beneficio como, por ejemplo, señalando la profesión o industria, rentas, deudas, cargas personales o de familia, entre otras. Con estos antecedentes el juez decide si lo concede o no²².
- ii. Por medio de otras formas que establece la ley: se puede acceder a este beneficio a través de la presunción legal del artículo 135 del Código de Procedimiento Civil²³ o en los casos expresamente señalados en el Código Orgánico de Tribunales que dispone que las personas atendidas por las Corporaciones de Asistencia Judicial gozarán por el solo ministerio de la ley del privilegio de pobreza. En este caso, el beneficio de pobreza incluye además el no pago de las consignaciones que la ley señala para la interposición de recursos procesales, la obligación de procuradores del número, receptores judiciales y notarios²⁴, de actuar gratuitamente, y la exoneración del pago de costas. Esto significa que quien es patrocinado por las CAJ “automáticamente” tiene derecho al privilegio de pobreza y sólo debe cumplir con el perfil de usuario establecido por la CAJ respectiva²⁵.

3.4 Defensoría Penal Pública

Los nuevos procedimientos contemplados por la Reforma Procesal Penal de 2000 se estructuran sobre la base de audiencias públicas que exigen a los intervinientes (jueces y abogados) a manejar un conjunto de conocimientos y herramientas para desempeñarse adecuadamente en el contexto de la litigación oral²⁶. Por ello, el legislador establece como una condición del proceso que la defensa de las partes esté en manos de abogados y no de los postulantes de las CAJ²⁷. Esta definición del legislador significó la creación de una nueva institucionalidad que se plasma, por un lado, en el Ministerio Público, como ente encargado a nombre de la sociedad de la persecución criminal de los delitos y, por otro, de la Defensoría Penal Pública, a cargo de la defensa de los imputados que carecen de defensa letrada, especialmente los más pobres.

22 Arts. 129-137, Código de Procedimiento Civil.

23 Art. 135, Código de Procedimiento Civil: “Se estimará como presunción legal de pobreza la circunstancia de encontrarse preso el que solicita el privilegio, sea por sentencia condenatoria, sea durante la substanciación del juicio criminal”. Esta norma se reitera en el artículo 593 del Código Orgánico de Tribunales.

24 En el caso de los notarios, esta obligación alcanza sólo a algunas gestiones expresamente señaladas en la ley. Art. 602 del Código Orgánico de Tribunales.

25 En el caso de la CAJ de Valparaíso se puede certificar a través de las liquidaciones de sueldo, de pensión, declaraciones de renta, entre otras. En el caso de la CAJ RM son consideradas como personas de escasos recursos quienes tengan un ingreso per cápita inferior a 6 UF en zonas urbanas y a 5.5 UF en zonas rurales, es decir, menos del ingreso mínimo que alcanzaba en junio de 2008 a \$ 144.000. Pueden ser también atendidas las personas que participen en el Programa Chile Solidario, que posean la evaluación socioeconómica que realizan los municipios o la credencial de FONASA, entre otros. Para mayor información ver: <http://www.cajmetro.cl/se_usuarios.php>, disponible a marzo de 2011.

26 Sin embargo, no ocurrió lo mismo con la reforma a la justicia de familia (Ley 19.968 modificada por la Ley 20.286 de 2008), la que pese a contemplar procedimientos similares a los penales no estableció mecanismos institucionales de asesoría letrada para las personas de escasos recursos. Por ello, son las CAJ las que se han hecho cargo de la defensa de los más pobres, que aunque han contado con presupuesto adicional, no se encuentran en similares condiciones en cuanto a recursos materiales y económicos que la Defensoría Penal Pública.

27 La defensa técnica aparece como un estándar de calidad de la nueva justicia penal. Sólo los abogados estarían capacitados para cumplir con el mandato legal y constitucional de defender los derechos en juicio, y son quienes diseñan la estrategia a seguir de acuerdo a la teoría del caso planteada y tienen la supervisión jurídica del pleito y, por ende, la responsabilidad completa sobre sus resultados.

La Defensoría Penal Pública –creada por la Ley 19.718 en el 2001– es un órgano dependiente del Ministerio de Justicia, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio²⁸. Tiene por objetivo “proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta, que carezcan de abogado, asegurando de esta manera el derecho a defensa por un letrado y el debido proceso en el juicio penal”²⁹.

La prestación de los servicios se hace a través de abogados que forman parte de la institución y de abogados privados contratados mediante licitaciones por zonas geográficas. Estos últimos son seleccionados según sus atributos técnicos (nivel de calidad) y económicos (menor precio) y, a partir de 2006, los interesados deben rendir un examen, cuya aprobación es obligatoria para todos los abogados que quieran licitar.

Autoevaluación

Marque la o las respuestas correctas.

Sara Segovia (79 años, dueña de casa, viuda, sin hijos) le “prestó” su casa a su sobrina Cecilia Mercado (25 años, dueña de casa, soltera y madre de 2 hijos) por unos meses, debido a los serios problemas económicos en que esta última se encontraba. Sin embargo, luego de 3 años y pese a las reiteradas solicitudes realizadas por la dueña, Cecilia se niega a devolver la propiedad.

Sara decide iniciar las gestiones judiciales correspondientes, pero carece de los recursos necesarios para solventar los honorarios de un abogado.

1. ¿Qué mecanismos puede utilizar para obtener la asesoría de abogados en forma gratuita?
 - a. Acudir al Colegio de Abogados.
 - b. Solicitar el privilegio de pobreza.
 - c. Acudir al consultorio de la Corporación de Asistencia Judicial de su comuna.
 - d. Todas las anteriores.
2. En caso de operar la figura del abogado de turno, ¿qué autoridad u organismo debe designar a este profesional?
 - a. Juez que conoce del asunto.
 - b. Ministerio Público.
 - c. Ministerio de Justicia.
 - d. Corte de Apelaciones respectiva.
3. Si Sara decide solicitar el privilegio de pobreza ante el tribunal que conoce del asunto, ¿qué beneficios obtiene si éste le es concedido?
 - a. Se exime del pago de consignaciones para impugnar.
 - b. Se exime del pago de gastos notariales.
 - c. Se exime del pago de costas, si fuere condenada.
 - d. Todas las anteriores.

28 Ley 19.718 que crea la Defensoría Penal Pública (D. Of. 10.03.2001).

29 Ver el sitio web de la Defensoría Penal Pública en: <<http://www.defensoriapenal.cl/defensoria/defensoria.php>>, disponible a marzo de 2011.

4. A la salida de la audiencia de prueba, Sara y Cecilia se enfrascan en una fuerte discusión verbal que termina con insultos, gritos y amenazas. Cecilia denuncia estos hechos y se inicia una investigación por amenazas en contra de Sara, ¿a qué organismo puede recurrir para solicitar asesoría jurídica gratuita?
 - a. Corporación de Asistencia Judicial de su comuna.
 - b. Oficinas de Defensa Laboral.
 - c. Defensoría Penal Pública.
 - d. Ministerio Público.
5. ¿Qué instrumento internacional se infringiría si Sara, pese a varios intentos, finalmente no pudiese acceder al sistema de justicia civil?
 - a. Convención Europea de Derechos Humanos.
 - b. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
 - c. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
 - d. Todas las anteriores.
6. En el derecho nacional, ¿qué normas de la Constitución Política del Estado se infringirían si Sara, pese a varios intentos, finalmente no pudiese acceder al sistema de justicia civil?
 - a. Artículo 19 No. 20, igual repartición de los tributos.
 - b. Artículo 19 No. 2, igualdad ante la ley.
 - c. Artículo 19 No. 3, igualdad en el ejercicio de los derechos.
 - d. Art. 19 No. 22, no discriminación arbitraria en materia económica.

Respuestas

1. c)
2. a)
3. d)
4. c)
5. b)
6. c)

Tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho doméstico: el caso de Chile

Objetivo

Este capítulo tiene por objeto entregar herramientas de interpretación que permitan a los operadores de justicia utilizar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) al momento de resolver los conflictos sometidos a su conocimiento. Concretamente, se muestra y enseña cómo en Chile la referencia al derecho internacional no es extraña y, por el contrario, ha sido parte de la historia interpretativa de nuestros tribunales. Se repasa en algunas distinciones relevantes (normas autoejecutables y normas no autoejecutables), que guiarán la adecuada utilización de las normas del derecho internacional por los tribunales locales.

Tema

Tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho doméstico: el caso de Chile.

Se analizan las herramientas de interpretación que permiten a los tribunales nacionales utilizar normas del derecho internacional.

Sumario

1. Introducción; 2. Tratados internacionales sobre derechos humanos en Chile; 2.1 El carácter autoejecutable de las normas que componen los tratados de derechos humanos; 2.2 Concepto de autoejecutabilidad: criterios; a. Autoejecutabilidad – no autoejecutabilidad; b. Criterios para determinar el carácter autoejecutable de las disposiciones de un tratado; 2.3 Presunción de autoejecutabilidad de los tratados sobre derechos humanos; 3. Interpretación del art. 5, inc. 2, de la Constitución Política de la República; 4. Incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad; 5. Conclusiones.

Normas internacionales relevantes

Arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Normas nacionales relevantes

Art. 5, inc. 2, de la Constitución Política de la República de Chile.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional, Rol 309, 4 de agosto de 2000. Requerimiento sobre el Convenio 169 de la OIT; el tribunal recoge la distinción entre normas autoejecutables y programáticas (no autoejecutables).

Tribunal Constitucional, Rol 346, 8 de abril de 2002. Requerimiento sobre el Estatuto de Roma. Se declaró el tratado contrario a la Constitución y el Tribunal advirtió que la única forma constitucional que quedaba habilitada para otorgarle fuerza al instrumento era la de reformar la Carta.

Tribunal Constitucional, Rol 383, 5 de septiembre de 2003. Desarrollo del criterio para determinar el carácter no autoejecutable de una norma integrante de un tratado internacional.

Tribunal Constitucional, Rol 1.288, 25 de agosto de 2009. El Tribunal Constitucional se refiere a la jerarquía de los tratados internacionales señalando que poseen una superior a la de la Ley –aunque formalmente son una– pero inferior a la Constitución.

Tribunal Constitucional, Rol 1340-2009, sentencia 29 de septiembre de 2009. El Tribunal, refiriéndose al derecho a la identidad, parece acoger implícitamente la figura del bloque de constitucionalidad.

Corte Suprema de Chile, Rol 559–2004, 13 de diciembre de 2006. En la sentencia se asume el “principio de imprescriptibilidad” de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, principio recogido en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de Naciones Unidas, no ratificada por Chile.

Corte Suprema de Chile, Rol 3452-2006, 10 de mayo de 2007. Afirma que los tratados sobre derechos humanos tienen una particular configuración, ya que no se configuran a favor de los Estados sino en resguardo de la dignidad y derechos de las personas.

Corte Suprema de Chile, Rol 3.445-2010, 6 de junio de 2010. Sobre desaparición forzada de personas durante la dictadura militar en Chile. La Corte aplica convenios de Ginebra y declara la imprescriptibilidad de violaciones graves a los derechos humanos.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, 21 de enero de 2010. Reconociendo el recurso de protección, la Corte alude al carácter autoejecutable de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT para resolver el caso.

8º Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 3.764-2007, 19 de enero de 2008. El Juzgado de Garantía tuvo que decidir un caso sobre el ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Al momento de construir el contenido de la libertad de expresión, cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

1. Introducción

Uno de los objetivos principales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es otorgar una esfera de protección a todas y cada una de las personas. En este sentido podemos afirmar que

...el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente a través de la adopción de tratados, se ocupa de consagrar catálogos de derechos humanos, que deben ser respetados y garantizados por el Estado frente a todo individuo sujeto a su jurisdicción, y mecanismos de supervisión del cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados¹.

Su función principal, su razón de ser, es la limitación del ejercicio del poder por parte del Estado frente a las personas –ciudadanas o no–, en un esquema de obligaciones principalmente influenciado por las atrocidades cometidas en vísperas y durante el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial², época que marca la evolución contemporánea del DIDH³. En efecto,

...el término de la Segunda Guerra Mundial produce un fuerte movimiento que tiende a la humanización del Derecho Internacional protegiendo y beneficiando al hombre, y reconociéndole el goce, cada vez mayor, de determinados derechos⁴.

Hoy, la evolución política y social de la comunidad internacional ha mostrado distintas y nuevas facetas que se fueron configurando desde la denominada “era de los derechos humanos”, que inicia en 1948⁵. En la actualidad los instrumentos internacionales sobre derechos humanos abordan la situación específica de los distintos grupos en condición de vulnerabilidad⁶; sus regulaciones han trascendido las protecciones civiles y políticas para hacerse cargo de las desigualdades sociales⁷; el esquema de titularidad individual se ha abierto a formas colectivas de atribución y ejercicio de derechos⁸; los Estados dejan de ser sólo los objetos del control para pasar a ser considerados miembros de una comunidad internacional que comparte un mismo esquema de valores e ideales⁹, y la práctica internacional se abre, a veces a regañadientes, a la intervención de nuevos actores internacionales que van definiendo ese acervo

-
- 1 Medina, Cecilia, y Jorge Mera (eds.), *Cuadernos de Análisis Jurídico No. 6: Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*. Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pág. 32.
 - 2 Gros Espiell, Héctor, “The evolving concept of human rights: western, socialist and third world approaches”, en: Ramcharan, B.G. (ed), *Human Rights: Thirty years after the Universal Declaration*. Martinus Nijhoff, La Haya, 1979, pág. 42.
 - 3 Henkin, Louis “The Age of Rights”, en: Henkin, Louis y otros, *Human Rights*. Thomson Reuters/Foundation Press, Nueva York, 2009, pág. 42.
 - 4 Llanos Mansilla, Hugo, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público. La persona humana ante el Derecho Internacional*, tomo III. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pág.10.
 - 5 Henkin, Louis “The Age of Rights”... pág. 43.
 - 6 O’Nions, Helen *Minority Rights Protection in International Law: The Roma of Europe*. Ashgate Publishing, Burlington, 2007, págs. 179-80.
 - 7 Abramovich, Víctor, y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, Madrid, 2002, págs. 67 y ss.
 - 8 Henkin, Louis “The Age of Rights”... págs. 315-17.
 - 9 Lo que se conjuga con la convivencia de varios sistemas regionales que buscan responder a la heterogeneidad de la comunidad internacional. Steiner, Henry, Philip Alston y Ryan Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*. Oxford University Press, Oxford, 2008, págs. 925-6. Por su parte, Rawls desarrolló esfuerzos por configurar un entendimiento del derecho internacional en tanto derecho de los pueblos. Afirma que la sociedad de los pueblos es una que se organiza, justamente, en torno a “los ideales y principios del derecho de gentes en sus relaciones recíprocas”. Véase, Rawls, John, *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*. Paidós, Barcelona/Buenos Aires, 2001, pág. 13.

común de normas, donde los Estados pierden su sitio de honor para permitir –finalmente– el ingreso de organizaciones no gubernamentales domésticas e internacionales y agencias no estatales¹⁰.

Para cumplir estos fines, variados y demandantes, a partir de la década del 50 se comenzaron a desarrollar y crear una serie de instrumentos internacionales, donde se plasma y reconoce un catálogo de derechos para los individuos. Estos derechos debían ser respetados y garantizados por todos los Estados, es decir, debían ser **reflejo positivo** de esos acuerdos constitutivos de la comunidad internacional¹¹. La efectividad de los derechos humanos reconocidos en los diversos instrumentos internacionales está supeditada al reconocimiento y aplicación que de dichos derechos realizan todos los órganos del Estado, entre otros los tribunales de justicia. Por lo tanto, es preciso identificar cómo utilizan las y los operadores de justicia el DIDH, y cuáles son los mecanismos de incorporación de los tratados internacionales al momento de resolver los conflictos sometidos a su decisión. Como ya ha quedado claro de la revisión de la jurisprudencia interamericana e internacional, estos tratados se dirigen a todos los órganos del Estado, y estos últimos pueden comprometer la responsabilidad del Estado de Chile.

Antes de analizar en detalle los fundamentos que permiten la aplicación automática de los tratados internacionales sobre derechos humanos es preciso dilucidar el sistema doméstico de incorporación del derecho internacional al derecho interno. A este respecto, tradicionalmente se han identificado dos modelos de interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional: el dualismo y el monismo¹². Para la doctrina dualista, el derecho internacional y el derecho interno son considerados dos esferas separadas. En ese modelo la aplicación del derecho internacional se encuentra supeditada a una incorporación expresa que se logra por la transposición de las normas internacionales al orden jurídico interno, sea a través de la dictación de leyes que reproduzcan la normativa internacional o, según sea el caso, a través de reformas constitucionales. En definitiva, en un sistema dualista para que una norma de fuente internacional pueda tener algún valor en el ordenamiento jurídico interno se requiere de un acto de transformación legislativa.

El monismo, en cambio, sostiene que el derecho interno y el derecho internacional constituyen una esfera única de aplicación, un todo interconectado de normas cuya única diferencia radica en el “lugar” en que se expiden las normas. Es decir, se traduce en una concepción unitaria del derecho que tiene como resultado el que, una vez ratificados, los tratados internacionales pasan a formar parte integral del derecho de los Estados. En consecuencia, en un sistema monista se afirma que el derecho internacional y el derecho interno se encuentran contenidos en un mismo ordenamiento jurídico y, por lo tanto, los tratados internacionales ratificados se incorporan al derecho interno y pueden ser invocados directamente ante los tribunales de justicia.

En el caso de Chile hay buenas razones para sostener que nuestro sistema normativo recoge aspectos importantes de la doctrina monista y, por lo tanto, se trata de un ordenamiento que mira al derecho internacional y al derecho doméstico como situados en una misma esfera de aplicación jurídica. En efecto, la aplicabilidad del derecho internacional en el derecho interno está subordinada en el caso

10 Véase, por ejemplo, Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

11 Como ha sugerido Malcolm Nathan Shaw, la positivación del derecho internacional obedece, en sus raíces, al intento de abordar problemas prácticos que se generaban en torno a las prácticas estatales. Shaw, Malcolm Nathan, *International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003, págs. 24 y ss.

12 Muchos tratadistas de Derecho Internacional Público hacen referencia a esta distinción y exponen la postura de los autores más representativos como Triepel, Anzilotti, Kelsen, Kunz, Verdross, entre otros. Entre los tratadistas chilenos encontramos a Benadava, Santiago, *Derecho Internacional Público*. Legal Publishing, Santiago, 2004, pág.77 y ss, y Llanos Mansilla, Hugo, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público...* págs.78 y ss.

chileno a que los tratados cumplan con todos los requisitos establecidos por nuestra Constitución. Por lo mismo, como se detallará, la incorporación del DIDH demanda de un acto de Estado que evidencie la **incorporación** del derecho internacional (promulgación y publicación de acuerdo a las reglas generales de formación de la ley)¹³. Cabe destacar, en todo caso, que excepcionalmente los tribunales de justicia han recurrido al DIDH para resolver conflictos utilizando disposiciones que integran tratados internacionales que no han sido incorporados al ordenamiento jurídico interno¹⁴. Este último caso escapa del análisis de este capítulo, donde nos avocaremos a analizar la aplicación de los instrumentos convencionales del DIDH y no aquellos casos en que se aplica el derecho internacional consuetudinario¹⁵.

El objetivo de este capítulo es demostrar por qué el DIDH convencional forma parte del derecho interno chileno y cómo, en consecuencia, puede ser aplicado en forma automática al momento de resolver litigios en los cuales se vea comprometida la efectividad de los derechos humanos reconocidos a nivel internacional¹⁶. En definitiva, debemos analizar el problema de incorporación de los tratados internacionales al derecho interno y establecer cuáles son las condiciones necesarias para otorgar operatividad a un tratado en el orden jurídico nacional. Si bien a nivel internacional podemos identificar ciertas directrices¹⁷, cada Estado tiene la libertad de establecer un mecanismo de incorporación acorde a la realidad de su ordenamiento jurídico. En este sentido, podemos afirmar que

...la aplicación del derecho internacional por los tribunales internos depende de lo que decidan los respectivos sistemas jurídicos nacionales. No existe todavía ninguna norma internacional general que disponga cómo los respectivos Estados deben incorporar el derecho internacional en los sistemas jurídicos domésticos¹⁸.

En las siguientes secciones analizaremos cuáles han sido los fundamentos para la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en Chile. La primera parte de este capítulo se refiere a las particularidades de los tratados internacionales sobre derechos humanos, centrándonos

13 Constitución Política de la República de Chile, artículos, 32 No. 15 y 54 No. 1.

14 Corte Suprema, Rol 559-2004, 13 de diciembre de 2006. En dicha sentencia el máximo Tribunal de Justicia Chileno asume el “principio de imprescriptibilidad” de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, principio recogido en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de Naciones Unidas, no ratificada por Chile. Sin embargo, la Corte Suprema la aplica identificando las disposiciones de la Convención como derecho internacional consuetudinario. Para un mayor análisis del caso ver, Urbina, Francisco Zúñiga “Comentario a la Sentencia en el Caso Molco de la Excm. Corte Suprema, de 13 de diciembre de 2006”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 5 No. 1, 2007.

15 Este capítulo desarrollará los fundamentos para la incorporación de los tratados sobre derechos humanos en el derecho interno, no se refiere al estudio de otras fuentes del derecho internacional como la costumbre internacional ni de las decisiones judiciales de los tribunales internacionales, que también podrían incorporarse al ordenamiento jurídico interno.

16 Como se aprecia, y tal como diremos más adelante, una cosa es la incorporación del derecho internacional al derecho interno (aspecto a propósito del cual se forma el binomio monismo/dualismo) y otra se refiere a la jerarquía de sus disposiciones en comparación a las de derecho doméstico, aspecto, como se sabe, de especial relevancia al momento de decidir un caso concreto.

17 Declaración de Aruba 2003. Fue redactada por jueces y magistrados pertenecientes a 11 países africanos como clausura de una reunión sobre aplicación en los ordenamientos nacionales de la CEDAW. La declaración de Aruba destaca que una vez ratificados los convenios internacionales, la responsabilidad de la aplicación del DIDH no recae exclusivamente en los gobiernos sino también en el Poder Judicial. Asimismo, señala técnicas que los jueces pueden utilizar para promover y asegurar la aplicación del derecho internacional a nivel doméstico.

18 Fuentes Torrijo, Ximena, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, en: *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 77, 2008, pág. 483.

específicamente en el problema de la autoejecutabilidad de sus normas. En la sección siguiente se desarrollará la aplicación y devenir interpretativo del art. 5, inc. 2, de la Constitución Política de la República, desde su modificación en el año 1989. El desarrollo de dicho precepto permitirá comprender la forma en que el derecho chileno regula la incorporación del derecho internacional y, de acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional, la particular jerarquía de las disposiciones del derecho internacional. La sección final se refiere a la idea de bloque de constitucionalidad, así como a las dificultades que para su aplicación se han encontrado en la realidad nacional.

2. Tratados internacionales sobre derechos humanos en Chile

Los tratados sobre derechos humanos se diferencian del resto de los tratados por la especialidad de los intereses que buscan proteger, aspecto que recoge explícitamente la Constitución chilena. Tanto su contenido como sus objetivos distan de los que generalmente se otorgan por definición a los tratados internacionales. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969¹⁹, en su art. 2.1 letra a), define **tratado** como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”. Sin embargo, tal definición no parece incorporar las substanciales características que revisten los tratados sobre derechos humanos. Si bien este tipo de tratados se celebran entre Estados y entre Estados y organismos internacionales, tal como indica la definición aludida, no se establecen derechos entre ellos sino, más bien, se imponen deberes de respetar y garantizar los derechos consagrados en el instrumento internacional en favor de las personas.

Tal como ha señalado la Corte IDH

...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independiente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción²⁰.

En definitiva, los tratados sobre derechos humanos tienen una particular configuración; no se “estructuran en un tratado de tipo contractual tradicional donde la norma es el interés de las partes; los tratados que aseguran y garantizan derechos esenciales de la persona humana tienen un interés superior a las partes que es la dignidad de la persona y los derechos humanos, frente a lo cual los Estados se subordinan y están obligados a cumplir siempre con las disposiciones del tratado”²¹. En consecuencia, a partir de su contenido y su estructura, es posible afirmar la importancia de su incorporación al sistema normativo interno.

Lo mismo ha sugerido la Corte Suprema, señalando “estos tratados [internacionales de derechos humanos] se constituyen no en beneficio de los Estados parte sino en resguardo de la dignidad y de los derechos inherentes al ser humano por el solo hecho de ser persona”²². Así, el máximo tribunal

19 Vigente en Chile desde el 9 de abril de 1981.

20 Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, Serie A No 2, párr. 29.

21 Nogueira Alcalá, Humberto, “Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”, en: *Ius Et Praxis*, Vol. 6, No. 2, 2000, pág. 236.

22 Corte Suprema, Rol 3452-2006, 10 de mayo de 2007, considerando 65.

de justicia reafirma lo sostenido por la Corte IDH en la OC- 2/82, y corrobora la especialidad de los tratados sobre derechos humanos.

2.1 El carácter autoejecutable de las normas que componen los tratados de derechos humanos

En orden a determinar los efectos de los tratados internacionales en el orden jurídico interno, la doctrina ha distinguido entre tratados que tienen el carácter de autoejecutables –o de aplicabilidad directa– y tratados no-autoejecutables –que demandan de un acto legislativo posterior para tener efectividad en el orden normativo interno. Los primeros pueden ser invocados por sus beneficiarios directamente frente a los órganos estatales y, en el caso del Poder Judicial, demandar su consideración²³. Los segundos, en cambio, generan obligaciones de hacer, esto es, “de adoptar las medidas concretas para ejecutar el programa o política que el Estado acuerde seguir al adherirse al tratado”²⁴.

En el caso de los tratados sobre derechos humanos existe un conjunto de obligaciones que, por decirlo de alguna forma, **califica** los deberes estatales al respecto. Esto es, reduce su espacio de discrecionalidad al momento de ejecutar las obligaciones de hacer que impone un instrumento no autoejecutable. Así, en virtud de las obligaciones generales de respetar y garantizar establecidas en los distintos instrumentos de la materia²⁵, una de las primeras obligaciones para los Estados después de ratificar un tratado es la de otorgar operatividad a las disposiciones contenidas en el instrumento internacional dentro de su jurisdicción. En efecto, “la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción. Esto podrá hacerse por el medio que le parezca más conveniente”²⁶. En otras palabras, muchas veces la ratificación de un tratado es sólo el cumplimiento de una de las primeras gestiones destinadas a dotar de efectividad a las normas del derecho internacional. En palabras de Medina y Nash,

...la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción [...] por el medio que le parezca más conveniente: incorporación de dichas normas o dictación de normas internas que las reproduzcan²⁷.

En este sentido, se reconocen ciertas directrices en relación a su interpretación y forma de cumplimiento. La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en su art. 31, establece el principio de la buena fe, dentro del cual se ha incluido el principio del efecto útil: “con base en la doctrina y en las decisiones jurisprudenciales [...] podemos afirmar respecto al efecto útil, en primer lugar, que de acuerdo con él la interpretación de una disposición de un tratado se debe hacer en tal forma que tenga un efecto”²⁸. En consecuencia, por aplicación del principio de la buena fe, los Estados no podrán desconocer y dejar de

23 Pfeffer, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, en: *Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, 2003.

24 *Ibidem*.

25 Arts. 1.1 y 2 de la CADH; art. 2 del PIDCP.

26 Medina, Cecilia, y Jorge Mera (eds.), *Cuadernos de Análisis Jurídico No. 6: Sistema jurídico y derechos humanos...* pág. 44.

27 Medina, Cecilia, y Claudio Nash, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus mecanismos de protección*. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Santiago, 2007, pág. 20.

28 Moyano, César “La interpretación de los tratados según la Convención de Viena de 1969”, en: *Integración Latinoamericana*, No. 106, octubre, 1985, pág. 41.

aplicar las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos. Ello significaría no otorgarles operatividad en el ámbito interno y tendría como resultado restarle toda eficacia al tratado.

En definitiva, la operatividad de un tratado internacional en el orden jurídico interno de un Estado tiene directa relación con el carácter autoejecutable de las disposiciones que componen el instrumento.

2.2 Concepto de autoejecutabilidad: criterios

La determinación del carácter autoejecutable de una norma es un asunto que ha dado lugar a variadas discusiones. Tanto el concepto de autoejecutabilidad como su alcance tienen distintas acepciones que varían de un país a otro²⁹. Este capítulo no tiene por objeto revisar íntegramente esta materia, sino tan sólo establecer los conceptos básicos y como éstos han sido recogidos tanto por la doctrina como por los tribunales nacionales.

a. Autoejecutabilidad – no autoejecutabilidad

La doctrina chilena reconoce la existencia de la distinción entre disposiciones autoejecutables (directamente aplicables o *self-executing*) y no autoejecutables (no directamente aplicables o *non self-executing*) en los tratados internacionales³⁰. En relación a la noción de autoejecutabilidad, la doctrina nacional mayoritaria adopta explícitamente el concepto propuesto por Jiménez de Aréchaga³¹: “La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma (*self-executing*) cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad”³². En este sentido, el profesor Humberto Nogueira señala que

...el carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado, consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno, sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo, lo que equivale en derecho constitucional a los preceptos o normas operativas de la Constitución, es decir, las normas que debe considerar en forma directa y en primer lugar el juez o administración para resolver cualquier asunto sometido a su consideración³³.

29 Hay acuerdo unánime en la doctrina estadounidense en que el origen de las categorías autoejecutable y no autoejecutable de las normas de los tratados internacionales se encuentra en una sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el asunto *Foster vs. Neilson*, 27 U.S. 253 (1829). En ese sentido se manifiestan: Yoo, John C. “Treaties and Public Lawmaking: A Textual and Structural Defense of Non-Self-Execution”, en: *Columbia Law Review*, Vol. 99, No. 8, 1999; Flaherty, Martin S., “History Right? Historical Scholarship, Original Understanding, and Treaties as ‘Supreme Law of the Land’”, en: *Columbia Law Review*, Vol. 99, No. 8, 1999; Vázquez, Carlos Manuel, “The Four Doctrines of Self Executing Treaties”, en: *American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 4, 1995. Más recientemente, véase, *Medellin vs. Texas*, 223 S.W. 3d 315 (2008).

30 Nogueira, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en: *Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, 2003, págs. 403-466; Nogueira Alcalá, Humberto, “Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”... págs. 227-279; Pfeffer, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”, págs. 467-484.

31 “El carácter de autoejecutividad de las normas de un tratado consiste en la posibilidad de aplicar sus disposiciones directamente en el derecho interno sin necesidad de obtener un desarrollo legislativo previo”. Nogueira Alcalá, Humberto, “Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”... pág. 245.

32 Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos como derecho interno”, en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, No. 7, 1988, pág. 29.

33 Nogueira Alcalá, Humberto, “Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile”... pág. 245.

Esta distinción también se ha recepcionado a nivel de nuestra justicia constitucional, aspecto que debe ser considerado con especial relevancia. Primero, porque existe una suerte de relativo consenso en torno al importante papel que cabe a los tribunales constitucionales (o cortes supremas, según sea el caso) en la determinación del carácter autoejecutable o no de las disposiciones de un tratado internacional³⁴. Segundo, porque en nuestro esquema doméstico el Tribunal Constitucional (TC) se encuentra facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 93 No. 1 de la Constitución), instancias que le han servido para pronunciarse al respecto.

Así, el TC, al pronunciarse respecto a un requerimiento³⁵ sobre el Convenio 169 de la OIT³⁶, ha recogido la distinción entre normas autoejecutables y programáticas (no autoejecutables)³⁷. En dicha ocasión señaló que

...los tratados, para su aplicación en el orden interno de un país, pueden contener dos tipos de cláusulas, denominadas por la doctrina ‘self executing’ y ‘non self executing.’ Las primeras, son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente. Las segundas, son aquellas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de leyes, reglamentos o decretos que las implementen y, en tal evento, las haga aplicables como fuente del derecho interno. En otras palabras, imponen la obligación al Estado, para que en uso de sus potestades públicas, sancione la normativa necesaria para que por esa vía les dé vigencia efectiva³⁸.

Santiago Montt ha llamado la atención sobre la especial radicalidad con la que el TC se acercó al concepto de no autoejecutabilidad, pues, según afirma, el Tribunal entendió que dicho carácter impedía incluso la incorporación de los tratados al derecho interno. Esto quiere decir que, si el TC entiende que las disposiciones de un tratado son no autoejecutables, entonces ese tratado no puede considerarse parte del derecho interno hasta que se adopten los acuerdos legales que permitan su ejecutabilidad (y, por lo mismo, incorporación). No obstante, ese criterio fue posteriormente moderado³⁹. En 2003 el TC sostuvo que

34 Aust, Anthony *Handbook of International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pág. 79. También, Vázquez, Carlos, “The Four Doctrines of Self-executing Treaties”, en: *The American Journal of International Law*, Vol. 89, 1995, pág. 696.

35 El 7 de julio de 2000, 31 diputados presentaron un requerimiento ante el TC para que éste declarara la inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT. Los requirentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de todo el Convenio por no haber sido aprobado por la Cámara de Diputados en rango de Ley Orgánica Constitucional y por contravenir las bases de la institucionalidad. El TC empleó diversos criterios para determinar la constitucionalidad del Convenio. El profesor Carlos Carmona identificó los criterios como: a) la presunción de constitucionalidad; b) la gravedad de la declaración de inconstitucionalidad de un tratado; c) autoejecutabilidad de las disposiciones; d) las cláusulas de salvaguardia del propio tratado; e) si son compatibles con el derecho interno; f) si hay normas similares en el derecho interno; g) la interpretación que de las normas haga el Presidente de la República como conductor de las relaciones internacionales. Exposición en el Seminario “La incorporación de los tratados internacionales en el derecho interno, a la luz del Tribunal Constitucional”, organizado por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 12 de septiembre de 2000.

36 Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, vigente en Chile desde el 15 de septiembre de 2009.

37 Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, 4 de agosto 2000.

38 *Ibidem*, considerando 48.

39 Montt, Santiago, “Aplicación de los tratados bilaterales de protección de inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, No. 1, 2005, pág. 32.

...si la norma no autoejecutable requiere de la aprobación por el Estado de Chile de preceptos que, conforme a la Constitución, conduzcan o puedan conducir a una inconstitucionalidad de fondo que afecte a la Convención [...] no resulta aceptable ni razonable postergar una resolución sobre ella⁴⁰.

b. Criterios para determinar el carácter autoejecutable de las disposiciones de un tratado

Habiendo establecido un concepto de autoejecutabilidad, debemos identificar las condiciones que determinan el carácter autoejecutable o no autoejecutable de una disposición. Si bien existe controversia en torno a cuáles deben ser dichos criterios, a nivel político se ha señalado que un factor de especial consideración debe ser la intención de las partes; para (re)construir esa intención, es preciso atender a una variedad de factores, tales como el lenguaje utilizado, el propósito, las circunstancias específicas del tratado, la naturaleza de las obligaciones y las implicancias de permitir acciones judiciales específicas sin legislación habilitante⁴¹.

A nivel de la doctrina regional la atención se ha centrado en torno a dos condiciones objetivas que pueden ayudar a determinar cuándo una norma es autoejecutable. Primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación. En segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes. En este sentido, siguiendo a Cançado Trindade, se afirma que

...el derecho internacional se cuidó de elaborar el concepto de las normas directamente aplicables (*self-executing*) propiamente dichas, en relación con disposiciones de tratados susceptibles de ser invocadas por un particular ante un tribunal o juez (“incorporación” automática), sin necesidad de un acto jurídico complementario (“transformación”) para su exigibilidad e implementación. Para que una norma convencional pueda ser autoaplicable, se pasó a considerar necesaria la conjugación de dos condiciones, a saber, primero que la norma conceda al individuo un derecho claramente definido y exigible ante un juez, y segundo, que sea ella suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente en un caso concreto, operando *per se* sin necesidad de un acto legislativo o medidas administrativas subsiguientes. La norma directamente aplicable, en resumen, consagra un derecho individual, susceptible de pronta aplicación o ejecución por los tribunales o jueces nacionales⁴².

La Corte IDH, por su parte, y en ejercicio de su jurisdicción no contenciosa, ha tratado la cuestión del carácter autoejecutable de las normas de derechos humanos contenidas en la CADH. Se manifestó expresamente al respecto con ocasión de la solicitud presentada por el gobierno de Costa Rica sobre la interpretación y alcance del art. 14.1 sobre el derecho de rectificación o respuesta, en relación con los arts. 1.1 y 1.2 de la CADH. En efecto, en la OC-7/86 la Corte rechaza el carácter de no autoejecutable de la norma en análisis, para lo cual sostuvo que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no facultar a los Estados para hacerlo”⁴³.

40 Tribunal Constitucional, Rol 383, 5 de septiembre de 2003, considerando 4. Al respecto, véase también, Aguilar, Gonzalo, “La desaparición forzada de personas: naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 2, 2009, págs. 432-2.

41 Aust, Anthony *Handbook of International Law...* pág. 79.

42 Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica, Santiago, 2006, pág. 307.

43 Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, opinión consultiva OC-7/86, 29 de agosto de 1986, Serie A No 7, párr. 24.

El TC también parece endosar los criterios antes mencionados. En su sentencia de 2000, para el TC la especificidad con que se encuentran redactadas las disposiciones de un tratado influye directamente en su carácter de normas autoejecutables. En su concepto, éstas normas “son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente del derecho interno. En otros términos, son autosuficientes, y entran a la legislación nacional cuando el tratado que las contiene se incorpora al derecho vigente”⁴⁴. Por ejemplo, el TC consideró en esa oportunidad que el art. 6 No. 1 letra a) del Convenio 169 es una norma autoejecutable, dados “los términos perentorios en que se encuentra redactada”⁴⁵.

En sentido similar se expresó en 2003 a propósito de la revisión de constitucionalidad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Al respecto, sostuvo que una disposición de un tratado

...no puede calificarse como una norma no autoejecutable, por la consecuencia especial que deriva de su aplicación, de conformidad a sus propios términos, [esto es, cuando] el precepto [...] cobra plena eficacia, y se basta a sí mismo, ratificado que sea por Chile el Tratado⁴⁶.

A nivel de jurisdicción ordinaria también hay ejemplos. La Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo del recurso de protección interpuesto por Mariano Puelman Ñanco (longko del territorio mapuche de Panguín) y Manuel del Carmen Rivera Huilipan (presidente de la comunidad Hueñanco), en contra de la Comisión Regional de Medio Ambiente de Temuco, también alude al carácter autoejecutable de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT para resolver el caso sometido a su conocimiento. En tal ocasión, el órgano recurrido autorizó la realización de un proyecto de piscicultura sin realizar el trámite de consulta, cuando el Convenio 169 consagra en forma expresa en sus artículos 6 y 7 el derecho a consulta y participación política a los pueblos indígenas y tribales. Además del no cumplimiento del derecho a consulta de las comunidades indígenas, los recurrentes sostuvieron que la implementación del proyecto se traduciría en la afectación de los derechos fundamentales de ambas comunidades, específicamente de su derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la protección de la salud, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y al ejercicio de una libre actividad económica.

En su sentencia, la Corte de Apelaciones realiza una serie de apreciaciones que, por su relevancia, citamos en extenso:

...por su lado el aludido Convenio 169 en su artículo 6 No. 1 letra a) indica lo siguiente: Al aplicar las disposiciones del presente convenio los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. El Numeral dos del mismo artículo señala que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. El artículo 7 numeral uno

44 Tribunal Constitucional, Rol 309-2000, 4 de agosto 2000, considerando 48.

45 *Ibidem*, considerando 7. Merece la pena anotar que el TC alude, también, a la voluntad del Presidente de la República de dotar a dicho tratado de autoejecutabilidad. Su voluntad es relevante pues se trata del órgano a cargo de llevar adelante las relaciones internacionales. Según indicáramos más arriba, este es uno más de los criterios que se utiliza en derecho comparado para determinar el carácter de las normas. Vázquez, por ejemplo, se refiere a la presunción de legitimidad que posee dicha voluntad presidencial, en el contexto de la labor revisora de las cortes. Vázquez, Carlos, “The Four Doctrines of Self-executing Treaties”... págs. 700-04. Algo similar señala el TC en esta misma sentencia al afirmar que “se presumen válidas y legítimas las normas aprobadas por los Poderes del Estado y que sólo resulta prudente y aconsejable declarar su inconstitucionalidad cuando los sentenciadores lleguen a la íntima convicción que la pugna entre la norma en análisis y la Constitución es clara, resultando imposible armonizarla con ella” (considerando 2).

46 Tribunal Constitucional, Rol 383, 5 de septiembre de 2003, considerando 3.

señala que los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir las propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y las tierras que ocupan y utilizan de alguna manera y de controlar en lo posible su propio desarrollo económico, social y cultural. En la oración segunda precisa que además, dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente.

Es decir existe un imperativo para los Gobiernos de consultar a los interesados mediante procedimientos adecuados cada vez que se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Luego, el Convenio citado establece que además dichos pueblos deberán participar en la formación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente. Es decir siempre en Primer Lugar se les debe consultar por aquellas medidas administrativas que puedan afectarles directamente.

Lo diferente es que además deberán participar en la formación aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarle directamente. Son aspectos distintos que engloban y enriquecen la participación de los pueblos indígenas en la comunidad nacional y en su propio desarrollo.

En consecuencia al ser normas autoejecutables las del citado convenio y siendo derecho interno vigente deben ser aplicadas por la autoridad atendido el principio de juridicidad y en un sentido más amplio tributario del concepto de Estado de Derecho, en cuanto gobernantes y gobernados se someten a un orden jurídico objetivo e imparcial, igual para todos y que apunta ser correcto y justo⁴⁷.

El razonamiento desarrollado por la Corte de Apelaciones de Temuco busca dar cumplimiento a las normas contenidas en tales instrumentos. Acertadamente señala la forma en que se relacionan el derecho internacional y el derecho interno, otorgando un importante rol al Convenio 169 de la OIT, instrumento que a juicio de la Corte “enriquece”⁴⁸ el ordenamiento jurídico interno, dando así plena aplicación a las disposiciones que regulan el trámite de consulta por ser éstas autoejecutables.

Por último, y en relación con el derecho a consulta y su carácter autoejecutable, podemos citar a modo de ejemplo el caso del Centro Cultural de Cañete, el cual ahora se llamará “Ruka moñen Tayu Folil, Juan Cayupi Huechi”. Lo anterior en virtud de una consulta indígena, que se efectuó en un *nguillatún* con base en el Convenio 169 de la OIT. Para la realización de la citada consulta no se requirió de una medida legislativa y, por lo tanto, constituye un claro ejemplo de la importancia de reconocer el carácter autoejecutable a las disposiciones de derechos humanos para que ellas tengan una real eficacia práctica⁴⁹.

No se trata, por cierto, del único caso en que disposiciones del derecho internacional se invocan directamente por un tribunal. La doctrina nacional ha insistido sobre la creciente utilización del

47 Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1705-2009, 21 de enero de 2010, considerando 6.

48 *Ibidem*, considerando 10. “[E]l Convenio 169 sin duda viene a enriquecer la Ley Indígena 19.253, en efecto perfecciona y llena de contenido al artículo 34 de dicha ley puesto que, las consultas, según el Convenio, llevadas a cabo, deben ejecutarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas [...] como ya se ha explicado latamente, la autoridad no se ha ceñido a la legislación vigente, que son las normas autoejecutables del Convenio, en cuanto debió llamar a la consulta respectiva en los términos que señala el Convenio y no a simples actos denominados de sociabilización que distan mucho en forma y contenido de lo que pretende el Convenio 169 vigente en nuestra legislación interna”.

49 El Mercurio: “Ritual mapuche cambia nombre al Museo Araucano Juan Antonio Ríos”, 4 de julio de 2010, C1.

derecho internacional de parte de nuestros tribunales superiores de justicia⁵⁰, calificándolo como un proceso esperanzador⁵¹. Independientemente de los adjetivos que puedan utilizarse, vale la pena resaltar el número creciente de decisiones judiciales que aplican disposiciones contenidas en tratados internacionales. Ejemplos importantes pueden encontrarse en los casos judiciales sobre aplicación del D.L. 2.191 de amnistía, aunque no de forma consistente⁵².

2.3 Presunción de autoejecutabilidad de los tratados sobre derechos humanos

Como hemos señalado, la existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma depende, en alguna medida y en principio, de la intención de las partes contratantes. Esta es la condición subjetiva para su aplicación inmediata y directa. Sin embargo, dado que los tratados de derechos humanos establecen derechos que tienen su origen en la dignidad de las personas, entregar su completa operatividad a los actos del Estado no parece ser la forma más adecuada de otorgarles una real eficacia. En palabras de Cançado Trindade, “no se puede condicionar la totalidad de los derechos internacionalmente consagrados a las providencias legislativas internas de los Estados partes”⁵³.

Por ello, además de la intención de las partes contratantes, la doctrina ha desarrollado el principio de presunción de autoejecutabilidad u operatividad para el caso de los tratados sobre derechos humanos⁵⁴. En este sentido, se sostiene que por las particularidades de los tratados de derechos humanos y por la naturaleza de sus disposiciones, al ser relativas a derechos a favor de terceros beneficiarios, por sí mismos permiten sostener su autoejecutabilidad. A modo de ejemplo, respecto a la CADH se ha afirmado que

...la conclusión debe ser a favor del carácter ejecutable por sí mismo (“self-executing”) de las disposiciones de una convención de esta especie y de su exigibilidad directa e inmediata. Ello es así porque el objeto y razón de ser de una Convención de Derechos Humanos, así como la clara intención de sus autores es reconocer a favor de individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes⁵⁵.

50 Fernández, Miguel “La aplicación por los tribunales chilenos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, No. 1, 2010, en especial págs. 433-37.

51 Aguilar, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”, en: *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 1, 2009.

52 *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009*, Universidad Diego Portales, Santiago, págs. 39-42. Véase, también, Aguilar, Gonzalo, “La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: un proceso esperanzador”... págs. 94-8.

53 Cançado Trindade, Antônio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*... pág. 286.

54 Buergenthal, Thomas, “El sistema interamericano para la protección de los derechos humanos”, en: *Anuario Jurídico Interamericano 1981*, Washington D.C, OEA, 1982; Cançado Trindade, Antônio “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en: *El juez y la defensa de la democracia: un enfoque a partir de los derechos humanos*. IIDH, 1993 editado por Lorena González Volio; Jiménez de Aréchaga, Eduardo “La Convención Americana sobre Derechos Humanos como derecho interno”, en: *Revista IIDH*, Vol. 7, 1988; Nikken, Pedro, “El derecho internacional de los derechos humanos”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, No. 72, 1989; Bidart, Germán, y Daniel Herrendorf, *Principios de derechos humanos y garantías*. EDIAR, Buenos Aires, 1991; Monroy Cabra, Marco G., “Aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico interno”, en: *Derechos humanos en las Américas, in memoriam a Carlos Dunshee de Abranches*. Washington, OEA, 1984, citado en Ayala Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en: Méndez, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. UNAM, México D.F., 2003.

55 Jiménez de Aréchaga, Eduardo “La Convención Americana sobre Derechos Humanos como derecho interno”... pág. 32.

Si se aprecia correctamente, en línea con las obligaciones que la firma de un tratado supone para un Estado,

...la consecuencia insoslayable de la incorporación de un tratado de derechos humanos autoejecutable, es su vocación de aplicabilidad y la correspondiente obligación de los jueces para que los tengan en cuenta cuando corresponde su aplicación directa, además de constituirse en una fuente de interpretación obligatoria para las propias normas nacionales de derechos humanos⁵⁶.

Como hemos visto en la sección anterior (2.2), esto no quiere decir que todos los derechos contenidos en los tratados sean *per se* autoejecutables. Más bien se trata de llamar la atención sobre el papel que cabe a los jueces al acercarse a un tratado internacional, utilizando un criterio pro ejecutabilidad de los mismos. Como se ha advertido, el “problema de la autoejecutabilidad de las normas de los tratados que consagran derechos humanos, se refiere al tema de si todos los derechos humanos contenidos en tratados pueden ser invocados directamente por los individuos ante los tribunales domésticos, una vez que el ordenamiento jurídico interno da validez interna a los tratados”⁵⁷. En lo que deseamos insistir es en que la presunción de autoejecutabilidad respecto a las normas de los tratados debe siempre orientar la labor interpretativa de juezas y jueces.

Autoevaluación:

1. A partir de la lectura, señale las particularidades que presentan los tratados internacionales sobre derechos humanos en relación a los tratados internacionales en general.

2. De acuerdo a lo explicado, identifique cuál de las siguientes alternativas explica la importancia de distinguir entre normas de carácter autoejecutable y normas no autoejecutables en los tratados internacionales de derechos humanos:

⁵⁶ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno: la importancia del principio *pro homine*”, en: *Revista IIDH*, Vol. 39, 2004.
⁵⁷ Medina, Cecilia, y Jorge Mera (eds.), *Cuadernos de Análisis Jurídico No. 6: Sistema jurídico y derechos humanos...* pág. 32.

- a. Es relevante para determinar la jerarquía de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno.
 - b. La distinción tiene relación directa con la obligación de otorgar validez a los tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno.
 - c. Determinar la autoejecutabilidad de las normas de los tratados internacionales que consagran derechos humanos se refiere a la posibilidad de que dichos derechos sean invocados directamente por los individuos ante los tribunales domésticos.
 - d. La distinción permite identificar las normas internacionales integrantes del derecho internacional de los derechos humanos.
3. Identifique la alternativa que describe de manera más completa, los criterios identificados por nuestro TC, para determinar cuándo una norma integrante de un tratado internacional tiene el carácter de autoejecutable:
- a. Las normas autoejecutables son las que tienen el contenido y precisión necesarias que las habilita para ser aplicadas sin otro trámite como fuente de derecho interno.
 - b. Son aquellas normas que no gozan de la claridad necesaria para ser aplicadas de manera directa por el juez al solucionar un caso concreto.
 - c. Son autoejecutables aquellas normas que requieren para su entrada en vigencia de la dictación de una ley que la implemente y la haga aplicable como fuente del derecho interno.
 - d. Las normas autoejecutables son aquellas incorporadas al derecho interno por medio de un acto legislativo expreso que les otorga valor.
4. Explique por qué es relevante la existencia de una presunción de autoejecutabilidad respecto a las normas integrantes de un tratado internacional sobre derechos humanos. Señale cómo para los operadores de justicia es útil la existencia de dicha presunción al momento de resolver un caso.

Respuestas

1. Los tratados sobre derechos humanos, a diferencia de los otros tratados internacionales, buscan establecer deberes de respeto y protección a favor de las personas. En efecto, el objetivo y fin de los tratados sobre derechos humanos es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independiente de su nacionalidad, tanto frente al propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. En los tratados internacionales en general, el principal objetivo es obtener el beneficio mutuo de los contratantes.

En definitiva, en virtud de los objetivos perseguidos, es posible afirmar la importancia de la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al sistema normativo interno.

2. c)
3. a)
4. Es relevante la existencia de la presunción, dado que los tratados sobre derechos humanos establecen derechos que tienen su origen en la dignidad de las personas y entregar su completa operatividad a los actos del Estado no parece ser la forma más adecuada de otorgarles una real eficacia.

La presunción de autoejecutabilidad no significa que todos los derechos contenidos en los tratados sean *per se* autoejecutables, más bien se trata de llamar la atención sobre el importante rol que le cabe a las y los operadores de justicia al momento de utilizar un tratado internacional. En efecto, la labor interpretativa del juez debe estar orientada por un criterio pro ejecutabilidad de los mismos.

3. Interpretación del art. 5, inc. 2, de la Constitución Política de la República

La Constitución Política de la República de Chile rige desde el 11 de marzo de 1981. Su texto original contenía referencias a los tratados internacionales sólo en lo atinente a su negociación –por parte del presidente– y aprobación –por parte del Congreso. El texto original del art. 5 disponía, escuetamente, que “el ejercicio de la soberanía reconoce como límites el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Esta ausencia de toda referencia constitucional a la jerarquía o importancia de los tratados conspiró en contra de su utilidad judicial durante los años de represión estatal. El inminente retorno a la democracia, así como los fuertes cuestionamientos que recibía la “doctrina” de la dictadura en torno a los tratados internacionales sobre derechos humanos, llevó a las fuerzas políticas a consensuar una reforma al art. 5, en la que se pretendía resaltar el valor de los tratados internacionales pisoteados durante la dictadura. Francisco Cumplido explica la necesidad de la reforma en las siguientes palabras:

En primer término, porque sólo esporádicamente los tribunales aplicaban directamente las normas de la Constitución y, también, frecuentemente exigían que la legislación recepcionara lo convenido en los tratados internacionales. En segundo término, se había producido, durante el gobierno militar la suscripción, ratificación y promulgación de tratados sobre derechos humanos y, al no ser publicados en el Diario Oficial, los tribunales no los aplicaban por estimar que no estaban vigentes. Así ocurrió con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos promulgado en 1976, y publicado sólo en abril de 1989; con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado en 1976 y promulgado y publicado el 27 de mayo de 1989; con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, sólo publicada en 1991⁵⁸.

58 Cumplido, Francisco, “La Reforma Constitucional de 1989 al inciso 2° del Artículo 5° de la Constitución: sentido y alcance de la reforma”, en: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, 2003.

A partir del año 1989, fecha en la cual se produce la modificación del art. 5, inc. 2, de la Constitución, éste ha sido interpretado como fundamento de la incorporación automática de las normas contenidas en tratados internacionales vigentes y ratificados por el Estado. Dicho artículo dispone que:

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

El artículo en análisis ha sido objeto de diversas interpretaciones. Una de las principales discusiones que ha provocado la confusa redacción adoptada en la reforma es la relativa a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Para Cumplido,

...los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que los derechos esenciales, garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados por Chile y vigentes, tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución. En segundo término les dábamos a los referidos derechos el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos, no la parte adjetiva del tratado⁵⁹.

El TC, a diferencia de las aspiraciones políticas a las que alude Cumplido, ha entendido que los tratados internacionales poseen una jerarquía superior a la de la Ley –aunque formalmente son una– pero inferior a la Constitución. Así, en su sentencia sobre control de constitucionalidad de su propia ley orgánica, argumentó:

Que, respecto a la jerarquía de los tratados internacionales, luego de la reforma constitucional de 2005 a que ya se ha hecho referencia [...] que aquéllos no son propiamente una ley, como ya lo había por cierto entendido esta Magistratura (Rol No. 288), ello no es óbice a que, en cuanto a su rango, este Tribunal ha estimado que deben sujetarse a la Carta Fundamental.

Que en dicho fallo se cita la doctrina del profesor Alejandro Silva Bascañán, para quien los tratados revisten ‘una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa’⁶⁰.

Como se aprecia, la importancia de esta sentencia radica en el hecho que, en caso que se considere que un tratado es contrario a la Constitución, deberá reformarse ésta última a objeto de poder dar fuerza a aquel. Esto fue lo que aconteció con el Estatuto de Roma. Habiendo sido ese tratado declarado contrario a la Constitución, el TC advirtió que la única forma constitucional que quedaba habilitada para otorgarle fuerza a dicho instrumento era la de reformar la Carta⁶¹. Y el TC volvió a recordarlo en 2009:

Que un ejemplo reciente y corolario de lo dicho respecto de la jerarquía de los tratados y de que sus disposiciones tienen en nuestro sistema rango legal, se encuentra en la dictación de la Ley de Reforma Constitucional No. 20.352, que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional y que introdujo la nueva disposición transitoria vigesimocuarta a la Carta Suprema para dichos efectos. Esta nueva disposición que se agrega a nuestra Constitución era la única vía para que Chile pudiera ratificar dicho tratado internacional pues, conforme dictaminó esta Magistratura en la sentencia Rol No. 346, arriba citada, los tratados internacionales no tienen rango

59 *Ibidem*.

60 Tribunal Constitucional, Rol 1.288, 25 de agosto de 2009, considerandos 43 y 45.

61 Tribunal Constitucional, Rol 346, 8 de abril de 2002, considerandos 68 y ss.

constitucional. Pues bien, si se requirió reformar la Constitución para poder suscribir un tratado que podía pugnar con ella, es evidente que un tratado internacional tiene rango inferior a ella, rango de ley, y sus preceptos son preceptos legales perfectamente susceptibles de ser requeridos de inaplicabilidad, en la medida que se cumplan los demás requisitos que la Constitución establece para ello⁶².

Sin embargo, de la discusión relativa a la jerarquía de los tratados, resuelta de la forma vista por el TC, lo que nos interesa destacar en este estudio es la forma en que el art. 5, inc. 2, permite reclamar la aplicación directa de las disposiciones de los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos. En este sentido, la doctrina ha afirmado que

...la reforma constitucional de 1989 trajo consigo la inmediata aplicación del orden internacional, en cuanto receptor de derechos esenciales, por los órganos estatales. Aun más, a éstos ha podido reclamárseles el cumplimiento del deber que por aquella se les impuso de respetar y promover tales derechos. De ese modo, por una circunstancia sobreviniente se reforzó la concepción que ya recogía el constituyente de 1980 de que los derechos esenciales asegurados en tratados internacionales, o en el texto mismo del Código Político o en cualquier otra fuente formal, constituyen un límite a la soberanía, e incluso al poder constituyente⁶³.

En definitiva es posible sostener que la reforma al artículo en análisis proporcionó un fortalecimiento al deber de garantizar y respetar los derechos humanos. En efecto, y desde la reforma, todos los órganos del Estado se encuentran obligados a respetar las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, el art. 5, inc. 2, de la Constitución constituye una cláusula que otorga operatividad inmediata a las disposiciones contenidas en tratados internacionales vigentes en Chile sobre derechos humanos. Como ha sugerido Rossel, “el Art. 5° de la Constitución Política consagra la incorporación automática de los tratados sobre derechos humanos requiriendo para ello, la ratificación. Consecuencialmente, no se requiere de ningún otro acto de Derecho Interno para su aplicación, sin perjuicio del vigor, según ya lo hemos indicado”⁶⁴. Lo anterior no debe hacernos olvidar que será el TC, cuando corresponda, y los tribunales ordinarios, requeridos de la forma legal que corresponda, quienes en algunos casos deberán dilucidar si se está en presencia de normas autoejecutables o de normas programáticas que demandan de un acto estatal previo. Con todo, ni el TC ni los tribunales debieran tener dudas sobre la procedencia de mirar al DIDH que, conforme al art. 5 recién visto, debe considerarse parte de nuestro derecho interno.

Solo así será posible conciliar las definiciones estructurales de nuestro esquema constitucional, alcanzadas por el TC, con los objetivos políticos buscados con la reforma de 1989. En este sentido, recuérdese que

...el objetivo que perseguía la reforma era un fortalecimiento de la posición de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno. Una manera de reforzarlos fue la de establecer claramente la igualdad jurídica de los derechos humanos consagrados en la Constitución y de los contenidos en tratados internacionales. Otra consistió en explicitar en la propia Constitución ciertas obligaciones que los órganos del Estado debían cumplir respecto de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los tratados internacionales⁶⁵.

62 Tribunal Constitucional, Rol 1.288, 25 de agosto de 2009, considerando 49.

63 Pfeffer, Emilio, “Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno”...

64 Rossel Contreras, Mario, “Constitución y tratados de derechos humanos”, en: *Ius et Praxis*, Vol. 2, No. 2, 1997, pág. 118.

65 Medina, Cecilia, y Jorge Mera (eds.), *Cuadernos de Análisis Jurídico No. 6: Sistema jurídico y derechos humanos...* pág. 72.

Autoevaluación:

Marque la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. Los derechos humanos, en el ámbito interno:
 - a. Se encuentran protegidos por leyes ordinarias.
 - b. Se incorporan al derecho interno a través del artículo 5 inciso segundo de la Constitución Política de la República.
 - c. Si no están consagrados expresamente en nuestra Constitución no tienen valor alguno.
 - d. Ninguna de las anteriores.
2. Como operador de justicia, ¿alguna vez le ha correspondido conocer de algún caso en el cual se utilizara el artículo 5 inciso segundo para invocar tratados internacionales sobre derechos humanos? Describa la situación y el resultado.

Respuesta

1. b)

4. Incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad

La figura del bloque de constitucionalidad es aquella institución jurídica que busca integrar como unidad todos aquellos principios, valores y derechos fundamentales, entre los cuales podemos identificar algunos que no se encuentran expresados de manera directa en la Constitución pero que se incorporan al texto constitucional de acuerdo a las técnicas de reenvío normativo que las mismas constituciones señalan y que en su conjunto representan los principios rectores de un Estado de Derecho. Al respecto, la doctrina afirma que

...las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite y que integran el llamado bloque de constitucionalidad⁶⁶.

En efecto, para determinar qué normas integran el bloque de constitucionalidad podemos identificar distintas formas de incorporación de normas a las constituciones que rigen a los Estados.

El objetivo del desarrollo de la figura del bloque de constitucionalidad es reconocer una unidad normativa como ente rector al momento de considerar y aplicar los derechos fundamentales. En este sentido, una de las consecuencias de la determinación del bloque de constitucionalidad es la armonización que se logra entre las distintas normas que lo integran. Así, la doctrina ha sostenido que la determinación de un bloque de constitucionalidad ha llevado a determinar la existencia de “un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente que combina la modernidad y las tradiciones y en el que sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados”⁶⁷. Así entendido, el principal objetivo de la idea de bloque de constitucionalidad constituye en otorgar una mayor protección a las personas ampliando el campo normativo de sus derechos de lo doméstico a lo internacional. ¿Cómo es esto posible? En virtud de la complementación y desarrollo del catálogo de derechos que reconoce el texto expreso mediante la incorporación de nuevas concepciones de los derechos y de interpretaciones que amplíen el marco de protección.

Nótese el siguiente caso. Un abogado es querrellado por una persona que se desempeñaba como funcionario de Estado (senador). El abogado había criticado al funcionario por encontrarse involucrado en autorizaciones para la tala ilegal de alerce, especie protegida en Chile. El abogado apareció realizando dichas afirmaciones en un programa de televisión y el juzgado de garantía debía definir si acaso sus expresiones se habían realizado en ejercicio legítimo de la libertad de expresión o, en cambio, si acaso se había afectado el honor del funcionario. Al momento de construir el contenido de la libertad de expresión, el juzgado señala lo siguiente:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en forma reiterada ‘que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública, gocen de una mayor protección que permita un margen de apertura para un debate amplio, esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático’⁶⁸.

Como se aprecia, la idea de bloque de constitucionalidad cobra fuerza al reforzar la comprensión que se posee de la libertad de expresión en el ámbito interno. Dicha libertad se interpreta de conformidad al desarrollo que la misma ha tenido en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sin embargo, cabe señalar que uno de las principales problemas que enfrenta la idea del bloque de constitucionalidad son sus límites, es decir, ¿qué tipo de normas incorporamos al bloque de constitucionalidad? ¿Sólo los tratados internacionales? ¿Pueden considerarse también las recomendaciones u observaciones que un órgano internacional pueda realizar sobre las mismas normas que componen el tratado? Sin duda este es un punto a discutir y, de acuerdo a cuál sea la respuesta, se puede modificar en diversos sentidos el concepto de bloque de constitucionalidad.

66 Uprimny, Rodrigo, *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Consejo Superior de la Judicatura/ Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, 2006, pág. 4.

67 Favoreu, Louis, y Francisco Rubio Llorente, “Ponencia francesa”, en: *El Bloque de Constitucionalidad*. Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 42.

68 8° Juzgado de Garantía de Santiago, Rit 3.764-2007, 19 de enero de 2008, considerando 17.

En definitiva y siguiendo el razonamiento de Rodrigo Uprimny⁶⁹, uno de los principales objetivos en el desarrollo de la figura del bloque de constitucionalidad es la posibilidad de otorgar dinamismo a las constituciones, no convirtiéndose así la Carta Fundamental en texto pétreo o cerrado. Más bien, se la reconoce como una Constitución dinámica con posibilidades de adaptarse a los cambios históricos al contar con la opción de incorporar importantes principios y derechos que no se encuentran directamente expresados en su texto. En definitiva, el juez, al momento de solucionar un determinado conflicto, deberá tomar en consideración todas las normas integrantes del bloque de constitucionalidad y no sólo aquellas expresamente desarrolladas en la Constitución.

En este sentido vale la pena detenerse en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1340, en la cual el TC parece acoger implícitamente la figura del bloque de constitucionalidad. Específicamente en el considerando noveno señala:

Que debe reconocerse, en efecto, que los diversos instrumentos internacionales, ratificados por Chile y vigentes, que cita el juez requirente en apoyo de su argumentación, consagran el derecho a la identidad personal generando, por ende, la obligación de los órganos del Estado de respetarlos y promoverlos, en los términos aludidos en el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental.

La afirmación precedente se concilia perfectamente con el criterio sostenido por esta Magistratura en el sentido de que el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1º, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra.

Asimismo, que **aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país**⁷⁰.

En conclusión, por aplicación de la figura del bloque de constitucionalidad los tratados sobre derechos humanos logran complementar el catálogo de derechos fundamentales reconocidos a nivel interno. En efecto

...los derechos contemplados en el tratado que es ratificado y se pone en vigencia se incorporan a la carta fundamental de derechos vigentes en el país, al lado y con la misma fuerza que los establecidos en la propia Constitución. Por así decirlo, los derechos esenciales enumerados en la propia Constitución y aquellos contenidos en los tratados ratificados y vigentes pasan a formar un solo 'Bloque Constitucional de Derechos Humanos', que el legislador no puede variar y el constituyente debe considerar⁷¹.

Lo anterior con la meta de otorgar un mayor espacio de protección a los individuos, ya que

...en materia de protección es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacional e internacional como un conjunto sistemático de protección (corpus iusgarantista) en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales⁷².

69 Uprimny, Rodrigo, *Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal...* pág. 38.

70 Tribunal Constitucional, Rol 1340-2009, sentencia 29 de septiembre de 2009.

71 Tapia Valdés, Jorge, "Efectos de los tratados sobre derechos humanos en la jerarquía del orden jurídico y en la distribución de competencias. Alcances del nuevo inciso segundo del artículo 5º de la CPR de 1980", en: *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9, No. 1, 2003, pág. 357.

72 Nash Rojas, Claudio, "Los derechos fundamentales: debates actuales y desafíos futuros", en: *Revista de Derecho Público*, Vol. 67, 2005, pág. 92.

Tema distinto es el relativo a la utilidad del bloque de constitucionalidad, ya no para decidir un caso concreto de aplicación de derechos fundamentales, sino para configurar el parámetro de revisión de la legislación. La pregunta acá es si el TC puede construir un bloque de constitucionalidad conforme al cual va a cotejar la validez constitucional de las leyes. Esta pregunta parece responderse negativamente en el caso de Chile. Y ello es así por la forma en que se encuentra estructurado nuestro sistema de control de constitucionalidad. El mismo reconoce la posibilidad de que los tratados internacionales sobre derechos humanos sean revisados en su constitucionalidad por el TC, razón por la cual, además, el TC ha señalado que su jerarquía es inferior a la de la Constitución, sin perjuicio que materialmente se incorporen a la interpretación de la misma. En efecto, la Constitución y el mismo TC reconocen facultades para que éste último pueda declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un tratado.

Autoevaluación:

Marque la(s) respuesta(as) correcta(s)

1. A partir de la lectura del presente capítulo, ¿cuál de las siguientes alternativas caracteriza de mejor forma la figura del bloque de constitucionalidad?
 - a. Se refiere al conjunto de normas constitucionales y normas legales que regulan el derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno.
 - b. Se refiere al conjunto de principios y valores que informan a la Constitución Política de la República formando un sistema suficientemente armonioso y coherente de protección de los derechos humanos.
 - c. Es un concepto desarrollado por la doctrina para referirse a los derechos humanos reconocidos expresamente por nuestra Constitución Política de la República.
 - d. Es aquella institución jurídica que busca integrar como unidad todos aquellos principios, valores y derechos fundamentales, entre los cuales podemos identificar algunos que no se encuentran expresados de manera directa en la Constitución pero que se incorporan al texto constitucional de acuerdo a la técnicas de reenvío normativo y que en su conjunto representan los principios rectores de un Estado de Derecho.
2. Analice si es aplicable a nivel interno el concepto acuñado por la Corte IDH del **corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos** para identificar al conjunto de instrumentos internacionales de distinta clase que le permitirán configurar el contenido y alcance de los derechos humanos. Comente si dicho concepto debe ser considerado por los jueces ordinarios al momento de utilizar la figura del bloque de constitucionalidad.

Para responder, considere el caso “Instituto de Reeducación del Menor” de la Corte IDH. Vale la pena indicar que este tribunal no posee facultades para aplicar directamente la Convención sobre Derechos del Niño. Sin embargo, ha argumentado lo siguiente:

“Esta Corte analizará el presente caso teniendo este hecho en particular consideración, y decidirá sobre las violaciones alegadas respecto de otros derechos de la Convención Americana, a la luz de las obligaciones adicionales que el artículo 19 de la misma impone al Estado. Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte

de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar” (Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*, 2004).

3. Considere el siguiente supuesto: ante usted se presenta una demanda en la que un grupo de trabajadores alega que su empleador, a través de amenazas verbales y abusando de su poder de dirección, ha impedido que un grupo de trabajadores lleve a cabo un llamado a realizar una huelga con el objeto de protestar por las malas condiciones de seguridad e higiene en las cuales desempeñan sus labores.

El abogado de la empresa le indica en su escrito de contestación que el derecho a huelga no se encuentra reconocido en ningún artículo de la Constitución Política de la República de Chile y, en consecuencia, no puede ser alegado por los trabajadores en cuestión. Además señala que no existe ningún tipo de afectación a los derechos fundamentales de los trabajadores.

Indique si es posible aplicar en este caso el bloque de constitucionalidad y bajo qué fundamentos.

Respuestas

1. d)
2. La pregunta busca identificar si el lector ha comprendido la importancia del concepto de bloque de constitucionalidad como herramienta que permite la incorporación de textos no reconocidos expresamente en el orden jurídico interno. Lo anterior con el objeto de otorgar mayor eficacia a los derechos humanos en el derecho interno. Se debe destacar la importancia del concepto del *corpus iuris* del DIDH.
3. Siguiendo al profesor Rodrigo Uprimny, el bloque de constitucionalidad presenta cierta potencialidad democrática ya que permite otorgar dinamismo a las constituciones. El bloque, como herramienta de incorporación del derecho internacional, permite adaptar la Constitución a los cambios históricos en la medida en que faculta a los jueces a considerar derechos que no están incluidos directamente en el texto constitucional, pero que en el curso del tiempo pueden llegar a adquirir una enorme importancia, como es, en el caso chileno, el derecho a huelga.

5. Conclusiones

Para cumplir con la obligación de asegurar una operatividad a las normas internacionales, los Estados pueden optar por diversos medios. Por una parte, pueden establecer un método de incorporación directo, por otra, pueden optar por dictar leyes que reproduzcan el contenido de las normas internacionales.

La incorporación automática del DIDH constituye una sólida base judicial que permite la protección de los mismos. En nuestra realidad jurídica podemos identificar distintos fundamentos para la aplicación directa de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En una primera etapa la discusión se centró respecto al sentido y alcance del artículo 5, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, tras la modificación del año 1989. Durante los últimos años la doctrina chilena ha comenzado

a desarrollar la idea del bloque de constitucionalidad al interior de nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo así la aplicación que de dicho concepto han hecho otros tribunales latinoamericanos⁷³.

En suma, tanto la interpretación del art. 5, inc. 2, de la Constitución como la aplicación del concepto del bloque de constitucionalidad son criterios de incorporación directa del DIDH al momento que los tribunales de justicia resuelven conflictos jurídicos. En efecto

...las obligaciones de un tratado obligan a cada uno de los órganos del Estado dentro del ámbito de competencias concernidas por su cumplimiento, y en este sentido el compromiso internacional de un Estado de respetar y promover ciertos derechos impone al juez el deber de actualizar ese respeto y promoción en el ámbito de su actividad jurisdiccional⁷⁴.

En definitiva, el juez debe optar por los distintos criterios existentes para otorgar operatividad a un tratado internacional. Pero para que dicha operatividad sea efectiva es necesaria la existencia al interior del ordenamiento jurídico de acciones y recursos procesales eficaces, siendo el acceso a la justicia uno de los principales puntos a asegurar para otorgar una operatividad práctica a los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.

73 “El bloque de constitucionalidad es un término que comenzó a utilizar la Corte Constitucional colombiana sólo a partir de 1995 pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo”. Arango Olaya, Mónica, “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, en: *Precedente-Anuario Jurídico 2004*, 2004, pág. 79.

74 Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos fundamentales*. Legal Publishing, Santiago, 2008, pág. 342.

§. 5

Respuestas institucionales para la protección de derechos humanos en Chile

Objetivo

Este capítulo aborda las herramientas de protección de derechos humanos que provee el Estado de Chile, sean éstas de orden administrativo (como las comisiones de protección de derechos) o de orden judicial (como las acciones constitucionales). El objetivo de esta sección, entonces, es doble: de una parte, comprender las respuestas que el Estado ha consagrado para la defensa de los derechos humanos y, de otra, otras formas de control de la actividad estatal que, aun cuando no hayan sido diseñadas únicamente para servir al objetivo de la protección de los derechos humanos, permitan canalizar su defensa.

Tema

El presente capítulo aborda las respuestas institucionales que el Estado de Chile ha elaborado para la defensa, protección y promoción de los derechos humanos. Al mismo tiempo, repasa las acciones constitucionales de protección de derechos y de control de constitucionalidad de las leyes.

Sumario

1. Sistema nacional de protección de derechos humanos; 1.1 Principios para las instituciones nacionales de derechos humanos; 1.2 Instituciones de derechos humanos en Chile; a. Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior; b. La Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial; c. La Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas; d. El Instituto Nacional de Derechos Humanos; 1.3 Chile ante las instancias internacionales; 2. Protección constitucional de derechos en Chile: acciones y justicia constitucional; 2.1 Acciones constitucionales de protección de derechos; a. Recurso de protección; b. Recurso de reclamación por ciudadanía; c. Recurso de amparo (hábeas corpus); 2.2 Justicia constitucional; a. Momento del control (preventivo/posterior); b. Control represivo o *a posteriori*; 3. Conclusiones.

Normas nacionales relevantes

Arts. 12, 19 No. 7 letra b), 20, 21 y 93 de la Constitución Política de la República de Chile.

Jurisprudencia citada

Tribunal Constitucional, Rol 943, 10 de junio de 2008. Sobre inaplicabilidad del art. 2.331 del Código Civil, que impide la reclamación de daño moral para el caso de delitos contra el honor. Señala que el daño moral es parte de la reparación íntegra.

Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 53.423, 17 de septiembre de 2002. Sentencia en recurso de amparo a favor de adolescentes privados de libertad por infracciones a sus derechos humanos durante el cumplimiento de sus penas.

—oOo—

1. Sistema nacional de protección de derechos humanos¹

Objetivo específico

En esta unidad se entrega a las y los operadores jurídicos noticia de las instituciones que, sea por mandato legal, sea por mandato reglamentario, se encuentran habilitadas para desarrollar acciones de protección de los derechos humanos, incluidas las de recurrir a la justicia en búsqueda de investigación, sanción y reparación.

—oOo—

La historia de Chile en materia de derechos humanos es una que no escapa a la realidad que exhibe la región: regímenes democráticos interrumpidos por golpes de Estado y que hoy, con mayores o menores problemas, se encuentran en etapas de transición a la democracia. Sin embargo, Chile sí se ha mantenido ajeno a la tendencia expandida en la región de configurar instituciones encargadas de la investigación y sanción, por una parte, y prevención, por otra, de violaciones masivas a los derechos humanos. Mientras parte importante de la región ha entendido que las institucionales nacionales de derechos humanos permiten crear distintos niveles de diálogo y control entre la ciudadanía y quienes ejercen el poder a su nombre², cuestión especialmente sensible en el contexto de democracias transicionales³, Chile ha preferido entregar esa labor al Poder Judicial, con las ventajas y desventajas que esa decisión trae.

El presente acápite aborda la forma en que Chile ha encarado una discusión que a estas alturas del desarrollo de la democracia se ha tornado inevitable: qué tipo de instituciones posee Chile para proteger los derechos de los ciudadanos y de qué forma encara las obligaciones internacionales voluntariamente adquiridas.

1.1 Principios para las instituciones nacionales de derechos humanos

Conforme a las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos consagradas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), corresponde a los Estados no solo

1 Esta sección, editada y reducida, descansa fuertemente en el capítulo “Instituciones nacionales de derechos humanos”, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*. Universidad Diego Portales, Santiago, págs. 539-71, preparado por el profesor Matías Guilloff.

2 Reif, Linda, *The Ombudsman, Good Governance, and the International Human Rights System*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, págs. 1-25.

3 Zalaquett, José, “La institucionalidad estatal de derechos humanos y la creación del Instituto de Derechos Humanos en Chile”, en: *Anuario de Derechos Humanos*, No. 6, 2010, pág. 160.

evitar ejecutar actos directos que violen derechos fundamentales, sino garantizar, en los hechos, el efectivo goce de los derechos humanos. Para ello, deben organizar todo el aparato estatal de modo que las personas puedan ser protegidas efectivamente de amenazas y violaciones a sus derechos. La respuesta que las sociedades respetuosas de los derechos han entregado al respecto, no pasan sólo por exhibir sistemas judiciales independientes. Debe contarse también con instituciones autónomas y con capacidad de representación judicial, que puedan complementar las limitadas funciones judiciales en esta materia.

En la literatura especializada se da cuenta del surgimiento de las instituciones nacionales de derechos humanos, cuyos estándares básicos se encuentran establecidos en los denominados Principios de París⁴. De acuerdo a esos Principios, se debe crear un organismo nacional específico de derechos humanos que se constituirá en guardián, asesor y educador en la materia⁵. Por ejemplo, los Principios han recibido especial atención en el contexto del desarrollo e implementación de los denominados defensores(as) del pueblo u *ombudsman*, modelo por el que se ha optado preferentemente en la región⁶, con excepción de Chile y Uruguay⁷.

Un primer aspecto tratado por los Principios es el de la **amplitud del mandato**. Al respecto establecen que la institución tendrá competencias en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos y contará, para estos efectos, con el más amplio mandato posible, establecido en un texto constitucional o legal⁸. En segundo lugar, los Principios abogan por establecer una adecuada **independencia** para las instituciones. Para ello se establecen una serie de garantías, como que cuente con infraestructura adecuada, fondos suficientes para ser destinados a dotación de personal y bienes propios y, como resulta evidente, no estar sujeta a ninguna clase de control financiero del Estado que pueda limitar su independencia⁹. Por lo mismo, no basta con que al establecer una institución de esta naturaleza se señale expresamente que tendrá un carácter autónomo. Será necesario, además, que cuente con los recursos humanos, materiales y de infraestructura adecuada para que, en los hechos, esa autonomía sea posible. Tal como ocurre con las instancias judiciales, y en el sentido de preservar su independencia, se establecen exigencias relativas a la estabilidad de sus miembros (i.e. que el nombramiento se haga a través de un acto oficial), en el que se señale el plazo de duración de su mandato¹⁰.

4 Asamblea General de Naciones Unidas, Principios Relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos (Principios de París), Res. 48/134, 20 de diciembre de 1993. Disponible en: <<http://www.nhri.net/pdf/ParisPrinciples.spanish.pdf>>, a marzo de 2011.

5 Pohjola, Anna-Elina, *The evolution of National Human Rights Institutions: The role of the United Nations*. The Danish Institute for Human Rights, 2006, pág. 124. Disponible en: <http://www.nhri.net/pdf/Evolution_of_NHRIs.pdf>, a marzo de 2011.

6 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Evaluar la eficacia de las instituciones nacionales de derechos humanos*. Consejo Internacional para Estudios de Derechos Humanos, Suiza, 2005, pág. 6. Disponible en: <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRIs.pdf>>, a marzo de 2011. No se trata del único modelo disponible. La evolución de las instituciones nacionales de derechos humanos revela que éstas pueden adoptar diversas formas, siendo la primera de ellas la de *comisiones consultivas* (sin competencias para recibir denuncias); comisiones con competencia judicial para recibir y tramitar denuncias individuales sobre violaciones a los derechos humanos, y *centros nacionales de derechos humanos*, cuya estructura se asemeja a las de las comisiones consultivas (cuyo trabajo se centra más en la investigación, dedicados principalmente a entregar orientaciones de política pública a quienes tienen a su cargo la toma de decisiones).

7 Cámara de Diputados, Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, Boletín No. 332-07.

8 Principios de París, letra A, números 1 y 2.

9 Principios de París, letra B, número 2.

10 Principios de París, letra B, número 3.

Mención aparte merece la **legitimidad activa** de las instituciones de derechos humanos. Si bien no se trata de una exigencia reconocida expresamente en los Principios de París, en nuestro país y en la región, dada la situación de falta de recursos procesales y los estrechos criterios que se manejan para la comparecencia en juicio, la legitimidad activa de las instituciones se convierte en una atribución fundamental si la idea es diseñar una institución que pueda cumplir de manera efectiva las funciones de defensa, asesoría y educación. Además, es importante enfatizar que los Principios establecen solamente un piso mínimo para el establecimiento de estas instituciones¹¹ y la propia práctica de las Naciones Unidas parece confirmar que ésta es una atribución fundamental¹².

A lo anterior debe agregarse la disímil manera en que los intereses pueden ser representados judicialmente, cuestión especialmente sensible en el contexto de nuestra tradición procesal civil, misma que se basa en la noción de derecho subjetivo. De esto se sigue que la posibilidad de accionar en juicio y, consecuentemente, de obtener un pronunciamiento judicial quede supeditada a que quien solicita la acción de la justicia pueda mostrar la afectación concreta e individualizada a un interés de naturaleza patrimonial. Efecto de lo anterior es que en sede judicial cualquier otro tipo de interés que sea invocado por la parte no será considerado como suficiente para cumplir con el requisito de la legitimidad activa, con lo que las acciones y demandas que puedan presentar individuos o grupos esgrimiendo esta otra clase de intereses son desechadas por la justicia sin que sea necesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto¹³.

1.2 Instituciones de derechos humanos en Chile

En Chile las instituciones existentes son insuficientes e inefectivas para otorgar protección a los derechos de las personas. En rigor, ninguna de las iniciativas administrativas y parlamentarias, pendientes y aprobadas –incluido el Instituto Nacional de Derechos Humanos– logra satisfacer los estándares de independencia, autonomía y representación judicial efectiva desarrollados por el derecho internacional.

a. Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior

Al cierre de la Comisión Rettig (sobre verdad y reconciliación) quedaban aún varias alegaciones de violaciones a los derechos humanos pendientes de ser calificadas. Por esta razón es que la Ley No. 19.123 estableció la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, con el objetivo de examinar y calificar casos de ejecuciones forzadas y de desapariciones de personas, estableciendo, además, medidas de reparación, económicas y simbólicas¹⁴. Habiendo expirado el plazo de vigencia legal de dicha Corporación en 1997, y dada la persistencia de ciertas situaciones que no habían sido aclaradas en materia de detenidos-desaparecidos, ejecutados políticos y de determinación de las circunstancias de muerte o desaparición, el Gobierno del (entonces) presidente Eduardo Frei dicta el Decreto Supremo

11 Pohjolainen, Anna- Elina, *The evolution of National Human Rights Institution...* pág. 122.

12 En efecto, una parte de los fondos que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos otorga por la vía de la asistencia técnica, van dirigidos para que las instituciones nacionales de derechos humanos contemplen este tipo de atribuciones. Pohjolainen, Anna- Elina, *The evolution of National Human Rights Institution...* pág. 69; Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Suplemento No. 36, Nueva York, 2008, párrs. 14 y 15. Disponible en: <[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/01d3348897126a43c1256af80030d0eb/\\$FILE/N0155707.pdf](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/0/01d3348897126a43c1256af80030d0eb/$FILE/N0155707.pdf)>, a marzo de 2011.

13 Una excepción la constituye una decisión del Tribunal Constitucional chileno en la que vincula la reparación del daño moral al efectivo goce de los derechos fundamentales. Tribunal Constitucional, Rol 943, 10 de junio de 2008.

14 D. Of. 08.02.1992.

No. 1.005¹⁵, por medio del cual se crea el “Programa continuación Ley 19.123”. Dicho Programa se instaura como una división dependiente del Ministerio del Interior, específicamente de la Subsecretaría del Interior¹⁶.

Las áreas de intervención del Programa son tres: la jurídica; la de estudios, proyectos y documentación, y la social. El área jurídica, que es la más grande en cuanto a personal y recursos, cuenta con quince abogados cuya principal función es cumplir con el deber del Estado de satisfacer el derecho inalienable “de ubicación de las personas desaparecidas, como igualmente de los cuerpos de las personas ejecutadas y las circunstancias de dicha desaparición o muerte”¹⁷. Para estos propósitos, el Programa se hace parte en todos aquellos casos de detenidos-desaparecidos y ejecutados políticos¹⁸ a través de la figura del tercero coadyuvante. Son abogados particulares o de instituciones –como la Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (CODEPU) o la Fundación de Ayuda Social de la Iglesia Cristiana (FASIC)– quienes interponen las querellas, no el Programa.

Las limitaciones del Programa son evidentes. Primero, se trata de un organismo dependiente de la Subsecretaría del Interior, por lo que carece de independencia en el sentido antes explicado. El cargo que se sitúa en la cúspide de esta organización, la Secretaría Ejecutiva, es uno cuyo nombramiento y remoción dependen de la exclusiva confianza del o la presidenta, mientras que el presupuesto es asignado como un ítem más dentro de los que se contemplan para esa Subsecretaría. Además, como se señaló, no es el Programa quien interpone las querellas pues ninguna ley le concede dicha facultad. El Programa sólo interviene haciéndose parte en las causas una vez que las acciones judiciales han sido presentadas. Las limitaciones que esta modalidad de operación importa para el acceso a la justicia efectiva son claras: las personas deben buscar asesoría legal en cualquier otra instancia, la que, de prosperar, genera la intervención posterior del Programa.

b. La Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial

Esta oficina surge en el año 1993. Al cerrar, la Vicaría de la Solidaridad remitió sus causas relacionadas con ejecutados y detenidos-desaparecidos a la Fundación de Ayuda Social de las Iglesias Cristianas (FASIC) y a la Corporación de Derechos del Pueblo (CODEPU) las referidas a presos políticos. Sin embargo, resultó evidente el estado pendiente de muchas causas de violaciones a los derechos humanos en Chile. Como no era posible cerrar la Vicaría sin precaver el destino de estos procesos, el Ministerio del Interior y el Arzobispado de Santiago firmaron un convenio para formar una institución autónoma no dependiente de la Corporación de Asistencia Judicial (CAJ), con un inmueble prestado en comodato por al Arzobispado y los fondos para pagarle a un asistente social, un junior, una secretaria y tres abogados (la Oficina de Derechos Humanos). Un año después, y al no poder justificar los pagos destinados a una institución externa a él, el Ministerio de Justicia inserta la Oficina en la CAJ.

Hoy, la Oficina es una más de varias que prestan asistencia judicial en la Región Metropolitana, siendo la única que lo hace en materia de derechos humanos. Para efectos administrativos se rige por lo que

15 D. Of. 09.06.1997.

16 El artículo 10 transitorio que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos otorga al Programa un estatus legal, autorizándolo a continuar prestando asistencia legal tratándose de causas del pasado. El Instituto se detalla más adelante, en este mismo capítulo.

17 Art. 6, Ley No. 9.123.

18 A excepción de aquellos relativos a los ejecutados cuyos restos fueron entregados a sus familiares.

determine la CAJ de esta Región¹⁹. Pese a que el énfasis de los patrocinios ha estado puesto en las causas pendientes sobre violaciones del pasado, en 1995, y una vez finalizado el trabajo de la Vicaría, se ven en la necesidad de asumir el patrocinio respecto de causas originadas en hechos acaecidos con posterioridad a la vuelta de la democracia, como abusos por parte de las fuerzas policiales (por ejemplo, casos de personas maltratadas en su interior, así como bajas irregulares acaecidas dentro dichas instituciones).

Las limitaciones a la labor de la Oficina no vienen dadas no por su falta de reconocimiento como organismo autónomo, sino más bien de la naturaleza inherente a las funciones que ésta debe cumplir. Esta función no es otra que la de dar asistencia judicial a personas de escasos recursos, función que es llevada a cabo por egresados de derecho que se encuentran postulando a obtener el título de abogados²⁰, quienes cuentan con la asesoría de tres abogados. Dicha función impacta decisivamente en la protección que esta repartición puede otorgar a los derechos humanos.

En materia de legitimidad activa, la Oficina puede presentar acciones ante los tribunales de justicia. Sin embargo, ello obedece mucho más a la voluntad de los abogados a cargo de dicha repartición que a una expresa atribución de competencias en el ámbito de los derechos humanos. En otras palabras, la unidad funciona con todas las limitaciones de infraestructura, personal y presupuesto propias de la asistencia judicial gratuita a las personas de escasos recursos, como se señala en la revisión general del sistema de acceso a la justicia en Chile. En efecto, para hacerse cargo de alrededor de 2.000 causas, la Oficina cuenta con tres abogados, dieciséis postulantes y una secretaria, todos quienes desempeñan sus funciones en una pequeña oficina en la que hay cuatro computadoras y una impresora. Lo anterior se ejecuta con un presupuesto que sólo considera las remuneraciones de los abogados y de la secretaria, además de un pequeño ítem para gastos.

c. La Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas

La Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas (en adelante, la Comisión) fue creada por el entonces Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar, a través del Decreto Supremo 65 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia²¹. En rigor, la Comisión buscaba entregar una respuesta de emergencia frente a la lenta tramitación legislativa del Defensor del Pueblo, una de las promesas de los gobiernos de la Concertación²². En efecto, la Comisión operaría como un proyecto piloto cuya vigencia expiraría en el momento que fuese aprobado el proyecto de ley del Defensor. Tiene por decreto el objetivo de defender y promover los intereses y derechos de la

19 A la Corporación la dirige, a su vez, un Consejo Directivo presidido por el Secretario Regional Ministerial de la cartera de justicia. Art. 6 del Decreto con Fuerza de Ley No. 995, del Ministerio de Justicia (D. Of. 21.09.1981).

20 Ver artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley 995 del Ministerio de Justicia, que aprueba los estatutos por los cuales se regirá la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana:
“La citada Corporación, que no perseguirá fines de lucro, tendrá por objeto:
a) Proporcionar asistencia judicial y/o jurídica gratuita a personas de escasos recursos, y
b) Proporcionar a los egresados de derecho postulantes a obtener el título de Abogado, la práctica necesaria para obtenerlo en conformidad a la ley”.

21 D. Of. 26.07.2001.

22 El primero de los proyectos al respecto data de 1991. Varios otros se han sucedido desde entonces. Ninguno ha sido aprobado. Véase, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008. Universidad Diego Portales... págs. 555-65.

ciudadanía ante actos u omisiones de organismos de la administración del Estado y en lo referido a la satisfacción de las necesidades públicas²³.

Esta Comisión está integrada por nueve personas²⁴ y se encuentra inserta dentro del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES). Al igual como acontece con el Programa de Derechos Humanos –que depende en cuanto a su presupuesto de la Subsecretaría del Interior– los recursos que maneja la Comisión son un ítem más dentro de lo que año a año se le otorga a la SEGPRES. Al mismo tiempo, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia debe proporcionar a la Comisión “apoyo administrativo y de servicios, así como el personal que requiera para el desarrollo de sus funciones”²⁵.

En cuanto a la práctica, la Comisión opera recibiendo quejas o reclamos por parte de los ciudadanos²⁶. Para que estas quejas puedan ser presentadas a la Comisión, las mismas deben haber sido planteadas previamente ante el servicio contra quien se está interponiendo el reclamo y cumplir con los requisitos de admisibilidad que establece el Reglamento de la Comisión. Sus funciones de defensa y promoción se encuentran acotadas a los órganos de la Administración del Estado, lo que limita el control que pueda ejercerse sobre organismos autónomos de la misma (como el Banco Central, el Poder Judicial y las municipalidades). Oyendo la presentación que al respecto formule la Presidenta de la Comisión, ésta decide si acoge o desestima su trámite²⁷. De ser aceptado, y en caso de ser necesario, se le solicitan antecedentes adicionales al responsable del servicio, especialmente los relativos a las razones y fundamentos que se ha tenido en consideración para no atender la petición del administrado²⁸. Recibidos estos antecedentes, la Comisión se pronuncia en relación a si la respuesta del servicio ha sido satisfactoria o no. En caso de no serlo, la Comisión sólo puede sugerirle al organismo un criterio o enfoque distinto para encarar el problema, pero no puede modificar o dejar sin efecto la decisión de éste. Debe informar al Presidente de la República de la situación, dándole a conocer su parecer y sugiriéndole medidas preventivas o correctivas para adoptar a futuro en la materia²⁹.

Además de la tramitación interna, la Comisión cumple una serie de funciones que tienen por objeto asesorar a la Presidencia en el diagnóstico de la satisfacción de las necesidades públicas de las personas, elaborando informes sobre el estado y calidad de las prestaciones realizadas por la Administración a los ciudadanos, realizando sugerencias para que la Presidenta ordene la adopción de medidas que corrijan o eviten acciones que afecten la regularidad, continuidad e igualdad en la satisfacción de las necesidades públicas a su cargo y proponiendo un plan anual de satisfacción de las necesidades públicas³⁰.

23 Art. 1 del D.S. No. 65 (“Créase la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, como órgano Asesor del Presidente de la República, que prestará su asesoría para velar por la defensa y promoción de los derechos e intereses de las personas ante actos u omisiones de los órganos de la Administración del Estado, en lo relativo a la satisfacción de las necesidades públicas”).

24 Art. 4 del D.S. No. 65.

25 Ver artículo 7 del Decreto Supremo número 65 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, del año 2001.

26 Informes trimestrales de la Comisión se encuentran disponibles en: <http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/pub/publicaciones.php?tipo_publicacion_id=1>, disponible a marzo de 2011.

27 Art. 11 del Reglamento interno de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas, disponible en: <http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/pub/ficha_publicacion.php?publicacion_id=24>, a marzo de 2011.

28 Art. 12 del Reglamento interno de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas.

29 *Ibidem*.

30 Art. 2 del Reglamento interno de la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas.

Al igual que en los casos anteriores, la Comisión se encuentra sujeta a fuertes restricciones que le impiden satisfacer los criterios establecidos en los Principios de París. En primer lugar, por ser de naturaleza asesora no puede determinar la aplicación de ningún tipo de sanción a los organismos de la Administración cuyas respuestas sean consideradas como insatisfactorias. Por lo mismo, carece de legitimidad activa. En segundo lugar, y siguiendo la tendencia del proyecto de ley del Defensor Ciudadano presentado durante la misma administración del expresidente Lagos, la Comisión sólo puede actuar en tanto el organismo acusado pertenezca y se rija por el estatuto generalmente aplicable a la Administración del Estado. Como se señaló, organismos autónomos de la Administración del Estado (como el Banco Central) y otros pertenecientes a las demás ramas del Estado (como el Poder Judicial), caen fuera de su alcance. Con esto no se quiere sugerir que las demás ramas del Estado –entre ellas, el Poder Judicial– debieran estar sometidas a la tutela del Presidente a través de la Comisión sino que, cosa distinta, justamente porque se trata de una Comisión Asesora sujeta a la tutela directa del Presidente de la República carece de la independencia, autonomía y amplitud de mandato que, según vimos, debe inspirar la configuración de instituciones protectoras de derechos humanos. En tercer lugar cabe señalar que, incluso actuando dentro del ámbito de sus funciones (control limitado de la Administración), es poco lo que la Comisión puede hacer. Y ello ocurre porque su integración depende en forma íntegra del Presidente de la República, careciendo de niveles adecuados de independencia y autonomía³¹. Finalmente, la Comisión tampoco puede actuar si es que la vulneración de derechos se produce en una empresa privada que presta servicios de utilidad pública, como, por ejemplo, las concesionarias eléctricas y sanitarias.

d. El Instituto Nacional de Derechos Humanos

El proyecto de ley del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, el Instituto) fue presentado por el expresidente Lagos en 2005. En lo que dice relación con la propuesta del Ejecutivo, cabe señalar que en la exposición de motivos del mensaje por primera vez se hizo alusión a los Principios de París, señalando específicamente que el proyecto se ajustaba a los principios de independencia, pluralismo, estabilidad y a la amplitud del mandato que estas instituciones debieran tener, así como a sus modalidades de funcionamiento³².

El Ejecutivo definió al Instituto como una institución autónoma sin reconocimiento constitucional³³, una de las principales razones que ha contribuido a la ausencia de autonomía para las instituciones de protección de derechos humanos. Ello es especialmente relevante para este caso, pues se trata de un proyecto que claramente –al menos en términos políticos– venía a reemplazar los fracasos legislativos relativos al *ombudsman*³⁴.

31 Art. 4 D.S. No. 65 (“La Comisión estará integrada por: 1) Un Presidente, que será nombrado por el Presidente de la República; 2) Cuatro consejeros, también designados por él Presidente de la República, en representación de las organizaciones sindicales, del Capítulo Chileno del Ombudsman, de las organizaciones de consumidores y del sector empresarial, respectivamente; 3) El Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor; 4) El Director de la División de Organizaciones Sociales del Ministerio Secretaría General de Gobierno; 5) El Superintendente de Administradoras de Fondos de Pensiones, y 6) El Secretario Ejecutivo del Comité Interministerial para la Reforma del Estado”).

32 Cámara de Diputados, Boletín No. 3.878-17, disponible en: <<http://sil.senado.cl/docsil/proy4283.doc>>, a marzo de 2011.

33 *Ibidem*, proyecto de ley, art. 1.

34 Sin embargo, el mismo proyecto del Ejecutivo estableció expresamente que el Instituto se diferenciaba del Defensor Ciudadano, ya que su labor es mucho más amplia que la de éste último, cuya labor se circunscribiría, en caso de ser aprobados los múltiples proyectos pendientes al respecto, a la defensa de las personas frente a los actos ilegales y arbitrarios de la administración.

El Instituto se transformó en realidad en diciembre de 2009 cuando se publicó la Ley 20.405³⁵. Según la norma que lo funda,

...tiene por objeto 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 internacional³⁶.

Para esos efectos, y en línea con las indicaciones que recibió el proyecto, se le otorgan funciones variadas y de distinta índole, entre ellas la de elaborar informes anuales para ser presentados ante los poderes del Estado; promover la armonización de la legislación con los tratados internacionales de que se es parte; ayudar en la elaboración de los informes que anualmente debe elaborar el Ministerio de Relaciones Exteriores ante los comités especializados de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, y representar ante el Gobierno y demás órganos públicos situaciones de violación a los derechos humanos en cualquier parte del país³⁷.

Como se aprecia, la variopinta gama de atribuciones coloca al Instituto en situaciones de asesor, de acusador, de asistente e, incluso, de demandante³⁸. Ello fue advertido durante la tramitación del proyecto por la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y profesora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Cecilia Medina Quiroga, quien señaló que no se aprecia un norte u orientación clara para el Instituto³⁹. Cabe precisar, en este sentido, que la amplitud de mandato a que se refieren los Principios de París dicen relación con las ideas centrales de promoción y protección de los derechos humanos y no con establecer una serie de atribuciones sin conexión con los criterios rectores. Se podría tener legítimas dudas sobre cuánto promociona o defiende los derechos humanos un Instituto que debe coadyuvar al Estado a defender sus posiciones frente a las instancias internacionales, instancias en las que, generalmente, el Estado va a buscar excusarse de responsabilidades. Por ello es relevante advertir, como lo hace el profesor José Zalaquett, que “la vastedad de este mandato podría corresponder [...] en un apropiado diseño institucional, a más de un órgano estatal”⁴⁰.

Desde el punto de vista de la autonomía es necesario destacar que se está bastante lejos del estándar de independencia consagrado en los Principios de París⁴¹. Muestra de ello es que al interior de la comisión mixta –propuesta para solucionar las desavenencias que en su momento se produjeron entre la Concertación de Partidos por la Democracia y la Alianza por Chile⁴²– el Ministro Viera-Gallo,

35 D. Of. 10.12.2009.

36 Art. 2, Ley 20.405.

37 Las facultades se detallan en el Art. 3, Ley 20.405.

38 Art. 3, número 5, “Le corresponderá especialmente al instituto: Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia”. Con todo, se ha señalado que se trata de una facultad establecida en términos deliberadamente ambiguos, pues de la lectura del precepto transcrito es legítimo preguntarse sobre la naturaleza de estas acciones (¿podrá el Instituto interponer acciones civiles, penales, constitucionales? ¿Sólo algunas? ¿Todas ellas?), y los sujetos pasivos de esas acciones (¿Sólo contra el Estado? ¿También contra privados?). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*. Universidad Diego Portales... págs. 569-70.

39 El detalle de la exposición de la profesora Cecilia Medina se encuentra transcrito en el Cámara de Diputados, *Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía*, disponible en: <<http://sil.senado.cl/pags/index.html>>, a marzo de 2011.

40 Zalaquett, José, “La institucionalidad estatal de derechos humanos y la creación del Instituto de Derechos Humanos en Chile”... pág. 164.

41 Principios de París, letra B.

42 Al respecto, véase *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*. Universidad Diego Portales... págs. 567-69.

articulador de dicha comisión, reconoció que en la práctica una institución con esta configuración “va a funcionar como un servicio público descentralizado”⁴³. Vale decir, como un servicio más que, sin perjuicio de contar con personalidad jurídica y patrimonio propio, estará sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del respectivo Ministerio⁴⁴. De hecho, el mismo Ministro ha reconocido esto desde el momento que ha señalado en la comisión que el hecho que se lo establezca como una corporación autónoma “no tiene mayor trascendencia [...], ya que en la práctica, cuando hay un Ministerio que tiene que hacer el presupuesto para promoverlo, y cuando haya que dictar ciertos actos, tendrá que existir una relación especial con algún Ministerio. Entonces, el hecho no tiene mayor relevancia”⁴⁵.

Publicada la ley, y en un muy breve plazo, se definió a los consejeros del Instituto, todo ello de conformidad a las reglas establecidas en el art. 6 de la ley y en algunas disposiciones transitorias de la misma⁴⁶. Vale la pena insistir en la ausencia de voluntad política para que el Instituto asuma, con regularidad, sus funciones. Actualmente carece de infraestructura adecuada –en rigor, el Instituto no funciona en “algún lugar”– y se desconoce si el Instituto, presentado en algún momento como el pago de la deuda del Estado de Chile para con las instituciones de derechos humanos⁴⁷, tendrá efecto práctico alguno⁴⁸.

1.3 Chile ante las instancias internacionales⁴⁹

Pero si, como hemos visto, Chile ha hecho pocos esfuerzos por establecer sistemas adecuados de protección y defensa para los derechos humanos de sus ciudadanos, el Estado se ha visto forzado a rendir cuentas ante instancias internacionales con las cuales se ha comprometido voluntariamente.

Sabemos que el sistema internacional de los derechos humanos depende mucho de la **actitud** con que cada Estado aborde el tema: la evaluación de los derechos humanos es, en un grado importante, una autoevaluación, porque impone a los Estados el deber de adoptar una actitud crítica en el diagnóstico de la situación real en el ámbito interno. Del mismo modo, impone a los Estados el deber de realizar acciones positivas para garantizar que los diagnósticos mejoren con el tiempo. Por ello, no solo se obligan con el contenido del tratado o pacto, sino también con las observaciones y recomendaciones que hagan los órganos de tratado.

43 *Informe de la Comisión Mixta*, pág. 12. Disponible en: <<http://sil.senado.cl/pags/index.html>>, a marzo de 2011.

44 Al respecto, véase el art. 2, inc. 3, de La Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, D.F.L. No. 1 (D. Of. 17.11.2001).

45 *Informe de la Comisión Mixta*, pág. 3. Zalaquett señala que se trata de una solución que, condicionada por el clima preelectoral, es poco innovadora y cansina. Zalaquett, José, “La institucionalidad estatal de derechos humanos y la creación del Instituto de Derechos Humanos en Chile”... pág. 163.

46 Arts. 1 y 2 de las disposiciones transitorias de la Ley No. 20.405.

47 “No ha sido fácil llegar al punto en el que estamos, pero el camino recorrido nos ha permitido asumir nuestra historia para tener un futuro mejor para que Chile no repita una experiencia tan dolorosa como la vivida en derechos humanos”, afirmó la entonces presidenta Bachelet. Emol.cl, “Bachelet promulga ley que crea Instituto de Derechos Humanos”, 24 de noviembre de 2009.

48 Recién el 21 de julio de 2010 se constituyó el Consejo del Instituto. Humanas.cl, “Instituto de Derechos Humanos se constituye y elige a Lorena Fries como directora”, 21 de julio de 2010. Disponible en: <<http://www.humanas.cl/?p=1673>>, a marzo de 2011.

49 Esta sección reposa en el capítulo “Chile ante la comunidad internacional de derechos humanos”, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009*. Universidad Diego Portales, Santiago, págs. 451-79, elaborado por el profesor Alberto Coddou.

Durante 2008 y 2009 se llevaron a cabo diversos procesos encaminados a revisar la situación de los derechos humanos en Chile, entre otros, 1) la entrega al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de los informes periódicos 15, 16, 17 y 18, que debían entregarse en noviembre de 2006 y lo fueron en 2009; 2) el quinto informe periódico que presentó Chile ante el Comité contra la Tortura (CAT) en marzo de 2009, y 3) la revisión de la situación general de los derechos humanos en Chile durante el quinto período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal (EPU).

En términos generales se observa que al responder a estas instancias, el Estado chileno no suele incorporar a las organizaciones de la sociedad civil en la elaboración de informes previos, salvo en casos muy específicos. Y cuando ello ocurre, no existen mecanismos adecuados de implementación pues no hay forma de monitorear cuáles de las observaciones ciudadanas son recogidas, ni en qué forma, ni para qué efectos. Tampoco se han establecido sistemas de seguimiento de las recomendaciones que las instancias internacionales formulan al Estado chileno, y se carece de cronogramas de trabajo para la elaboración y seguimiento de las recomendaciones entregadas. Habrá que ver la forma en que el Estado asume estas obligaciones en el futuro. Mientras con anterioridad la tarea de preparación de respuestas a nombre del Estado correspondía a la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, hoy se cuenta con un órgano que se encargará de centralizar esas respuestas (el Instituto Nacional de Derechos humanos)⁵⁰.

Autoevaluación

Marque la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. La legitimidad activa de la cual gozan algunas instituciones de defensa de derechos humanos en la región:
 - a. Corresponden a un mandato específico de los Principios de París.
 - b. Son una consecuencia necesaria en un contexto de desigualdad fuerte de recursos que condiciona el acceso a la justicia.
 - c. Las instituciones de defensa de derechos humanos no poseen legitimidad activa.
 - d. Ninguna de las anteriores.
2. De acuerdo a los Principios de París, los criterios rectores que las instituciones nacionales de derechos humanos deben respetar, son:
 - a) _____
 - b) _____
3. Según se ha indicado, en Chile y en la región es común que la posibilidad de accionar en juicio y, consecuentemente, de obtener un pronunciamiento judicial, quede supeditada a que quien solicita la acción de la justicia pueda mostrar la afectación concreta e individualizada a un interés de naturaleza patrimonial. Respecto al caso chileno, sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC) ha declarado recientemente como inaplicable por inconstitucionalidad el art. 2.331 del Código Civil. De acuerdo a dicho precepto, “las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona **no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria**, a menos de probarse

⁵⁰ Art. 4, Ley 20.405: “Para el ejercicio de sus atribuciones, el Instituto podrá solicitar la colaboración de los distintos órganos de Estado”.

daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación”.

El TC ha señalado que “el derecho a la honra, por su esencia espiritual y moral como emanación de la dignidad de la persona humana carente de materialidad, no posee en sí mismo valor económico o patrimonial, por lo que el resultado dañino de los atentados en su contra se traducirá, ordinariamente, en sufrimientos o mortificaciones de igual carácter, esto es, en **daño moral**” (Rol 943, 10 de junio de 2008, considerando 36). Por lo mismo, afirmó, parte integral de la reparación de la lesión de un derecho constitucional es la reparación moral del daño causado, aun cuando no se produzcan los perjuicios económicos a los que se refiere el art. 2.331.

En su concepto:

- a. Esta sentencia deja las cosas tal cual estaban.
- b. La sentencia impone sólo obligaciones al legislador.
- c. Amplía las posibilidades de defensa de un derecho y, por consiguiente, de acceso a la justicia para reclamar daños distintos al puramente patrimonial.

Justifique: _____

- 4. De acuerdo a los antecedentes aportados, la Comisión Asesora Presidencial para la Protección de los Derechos de las Personas de Chile carece de:
 - a. Independencia.
 - b. Amplitud de mandato.
 - c. Independencia y amplitud de mandato.
 - d. Legitimidad activa.
 - e. Independencia, amplitud de mandato y legitimidad activa.

Respuestas

- 1. b)
- 2. a) y b)
- 3. c) Si uno de los problemas que los sistemas legales de la región y de Chile plantean al acceso a la justicia radica, justamente, en que dicho acceso se encuentra condicionado a la generación de daños patrimoniales, entonces esta sentencia comienza a derribar dichas trabas. En efecto, si se

considera que la protección y amparo de un derecho constitucional requiere necesariamente la posibilidad de poder reclamar la reparación pecuniaria del daño moral, la acción entonces puede presentarse para solicitar su reparación de ese daño tanto si acompaña un daño patrimonial (i.e. su contraparte no cumple sus obligaciones para con usted por razones discriminatorias si, por ejemplo, lo despide por vivir con una determinada enfermedad) como si no lo hace.

La alternativa b), aunque razonable, es irrelevante para este tipo de preguntas pues no se le solicita a usted jugar el papel del juez de instancia, sino, más bien que considere estas nuevas posibilidades de desarrollo de la protección de derechos y de acceso a instancias judiciales de tutela y reparación.

4. e)

2. Protección constitucional de derechos en Chile: acciones y justicia constitucional

Objetivo específico

Como se indicó al comienzo, esta sección aborda las acciones constitucionales de defensa de los derechos que pueden utilizarse para tal efecto. Como se mostrará, el objetivo de esta sección es ilustrar la forma en que las acciones de control de constitucionalidad de las leyes pueden utilizarse para satisfacer demandas de protección de derechos humanos.

—oOo—

Chile posee un esquema dual de protección constitucional a los derechos fundamentales⁵¹. De una parte, las cortes de apelaciones (con jurisdicción original) y la Corte Suprema (con jurisdicción de apelación), se encuentran constitucionalmente facultadas para decidir las acciones jurisdiccionales de tutela de derechos fundamentales. De otra, el TC concentra desde 2005⁵² la facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos legales, esto es, la de evaluar si la legislación se encuentra dentro de los límites establecidos por los derechos enunciados en la Constitución, aunque no exclusivamente.

La diferencia fundamental entre ambos modelos de protección de derechos estriba en los parámetros de control a que pueden echar mano, así como en las facultades de que se encuentran dotados. El primero se encuentra alojado en tribunales que forman parte de la jurisdicción ordinaria: aquellos órganos del Estado a quienes se les ha conferido la facultad de conocer, decidir y ejecutar las causas civiles y criminales que se sometan a su conocimiento (art. 76 de la Constitución). Dichos tribunales ordinarios deben decidir las causas aplicando la ley y la Constitución⁵³, sin que puedan cuestionar la validez de

51 Por esquema dual entenderemos uno en que la aplicación y evaluación de la constitucionalidad de las leyes se encuentra dividido. De una parte, los tribunales ordinarios de justicia deben aplicar la Constitución y la ley, estándoles vedada la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes. Esta facultad, en cambio, se encuentra alojada en un órgano especial –en los países de la tradición continental, un Tribunal Constitucional– que goza del poder de revisar y, si así lo estima, anular los preceptos legales contrarios a la Constitución. Véase, sobre este punto, Gómez, Gastón, “Algunas ideas críticas sobre la jurisdicción constitucional en Chile”, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 4 No. 1, 1998.

52 El TC existe en Chile desde 1970. Su funcionamiento se detiene con el golpe de Estado en 1973 para retomar funciones a fines de los años 80, ya en vigencia de la Constitución de ese mismo año.

53 El art. 6 de la Constitución dispone que “[l]os órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

la primera⁵⁴. El segundo modelo de jurisdicción de protección de derechos opera como un conjunto de mecanismos y sistemas que un ordenamiento jurídico dispone a objeto de asegurar la supremacía de la Constitución, facultando a determinadas instancias –en nuestro caso, al Tribunal Constitucional– para que, a través de determinados actos y procedimientos, anulen o declaren inaplicable aquellos actos (administrativos, legislativos y judiciales) que pretendan obtener validez a costa de una vulneración, sea formal y/o material, de la Constitución.

Aunque se trata de una consecuencia directa de lo anteriormente señalado, el profesor Colombo agrega que ambas jurisdicciones encuentran diferencias en la Constitución, siendo entregadas a órganos constitucionales distintos. La primera, como hemos dicho, se entrega al Poder Judicial, mientras que la segunda, la facultad de resolver los “conflictos constitucionales”, se aloja en instancias que por su propia naturaleza se sitúan fuera del mismo⁵⁵.

2.1 Acciones constitucionales de protección de derechos

En esta sección repasaremos brevemente las acciones constitucionales establecidas para la defensa de derechos constitucionales. Comenzaremos con el denominado recurso de protección, acción genérica de tutela de estos derechos. Seguiremos con el análisis de una acción especial para el caso de privación o desconocimiento de la nacionalidad. Concluiremos con el análisis del recurso de amparo o hábeas corpus. Dada la especial importancia que el recurso de protección ha tenido para nuestra práctica constitucional, dedicaremos algo más de detalle en su caso.

a. Recurso de protección

El recurso de protección (RdP o la acción de protección) es la garantía de tutela de derechos fundamentales que en el resto del continente se conoce como recurso de amparo. Con antecedentes directos en el Acta Constitucional No. 3⁵⁶ –por medio de la cual la dictadura de Pinochet pretendía comenzar a reestablecer el orden político quebrantado, al menos en forma enunciativa respecto de los derechos–, la acción de protección buscaba transformarse en una herramienta informal que permitiera un acceso expedito a la justicia, a objeto de proteger los derechos constitucionales. Por lo mismo, el RdP se encuentra consagrado en términos amplios y bastante genéricos en la Constitución.

Siendo ese el espíritu que orientó la acción constitucional en cuestión, cabe señalar que la Corte Suprema reguló su forma de presentación y tramitación. Así, dispuso que el RdP se pudiera interponer “por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex”⁵⁷. Sin embargo, y pese a esta supuesta ausencia de formalidades, en esa misma regulación la Corte restringió las posibilidades de presentación del RdP. Animada por la enorme cantidad de recursos que se habían presentado a la

54 Si es el caso que algún tribunal ordinario posee dudas respecto a la constitucionalidad de alguna ley, a cuya aplicación se encuentra obligado, puede consultar ante el TC.

55 Se evitan así, sugiere Colombo, “eventuales conflictos de poderes entre ambos sistemas”. Colombo, Juan, “Tribunal Constitucional: integración, competencia y sentencia”, en: Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma constitucional*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2005, págs. 551-2.

56 D.L. No. 1552 de 13 de septiembre de 1976.

57 Corte Suprema, Sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales (D. Of. 27.06.1992).

fecha⁵⁸, la Corte Suprema estableció un plazo de quince días corridos para su presentación, al tiempo que estableció un procedimiento de admisibilidad por medio del cual una Sala de la Corte de Apelaciones en donde se presente el recurso, verificaría “si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación”. Si el recurso era presentado fuera de plazo o declarado de adolecer manifiesta falta de fundamentos, su interposición sería rechazada⁵⁹. Recientemente la Corte Suprema extendió el plazo a 30 días⁶⁰.

Desde el punto de vista del texto constitucional, el art. 20 dispone que en caso de amenaza, perturbación o privación del ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, las personas afectadas podrán colocar estos hechos en conocimiento de la Corte de Apelaciones respectiva, la que deberá adoptar las medidas necesarias para lograr el restablecimiento del derecho⁶¹. Agrega que para que la acción de protección tenga éxito es preciso que la amenaza, perturbación o privación del derecho (protegido), tenga su fuente en un acto u omisión, arbitrario y/o ilegal, sea éste proveniente del poder público, sea éste procedente de otro particular⁶².

Es preciso anotar que no cualquier derecho puede protegerse por vía del RdP. El mismo art. 20 enumera específicamente los derechos objeto de la tutela: los derechos favorecidos por esta especial protección son los derechos de corte libertario, en desmedro de aquellos de corte económico, social y cultural⁶³. Desde el punto de vista de la práctica, las Cortes de Apelaciones, y la Corte Suprema, han limitado también su accionar cuando el acto u omisión es de procedencia judicial. La jurisprudencia es consistente en negar la admisibilidad de la acción cuando ésta se intenta en contra de resoluciones judiciales, salvo para casos muy puntuales⁶⁴. Finalmente, y como venimos indicando, la base estructural de las acciones también impone límites a su procedencia en contra de preceptos legales, cuya revisión constitucional se ha entregado al Tribunal Constitucional.

58 Según señaló la Corte Suprema, “ha podido apreciarse una utilización cada vez más creciente del mismo y por ende un progresivo aumento del volumen de ingreso de estos recursos en las Cortes de Apelaciones del país y por consiguiente también en esta Corte Suprema por la vía de la apelación de la sentencia recaída en estas causas”.

59 Este procedimiento de admisibilidad ha sido fuertemente criticado por la doctrina nacional, en especial por Gastón Gómez. Según Gómez, el error de la Corte no consiste en querer limitar el número de recursos que llega a sus salas, sino en entregarle a los jueces amplios poderes discrecionales para decidir la admisibilidad (o no) de las acciones. Gómez, Gastón, *Recurso de protección y derechos fundamentales*. Universidad Diego Portales, Santiago, 2005, pág. 45.

60 Corte Suprema, Auto Acordado No. 70, Sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales (D. Of. 08.06.2007).

61 Así, el recurso entrega amplias facultades remediales a las cortes.

62 Ha sido sobre la base de esta acción constitucional que el efecto de los derechos fundamentales se ha extendido a las relaciones entre particulares. Una explicación del fenómeno, así como notas críticas al respecto, en Aldunate, Eduardo, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”, en: Universidad Austral de Chile (ed.), *La constitucionalización del derecho chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, págs. 13-5.

63 Algunas ideas al respecto, así como las razones que explican esta diferencia, en Lovera, Domingo, “Derechos Sociales en la Constitución del 80 (y de 1989 y de 2005),” en: Fuentes S., Claudio (ed.), *En el nombre del pueblo: debate sobre el cambio constitucional en Chile*. Ediciones Heinrich Böll & Instituto de Ciencias Sociales/Universidad Diego Portales, Santiago, 2010, págs. 217-43.

64 En efecto, nuestra jurisprudencia se ha mostrado abierta a conocer acciones de protección que se han presentado por particulares y contra decisiones judiciales, cuando aquéllos no son partes de un procedimiento judicial y carecen de herramientas procesales para defender sus derechos de propiedad. Correa, Jorge, *Recursos procesales civiles*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2003, pág. 177. Además, deben considerarse las nuevas perspectivas abiertas por el Código Procesal Penal, conforme al cual procede el recurso de nulidad en contra de resoluciones judiciales para el caso en que, a través de ellas, se infrinjan derechos y garantías consagrados en la Constitución y tratados internacionales (art. 373 letra a) del Código Procesal Penal).

b. Recurso de reclamación por ciudadanía

La Constitución chilena establece en sus arts. 10 y 12 las formas en que se puede adquirir la nacionalidad chilena. También establece una acción constitucional especial para reclamar en caso de privación o desconocimiento de la misma. Dicha acción, denominada acción de reclamación de nacionalidad, se encuentra consagrada en el art. 12 C.

La acción procede contra actos o resoluciones de la autoridad administrativa que priven o desconozcan a la persona de su nacionalidad chilena. Como es la tónica en este tipo de acciones, el recurso puede ser presentado por el afectado o cualquiera a su nombre. De la configuración de esta acción se deduce que queda eliminada la posibilidad de interponerla en contra de resoluciones judiciales y leyes⁶⁵.

Desde el punto de vista de las notas procesales de la acción, valga señalar que debe interponerse dentro del plazo de 30 días corridos. A diferencia de lo que ocurriría con el RdP, en este caso la jurisdicción originaria se encuentra directamente radicada en la Corte Suprema la que, además, decide en pleno –esto es, actuando todos sus miembros reunidos en una sala– y actuando como jurado –es decir, apreciando los hechos en conciencia⁶⁶. Mientras pende la decisión de la acción se suspenden todos los efectos del acto o resolución en contra del cual se recurre.

c. Recurso de amparo (hábeas corpus)

En Chile el hábeas corpus se conoce con el nombre de recurso de amparo. Su regulación se encuentra en la Constitución y en el Código Procesal Penal (CPP), lo que ha llevado a algunos autores de la doctrina constitucional a dividir el recurso de amparo en su versión constitucional y en su versión legal, que complementa o suple a la primera⁶⁷.

La acción de amparo tiene por objeto brindar protección judicial a la libertad personal o de circulación. De acuerdo al art. 21, inc. 1, de la Constitución,

...todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Como se aprecia, la consagración constitucional se establece en términos amplios, estando facultado tanto el privado de libertad como cualquier otra persona que actúe a su nombre, para impetrar la intervención judicial. Según advierte la doctrina chilena, el recurso puede presentarse con antelación al atentado contra la libertad personal, esto es, cuando existe una amenaza razonable de que la libertad se afectará (recurso *ex ante*). Y, desde luego, con posterioridad a la infracción de la libertad (*ex post*), que en la práctica se da en la mayoría de los casos.

El recurso de amparo debe presentarse ante la Corte de Apelaciones respectiva, la que debe verificar que la detención, arresto u orden decretando prisión se haya ordenado para casos previstos en las leyes

65 El art. 11 No. 4 de la Constitución dispone que la nacionalidad chilena se pierde por “ley que revoque la nacionalización concedida por gracia”.

66 Esta es una de las pocas ocasiones en que el esquema constitucional chileno habilita a un órgano a actuar en forma de jurado. Cea, José, *Derecho constitucional chileno*, Tomo I. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, pág. 312.

67 Cea, José, *Derecho constitucional chileno. Derechos, deberes y garantías*, Tomo II. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2008, págs. 271, 281-84 (fijando su posición en orden a entender que la regulación legal del recurso de amparo, contenida en el art. 95 del CPP, es sólo complementaria, supletoria o coadyuvante del amparo constitucional).

y siempre que exista suficiente base legal para decretarla⁶⁸. Al respecto, la disposición constitucional relativa a la acción de amparo se encuentra en plena concordancia con el art. 19 No. 7 letra b) de la Constitución, que dispone: “nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes”. Además, debe verificarse que la detención, arresto o la prisión ha sido ordenada por la autoridad facultada para tal efecto en las leyes.

En consecuencia, la Corte de Apelaciones respectiva debe acoger el recurso si es el caso que la detención, arresto o prisión: (a) ha sido decretada por una autoridad no facultada legalmente; (b) que, no obstante haber sido decretada por autoridad facultada, se realice excediendo sus atribuciones, esto es, fuera de las hipótesis definidas en la ley; (c) que, no obstante haber sido decretada por autoridad facultada, se realice sin respeto de las garantías formales constitucionales y legales (i.e. sin notificación o intimación previa, según sea el caso), y (d), en los casos en que, no obstante se ha decretado por una autoridad facultada y respetando las formalidades constitucionales y legales, no se coloque al detenido en presencia del juez dentro de las 24 horas siguientes a su detención.

De la misma forma, el recurso de amparo deberá ser acogido para todas aquellas situaciones en las que se afecte la libertad ambulatoria de las personas con infracción a la Constitución y las leyes. En efecto, según dispone el inc. 3 del art. 21 de la Constitución, el mismo recurso procederá “en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual”. Dentro de esta hipótesis caben situaciones diversas, como una prisión preventiva decretada con infracción a la Constitución y las leyes, así como un secuestro.

En caso de acogerse el recurso, la Corte de Apelaciones puede adoptar diversas opciones. De acuerdo al inc. 2 del art. 21 de la Constitución,

La magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

La decisión, que debe dictarse dentro del plazo de 24 horas de presentado el recurso salvo causas razonables que hagan necesaria la extensión del plazo, es susceptible de recurso de apelación ante la Corte Suprema.

Cabe agregar que, a diferencia de lo que ha ocurrido en otras jurisdicciones, en Chile el recurso de amparo no ha servido –salvo contadas excepciones⁶⁹– como mecanismo de control de las condiciones de detención. En 2002 la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció sobre la situación de adolescentes privados de libertad en recintos destinados a adultos. La Corte, acogiendo el recurso, señaló que “Gendarmería de Chile extremará las medidas de seguridad para que los menores no alternen o se vinculen de modo alguno con los internos adultos de los Centros de Detención Preventiva o Cumplimiento Penitenciario, especialmente el denominado Santiago Sur, ex Penitenciaría. Tanto al ser tratados en el hospital penitenciario como al concurrir a otras dependencias del establecimiento,” prohibiendo, además, la aplicación del castigo de internación en celda solitaria⁷⁰.

68 *Ibidem*, págs. 234-41.

69 Véase, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol 53.423, 17 de septiembre de 2002.

70 *Ibidem*.

Autoevaluación

Marque Falso (F) o Verdadero (V).

1. El recurso de protección puede presentarse hasta dentro de 15 días desde que se toma conocimiento de la amenaza, perturbación o violación del derecho. ____
2. El recurso de amparo, dependiendo de las circunstancias, puede traer como consecuencia que el juez ordene salvar las deficiencias formales de un arresto. ____
3. Todos los derechos reconocidos en la Constitución pueden protegerse judicialmente a través de la acción (o recurso) de protección. ____

Respuestas

1. F
2. V
3. F

2.2 Justicia constitucional

En sentido estricto, la justicia constitucional en Chile se encuentra concentrada en manos del TC. Decimos en sentido estricto pues la descripción que sigue se refiere a la facultad del Tribunal Constitucional de declarar la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de leyes.

Operativo desde 1970, el TC no era el único ente con facultades de controlar la constitucionalidad de la ley. Hasta hace poco la facultad de declarar la inaplicabilidad de las leyes por inconstitucionalidad se encontraba alojada en la Corte Suprema⁷¹. Sin embargo, desde las reformas constitucionales de 2005 las facultades de control de constitucionalidad se concentran en el TC, siguiendo el modelo de jurisdicción constitucional europeo que aloja dichas facultades en manos de un órgano especializado situado fuera del Poder Judicial.

a. Momento del control (preventivo / posterior)

El control de constitucionalidad puede clasificarse de acuerdo al momento en que opera. El control preventivo tiene lugar durante la etapa de discusión de la ley y antes de su promulgación. A su vez, y de acuerdo a nuestra regulación constitucional, este control puede ser de dos clases.

- (a) El control puede ser obligatorio, caso en el cual opera como una etapa más de la formación de la ley, es decir, de forma ineludible para los parlamentarios. Ello ocurrirá en el caso de los proyectos de leyes interpretativas de la Constitución y de leyes orgánicas constitucionales⁷². Así lo dispone el art. 93 No. 1 de la Constitución, precepto que agrega, además, que los tratados internacionales, cualquiera sea su contenido, se someterán a este mismo control si es el caso que versan sobre

71 Con todo, la Corte Suprema fue bastante renuente a utilizar su facultad. Véase, Gastón Gómez, “La Jurisdicción Constitucional. Funcionamiento de la acción o recurso de inaplicabilidad. Crónica de un fracaso,” *Informe de Investigación* 4, Santiago, Universidad Diego Portales, 1999.

72 Las leyes interpretativas de la constitución, son aquellas para cuya aprobación, modificación o derogación requieren del voto conforme de las 3/5 partes de los miembros en ejercicio de cada cámara. Las leyes orgánicas constitucionales, por su parte, requerirán para su aprobación, modificación o derogación el voto de las 4/7 partes de los miembros en ejercicio de cada cámara (art. 66 incs. 1º y 2º de la C.).

materias propias de ley interpretativa de la Constitución u orgánica constitucional⁷³. Para este caso, la Cámara de origen debe enviar el proyecto al TC dentro de los cinco días siguientes a que el proyecto de ley quede totalmente tramitado por el Congreso.

- (b) Para todas las demás leyes (de quórum calificado y ordinarias⁷⁴), el control preventivo es facultativo. A diferencia del caso anterior, el control del TC tendrá lugar sólo si alguna de las instancias facultadas para convocar su intervención así lo solicita. Nuestra Constitución denomina a estas hipótesis “cuestiones de constitucionalidad” y se trata en rigor de desacuerdos entre los órganos colegisladores (Presidente de la República y Congreso Nacional) respecto a la forma en que debe interpretarse la Constitución⁷⁵. En este caso, el Tribunal sólo puede conocer de la materia a requerimiento: i) del Presidente de la República; ii) de cualquiera de las Cámaras, o iii) de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley y nunca después del quinto día de despachado el proyecto aprobado⁷⁶.

El efecto de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones revisadas, impide que éstas puedan luego transformarse en ley⁷⁷. En el modelo anterior a las reformas de 2005, el antiguo art. 83, inc. Final, disponía que “[r]esuelto por el Tribunal que un precepto legal determinado es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”. Hoy, en la Constitución nada se dice al respecto, una considerable omisión de los reformadores de 2005. El olvido se salvó a través de la aprobación del art. 39 de la Ley Orgánica Constitucional del TC (LOCTC)⁷⁸.

b. Control represivo o a posteriori

El control represivo o *a posteriori* es lo que en derecho comparado se conoce como la revisión judicial de las leyes. Estamos en presencia de un control ejercido por el TC, que tiene como nota distintiva el hecho de operar una vez que las leyes cuya constitucionalidad se cuestiona ya se encuentran rigiendo. Para llevar adelante la revisión judicial, la Constitución establece dos acciones, ambas buscando (y provocando) distintos efectos.

- (a) **Acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley** (art. 93 No. 6 de la Constitución). Según dispone la Constitución, el TC debe “[r]esolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”. Según se aprecia de la propia redacción de la Carta Fundamental, estamos frente a una acción que busca **inaplicar** un precepto

73 “Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1. Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”.

74 Las leyes de quórum calificado son aquellas que se establecerán, modificarán o derogarán por mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada cámara. Las leyes ordinarias se aprueban, modifican y derogan por mayoría de los miembros presentes (art. 66, incs. 3 y 4 de la Constitución).

75 “Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

3. Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

76 Art. 93, inc. 4, de la Constitución.

77 Art. 94, inc. 2: “Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no pueden convertirse en ley en el proyecto de que se trate”.

78 Ley No. 20.381 (D. Of. 28.10.2009).

legal a una contienda específica. De esta forma, la declaración de inaplicabilidad no tiene efectos generales y la decisión del TC no expulsa el precepto legal del ordenamiento jurídico. Un precepto legal declarado inconstitucional permanece siendo Ley de la República y podrá aplicarse en todos los demás casos en que así se decida.

Además, el mismo precepto constitucional acota el ámbito de análisis del TC, el cual debe centrar la atención en el caso concreto y en las posibles consecuencias inconstitucionales que se sigan de la aplicación de una ley. Por lo mismo, el control de inaplicabilidad no es abstracto y los jueces del TC se encuentran constreñidos a las circunstancias fácticas del caso. Sin embargo, una vez que el TC declara inaplicable un precepto legal, queda habilitado para declarar su inconstitucionalidad, cuestión que debe desarrollarse en un procedimiento distinto.

La legitimidad activa, es decir, la facultad para poder requerir la intervención del TC, se encuentra abierta: i) a cualquiera de las partes del juicio en que se quiere aplicar el precepto legal, y ii) al juez que conoce del asunto, lo que, en palabras de Nogueira, salva la prohibición que pesa sobre los jueces ordinarios de “inaplicar por sí mismos un precepto legal”⁷⁹. Bajo el régimen anterior el juez se encontraba obligado a aplicar mecánicamente la ley; hoy puede evaluar las leyes al amparo de la Constitución y cuestionar su utilización para el caso concreto, si su aplicación resulta contraria a la Constitución.

En la práctica, el recurso de inaplicabilidad se ha utilizado profusamente, lo que ha llevado a alguna parte de la doctrina nacional a criticar la excesiva utilización a punto tal de transformarlo en una suerte de recurso de amparo. Otra parte de la doctrina, sin embargo, aprecia que dicha utilización simplemente entrega a los litigantes de un juicio nuevas herramientas procesales para acceder a la justicia constitucional.

En cuanto a los requisitos de procedencia de la acción, pueden deducirse de la lectura del art. 93, inc. 11, de la Constitución. El TC debe verificar primero que existe una gestión pendiente ante cualquier tribunal (ordinario o especial) de la República. Segundo, que en dicha gestión la aplicación del precepto legal cuestionado pueda resultar decisiva para la decisión del asunto (norma *decisoria litis*), lo que excluye las normas sobre procedimientos –así lo ha declarado el TC en una confusa jurisprudencia. Tercero, que la impugnación se encuentre fundada razonablemente. Y, finalmente, que se cumpla con los demás requisitos establecidos en la LOCTC⁸⁰.

- (b) **Acción de inconstitucionalidad de la ley** (art. 93 No. 7 de la Constitución). A diferencia de la anterior, la acción de inconstitucionalidad de la ley persigue la expulsión del ordenamiento jurídico de aquellos preceptos legales que sean contrarios a la Constitución. En esta materia la reforma de 2005 innovó completamente, pues nuestras cortes carecían de la posibilidad de anular leyes y sólo podían declarar su inaplicabilidad para un caso concreto.

De acuerdo al art. 93 de la Constitución, “[s]on atribuciones del Tribunal Constitucional: 7. Resolver por la mayoría de los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, la **inconstitucionalidad** de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral 6”.

79 El mismo Nogueira denomina a este procedimiento como “juicio incidental de inconstitucionalidad”, mismo que en derecho comparado se conoce como “cuestión de constitucionalidad”. Nogueira, Humberto, “El control represivo concreto y abstracto de constitucionalidad de leyes en la Reforma Constitucional 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en: Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma constitucional...* págs. 595-6.

80 Véase, art. 57 de la Ley No. 20.381 ya identificada.

Al igual que en el caso del recurso de inaplicabilidad, la acción de inconstitucionalidad procede sólo una vez que estamos en presencia de un precepto legal ya publicado, y siempre y cuando ese precepto legal haya sido previamente declarado inaplicable en un procedimiento anterior. Si bien durante la discusión de las reformas constitucionales de 2005 se pensó en establecer la necesidad de que un precepto legal haya sido declarado tres veces inaplicable para provocar un juicio de constitucionalidad, finalmente se optó por la opción descrita, no sin antes aumentar el quórum de declaración para poder hacerlo. El quórum extremadamente elevado (de 4/5 de los integrantes en ejercicio), se justifica en la necesidad de lograr un verdadero consenso entre los jueces constitucionales, pues se estima que cuestionar la validez de un acto legislativo, que goza de legitimidad democrática, amerita un juicio consensuado sobre la inconstitucionalidad.

Como la inconstitucionalidad de un precepto legal reclama que se haya declarado antes su inaplicabilidad, podría pensarse que las legitimadas para requerir al TC al respecto son sólo las mismas partes que han intervenido en el juicio previo. No es así. Dada la importancia de la declaración, las reformas constitucionales de 2005 optaron por establecer una acción pública para que cualquier persona pueda accionar ante el TC. Se trata de una de las rarísimas situaciones en que se concede acción pública en nuestro ordenamiento jurídico. Además, los mismos jueces están facultados para actuar de oficio. En otras palabras, una vez declarada la inaplicabilidad, es el mismo TC el que puede decidir avocarse a la evaluación de su constitucionalidad. Una posible justificación para lo anterior podría tener que ver con el conocimiento que el TC posee sobre los casos más “sensibles” en que se declara la inaplicabilidad. Por ejemplo, como ocurrió recientemente, un alto número de acciones de inaplicabilidad intentadas en contra de un mismo precepto legal puede llevar al TC a pensar que se hace necesario evaluar directamente el precepto tantas veces cuestionado.

La declaración de inconstitucionalidad del precepto cuestionado da inicio a la derogación del mismo: por lo mismo se sugiere que tiene efectos generales desde la publicación de la decisión, según lo dispone la propia Constitución⁸¹. A pesar de esto, ciertas excepciones se pueden establecer en virtud de situaciones jurídicas ya consolidadas, de la disposición que se impugna.

3. Conclusiones

Como se aprecia, Chile carece de una institucionalidad seria en materia de protección de derechos humanos, sobre todo si esa seriedad se evalúa a la luz de los estándares del derecho internacional. Salvo iniciativas esporádicas y legislaciones *ad hoc*, más bien elaborados al calor de alguna urgencia, el Estado chileno parece entender que las causas sobre violaciones a los derechos humanos deben litigarse y definirse de la misma forma en que se resuelve un incumplimiento contractual, pese a nuestra historia reciente.

El panorama anterior ha empujado a las personas y grupos sociales que han visto vulnerados sus derechos humanos, a buscar alternativas de reparación por medio de las vías tradicionales de acceso a la justicia. Estas vías tradicionales pueden carecer de la sensibilidad y especialidad necesarias para decidir acertadamente dichos reclamos. Como se detallará más adelante, factores asociados a los prejuicios sociales y a una escasa preparación en los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a los cuales el Estado chileno se ha comprometido soberanamente, pueden comprometer la responsabilidad estatal en tanto no haya una cultura de aplicación de esos estándares internacionales como parte del derecho interno.

81 Art. 94, inc. 3, “...el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 o 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”.

Autoevaluación

Marque Falso (F) o Verdadero (V).

1. Si una jueza o un juez de letras considera que una ley es inconstitucional, puede así declararlo, dejando de aplicar el precepto. _____

Si su respuesta es *Falso (F)*, ¿cómo procedería?

2. Elabore un modelo de cuestión de constitucionalidad ante el TC. Considere para ello el siguiente caso hipotético. El Poder Legislativo aprueba la implementación de un procedimiento civil de protección de la vida privada de las personas, estableciendo un régimen de sanciones civiles y dejando atrás el modelo de sanciones criminales.

Apoyándose fuertemente en la legislación criminal que dicha ley deroga, dispone que “Esta ley sanciona a quien, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, será condenado a resarcir el daño moral efectivamente causado al agraviado”.

Para el caso en que las intromisiones indebidas en la vida privada, sean llevadas a cabo por un medio de comunicación en ejercicio de sus funciones, la ley aprobada dispone, además, que “Si el juez, puesto en antecedentes estima que, en principio, la publicación puede afectar la vida privada de una persona, podrá ordenar la suspensión de la publicación, aun mientras no se decida el fondo del asunto sometido a su consideración”. Considere que, de acuerdo al art. 19 No. 12 de la Constitución, se encuentra prohibida la censura previa.

Fundamentos de hecho:

Fundamentos de derecho:

Solicitud:

3. El TC posee la facultad de expulsar preceptos legales del ordenamiento jurídico. ____
4. Desde una perspectiva de acceso a la justicia, ¿cómo evaluaría usted la posibilidad que asiste a las personas para cuestionar la constitucionalidad de un precepto legal? Considere las condiciones de procedencia de la acción de inaplicabilidad, en especial el requisito referido a la necesidad de que exista una gestión pendiente.

Respuestas

1. F (el juez debe solicitar el pronunciamiento al TC a través de la cuestión de constitucionalidad).
3. V
4. Se espera que el estudiante sea capaz de identificar que la forma amplia en que se encuentra reconocida la acción de inaplicabilidad, permita a las personas evaluar críticamente la legislación aprobada por el Congreso. Desde este punto de vista, el acceso a la justicia parece verse fortalecido.

Sin embargo, se espera que el estudiante pueda advertir que la exigencia de gestión pendiente puede configurarse en una traba para que las personas en condición de vulnerabilidad puedan acercarse al TC. En efecto, la acción presupone la existencia de un proceso judicial pendiente en el cual se va a aplicar un precepto legal que puede acarrear consecuencias inconstitucionales. Desde ese punto de vista, el acceso al TC queda supeditado a las condiciones generales de acceso a la justicia (para configurar la gestión pendiente).

§. 6

El acceso a la justicia para colectivos en condición de vulnerabilidad

Objetivo

El objetivo central de este capítulo es presentar un análisis del acceso a la justicia para las personas que viven en condición de vulnerabilidad, revisando la normativa internacional y contrastándola con la situación fáctica en Chile. La persona lectora conocerá en términos generales cómo se materializa el derecho de acceder a la justicia en realidades minoritarias y excluyentes. El presente capítulo también apoya tanto en el proceso de formación de opiniones críticas, como en la construcción de conclusiones propositivas en esta materia.

Tema

Revisión de los estándares específicos en materia de derechos humanos que permiten en la práctica un real acceso a la justicia por parte de los grupos en situación de vulnerabilidad.

Sumario

1. Introducción; 2. El derecho de las mujeres a acceder a la justicia; 2.1 Cuestiones generales; 2.2 Derecho de acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia; 2.3 Dificultades transversales en el acceso a la justicia de las mujeres; 2.4 Dificultades en los procedimientos incoados principalmente por mujeres; a. Prácticas culturales asentadas; b. Prácticas culturales y debida diligencia; c. Sistema judicial, investigación y prevención; d. Duración de las investigaciones; e. Instancias extrajudiciales; 3. El derecho a acceder a la justicia de las personas en situación económica precaria; 3.1 Marco internacional; 3.2 Obligaciones para los Estados; 3.3 Otras trabas; 4. El derecho a acceder a la justicia de las personas con discapacidad; 5. El derecho a acceder a la justicia de los niños, niñas y adolescentes; 5.1 Garantías de protección de los NNA en el acceso a la justicia; 5.2 El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos; 6. El derecho a acceder a la justicia de los pueblos indígenas; 7. Conclusiones.

Normas internacionales relevantes

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre los Derechos del Niño, y Convenio 169 de la OIT.

Normas nacionales relevantes

Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar; Constitución Política de la República; Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 26 de julio de 1987. Sobre obligaciones del Estado en derechos humanos y garantías procesales.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe de Fondo No. 5/96, *Caso Raquel Martín de Mejía (Perú)*. Sobre derecho a un recurso judicial efectivo.

CIDH, Informe de Fondo No. 54/01, *Caso María da Penha Maia Fernandes (Brasil)*. Sobre debida diligencia del Estado

Corte IDH, *Caso Durand Ugarte vs. Perú*, sentencia del 16 de agosto de 2000. Sobre prevención de la violencia contra la mujer.

Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989. Sobre deber del Estado de investigar hechos de violencia contra la mujer.

Corte IDH, *Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999. Sobre deber del Estado de investigar hechos de violencia contra la mujer.

Corte IDH, *Caso Campo Algodonero (González y otras) vs. México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009. Sobre deber del Estado de investigar hechos de violencia contra la mujer.

Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), *Caso Angelova and Iliev vs. Bulgaria*, sentencia del 26 de julio de 2007. Sobre violencia racial.

Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11. Sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos.

Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18. Sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

CIDH, Informe de Fondo No. 55/02, *Caso Paul Lallion (Grenada)*. Sobre acceso efectivo a acciones judiciales.

Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia del 28 de noviembre de 2002. Sobre trabas al acceso a la justicia.

Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia del 31 de agosto de 2001. Sobre el derecho a mantener las tradiciones de los pueblos indígenas.

Tribunal Constitucional, Rol 309, sentencia de 4 de agosto de 2000. Sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT.

Corte Suprema, Rol 1384-2008, sentencia de 14 de abril de 2008. Sobre susceptibilidad de adopción.

Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 14-2007, sentencia de fecha 3 de mayo de 2007. Sobre adopción.

1. Introducción

Como se ha señalado con anterioridad, el derecho de acceso a la justicia es una garantía central en los sistemas democráticos. Su importancia estriba en que abre la puerta a la protección judicial y a sistemas de resolución de conflictos extrajudiciales, cuestión que incide directamente en el mantenimiento de la paz social. El derecho de acceso a la justicia permite hacer exigible el resto de los derechos contenidos en la legislación nacional e internacional.

Ahora bien, este derecho admite una serie de interpretaciones, algunas más restrictivas que otras, cuestión que tiene directa incidencia en el resguardo de los intereses jurídicos de las personas usuarias del sistema judicial. Con todo, y en especial desde el derecho internacional, se han desarrollado una serie de estándares en la materia, los que ya han sido analizados de manera precedente. La aplicación de estos estándares respecto al derecho de acceso a la justicia resulta central para el resguardo de los derechos de las personas, por cuanto apuntan a que tanto en procedimientos de carácter judicial como en aquéllos de orden extrajudicial, se cumplan ciertos niveles mínimos que permitan que el ejercicio de este derecho sea en condiciones igualitarias y equitativas.

Resulta innecesario repetir en este punto aquellos estándares generales aplicables en materia de acceso a la justicia. Sin embargo, es preciso recalcar que éstos resultan obligatorios para aquellos países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre ellos Chile. Por tanto el Estado se encuentra jurídicamente vinculado, no sólo a respetar este derecho sino a garantizarlo, removiendo todos los obstáculos de carácter social o económico que lo restrinjan. En este sentido, vimos, por ejemplo, cómo los Estados parte tienen la obligación de remover los obstáculos económicos que impiden acceder al sistema de justicia en igualdad de condiciones. Así, los Estados deben ser capaces de asegurar que la determinación de derechos y obligaciones no se encuentre supeditada a los recursos económicos con que cuenten las personas.

Que el acceso a la justicia deba garantizarse en condiciones de igualdad se encuentra reforzado por una lectura preliminar de la CADH; ella establece que los derechos consagrados en la misma no admiten distinciones arbitrarias, debiendo ser respetados y garantizados de manera igualitaria. Sobre el particular, el art. 1 dispone que:

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Posteriormente, el art. 24 de la Convención consagra de manera expresa el derecho a la igualdad, al disponer que “[t]odas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Pero, además, las mismas disposiciones ya analizadas en torno al derecho a la justicia presentan como elemento focal el derecho a la igualdad. El art. 8 de la Convención, que establece las garantías judiciales, y el art. 25, referente a la protección judicial, son enfáticos al señalar que el sujeto pasivo de estos derechos es “toda persona”.

Nadie cuestionaría entonces que el derecho de acceder a la justicia debe ser respetado en términos igualitarios sin importar raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Así, y como se ha señalado, el principio de no discriminación se transforma en piedra angular del goce efectivo de los demás derechos y garantías¹.

Sin embargo, el hecho de que la norma expresamente consagre el acceso igualitario a la justicia no implica que desde un punto de vista fáctico todas las personas, sin distinción, ejerzan sin discriminación este derecho. Si bien el derecho de acceso a la justicia es jurídicamente transversal a toda persona, en la práctica hay circunstancias que inciden negativamente en el derecho de acceder en condiciones igualitarias a la justicia. En algunas ocasiones existen trabas que emanan de la legislación, que establece distinciones arbitrarias, pero en la mayoría de los casos esta diferenciación en el acceso proviene de desigualdades propias de grupos desaventajados.

Ejemplo de esto último es la ausencia de información que no permite que la población se entere de entes gubernamentales (como la Corporación de Asistencia Judicial) y no gubernamentales (como las clínicas jurídicas de las facultades de Derecho), destinados a otorgar asesoría jurídica y representar sus pretensiones judicialmente ante tribunales.

En otras palabras, las normas jurídicas sobre acceso a la justicia, aun cuando ellas mismas no establezcan condiciones desiguales de acceso –esto es, aun cuando proclamen que dicho acceso debe ser igualitario– muchas veces no se condicen con la realidad social, misma que exhibe condiciones de desigualdad estructural que impide que todas las personas gocen **efectivamente** del derecho de acceso a la justicia en términos igualitarios. Por ejemplo, algunos sectores de la comunidad tradicionalmente marginados, a pesar de contar con herramientas judiciales a su disposición, puede que no recurran a ellas pues los sistemas institucionales nunca han estado de su lado.

Por lo mismo, los organismos internacionales de protección y promoción de derechos humanos se han concentrado en especificar las obligaciones que surgen para los Estados en materia de acceso a la justicia para grupos en situación de vulnerabilidad y, en ese sentido, se establecieron las denominadas “Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”. De acuerdo a estas reglas, se destaca que “el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad”². Se materializa, de esta forma, la preocupación compartida tanto a nivel jurídico como académico en cuanto a la “poca utilidad [que] tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”³.

Las “Reglas de Brasilia” constituyen un esfuerzo por determinar quiénes son las personas que deben ser consideradas en situación de vulnerabilidad. De acuerdo a la Regla 3,

...se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico⁴.

1 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No. 18, *No discriminación*, 37 Período de Sesiones, 1989.

2 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Brasilia, 2008.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*, Regla 3.

Enseguida, la Regla 4 agrega que “podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”. Como puede apreciarse, se trata de una enumeración no taxativa, cuestión que en parte permite que los Estados puedan encargarse de determinar cuáles son los grupos que reclaman y merecen –en el ánimo de las reglas– mayor atención y protección de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas, culturales e históricas específicas de cada comunidad. Así, las Reglas incorporan la perspectiva local en la determinación de las personas que son sujetos pasivos de las mismas, permitiendo que la precisión de la condición de vulnerabilidad en cada país dependa de “las características específicas o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”⁵.

Cabe apuntar que los criterios enunciados en las Reglas de Brasilia coinciden con los criterios de no discriminación detallados en el PIDCP. Esta vinculación implica que en caso que un país considere que determinado colectivo vulnerable no se encuentra al alero de las Reglas de Brasilia, la protección de igual manera debe atenerse a lo dispuesto por el PIDCP, que en su artículo 14 indica

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil⁶.

Esto implica que si un Estado, bajo el argumento que las Reglas de Brasilia no son obligatorias en tanto no se constituyen propiamente como un tratado, pretende no atender lo señalado por ellas, de igual manera debe dar cumplimiento a los estándares internacionales consagrados en el PIDCP. De lo contrario, el Estado estará discriminando a un grupo determinado al no permitirle el acceso a la justicia en razón de un fundamento arbitrario o ilegal, como es la raza, el nivel socioeconómico o la etnia.

Ahora bien, no sólo las Reglas de Brasilia contienen estándares en materia de acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad. También existen otras normas de carácter específico que refuerzan la protección de este derecho.

A continuación se hará referencia en términos generales a la protección normativa y a la situación fáctica del acceso a la justicia de algunos grupos en situación de vulnerabilidad. A modo de prevención, resulta necesario indicar que los estándares cuyo repaso comenzamos ahora, deben entenderse en conjunto con los criterios generales sobre el derecho de acceso a la justicia, ya detallados en capítulos anteriores. Como dichos estándares generales tienen aplicación transversal para todos los individuos, no se reproducirá lo ya estudiado y nos abocaremos, en cambio, al análisis específico según los grupos sociales que se indican.

Autoevaluación

Marque Falso (F), Verdadero (V) o la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. Las reglas de Brasilia son un instrumento normativo que busca proteger a personas que viven en situación de vulnerabilidad de la afectación de sus derechos. _____

5 Ibidem, Regla 4.

6 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificada por Chile el 10 de febrero de 1972, Art. 14 No. 1.

2. Las reglas de Brasilia son un instrumento jurídico que tiene carácter obligatorio por cuanto ha sido respaldado por varios países. ____
3. Las Reglas de Brasilia complementan lo dispuesto en el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ____
4. En el concepto de debida diligencia se entienden incorporadas las obligaciones de respeto y garantía. ____
5. Las Reglas de Brasilia son:
 - a. Un tratado de derecho internacional vinculante para los Estados que las ratifican.
 - b. Un conjunto de recomendaciones para los Estados que las ratifican.
 - c. Un instrumento que contiene derechos adquiridos para los colectivos vulnerables en materia de acceso a la justicia.
 - d. Un instrumento que permite llenar de contenido e interpretar disposiciones en materia de acceso a la justicia.
6. Respecto a la protección del acceso a la justicia de los colectivos vulnerables es verdad que:
 - I. Es importante por la posición de desventaja en que estos se encuentran.
 - II. Está integrada por varios instrumentos internacionales de diferente jerarquía.
 - III. Es necesaria en todos los países de la región latinoamericana.
 - IV. Hay colectivos vulnerables que necesitan mayor protección que otros en esta materia.
 - a. Sólo I
 - b. Sólo I y III
 - c. Todas
 - d. Sólo I, II y III
 - e. Ninguna

Respuestas

1. F
2. F
3. F
4. V
5. d)
6. d)

2. El derecho de las mujeres a acceder a la justicia

2.1 Cuestiones generales

La posición socialmente desaventajada que tienen las mujeres en la sociedad se ha traducido en que sean consideradas como grupos de especial protección en materia de acceso a la justicia⁷. La Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), se refiere precisamente al deber del Estado de adoptar medidas para asegurar el ejercicio efectivo de las mujeres del derecho de acceder a la justicia.

En su art. 7, letra b), dispone que los Estados se comprometen a “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”⁸. En conformidad a lo dispuesto por esta Convención, estas medidas no se supeditan de manera exclusiva a cuestiones de hecho, sino que también los Estados deben asumir el deber de “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza [...] y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”⁹. La Convención es manifiesta al extender este deber a la modificación de la legislación. Señala que dentro de las medidas a adoptar se deben incluir “medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”¹⁰.

El Estado, entonces, no puede esgrimir normativa de derecho interno para salvar su responsabilidad internacional en la denegación fáctica y/o normativa del acceso a la justicia para las mujeres, por cuanto su deber es, precisamente, remover las barreras locales que atenten contra el ejercicio pleno del acceso a la justicia, modificando aquella normativa o práctica, según sea del caso. En este sentido, y como se analizará más adelante en detalle, cabe agregar que los procedimientos por violencia y por abusos sexuales tienen como sujetos activos principalmente a mujeres, factor que es incorporado en la protección consagrada por la Convención Belém do Pará. De ahí que en materia de violencia y acceso a la justicia, los Estados deban adoptar medidas tendientes a garantizar procesos judiciales justos orientados a la prevención y reparación efectiva de las mujeres violentadas. Este deber adquiere una doble importancia: primero, por tratarse de procedimientos que, según hemos visto, pretenden hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia; y, segundo, porque se trata de un grupo cuya situación social, histórica y cultural lo ha puesto en condición de desaventajada.

Haciendo eco de la protección incorporada por los tratados internacionales señalados, las Reglas de Brasilia sindicaron el género como una circunstancia de vulnerabilidad, dedicando cuatro reglas específicas a esta materia. En primer término, vinculan la discriminación contra la mujer con el acceso a la justicia, reconociendo que “la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad”¹¹. Posteriormente, y luego de definir los conceptos de discriminación y violencia

7 Según estadísticas de CEPAL, en 2008 34,6% de las mujeres no percibía ingresos propios frente a un 10,4% de los hombres. Un 27,3% de las mujeres ocupan un lugar en gabinetes ministeriales, frente a un 72,7% de los hombres. En: <<http://www.eclac.org/>>, disponible a marzo de 2011.

8 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém Do Pará”, adoptada el 6 de septiembre de 1994. Entrada en vigor el 3 de mayo de 1995. Ratificada por Chile el 15 de noviembre de 1996.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

11 Reglas de Brasilia, Regla 17.

contra la mujer¹², se aboca a la recomendación a los Estados de las pautas a seguir para asegurar a las mujeres el acceso efectivo a la justicia, señalando de manera general que deben impulsar “las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones”¹³. A continuación, la norma enfatiza la necesidad de prestar atención a los supuestos de violencia contra la mujer, “estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna”¹⁴.

Estas reglas son claras en cuanto a que es fundamental adoptar medidas tendientes a garantizar el acceso a la justicia de la mujer. Sin embargo dichos estándares no se cristalizan fácticamente, de modo que no obstante existir normativa expresa en la materia se producen varios problemas en el acceso a la justicia de las mujeres. Sin perjuicio de la legislación aplicable y vigente para aquellos Estados que han ratificado las convenciones citadas –entre ellos Chile–, existen una serie de barreras que tienen como factor común la discriminación por género y que inciden en el hecho que las mujeres no puedan acceder en condiciones igualitarias a la justicia. Esta cuestión implica dos cosas. En primer lugar, que las mujeres tienen mayores dificultades que los hombres para acceder a procedimientos judiciales de toda índole, cuestión que se origina por factores externos y que tiene incidencia en las posibilidades reales de acceder a la justicia. En segundo término, que existen procedimientos judiciales que, por su naturaleza, son en su mayoría incoados por mujeres, principalmente las denuncias por violación, acoso o violencia intrafamiliar, y se encuentran trabas focales que dificultan el acceso a esos procedimientos¹⁵.

2.2 Derecho de acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia

Las mujeres han sido históricamente discriminadas¹⁶, lo que las incluye dentro del grupo de colectivos en condición de vulnerabilidad. Para enfrentar esta situación, el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de Derechos Humanos (SIDH) se concentra en la premisa de que el acceso a los recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los demás derechos básicos¹⁷. En este sentido, los principales instrumentos interamericanos que protegen los derechos humanos –Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre y Convención de Belem do Pará–, afirman el derecho de las mujeres a acceder en igualdad de condiciones a una protección judicial que cuente con las adecuadas garantías frente a actos de violencia¹⁸.

12 *Ibidem*. Regla 18: “Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

Regla 19: “Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica”.

13 *Ibidem*, Regla 20.

14 *Ibidem*.

15 Casas, Lidia, y Alejandra Mera, “Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones”, en: *Cuaderno de Análisis Jurídico* No. 16. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2004.

16 CIDH, Informe Anual 2005, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 7, 27 de febrero de 2006, capítulo I.

17 *Ibidem*.

18 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, Secretaría General Organización de los Estados Americanos, Washington, Estados Unidos de América, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007, pág. viii, párr. 4.

La Declaración Americana y la CADH han consagrado una serie de principios básicos relacionados con el acceso a la justicia o a la protección judicial, que se ampara en los arts. XVIII¹⁹ y 8.1 y 25, respectivamente, estos últimos en relación con el 1.1. La elaboración del contenido de dichos preceptos, a su turno, se ha desarrollado en el seno de la Corte IDH. En relación con el artículo 1.1²⁰ de la Convención Americana, este tribunal ha dispuesto que dichas obligaciones se traducen en el deber estatal de

...garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y en particular a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros, resultados y que los responsables de las violaciones de derechos humanos sean juzgados, para obtener una reparación por el daño sufrido²¹.

Agregó, además, que

...se entiende en este sentido que el acceso a la justicia es el acceso de derecho (*de iure*) y *de facto* a las instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad a los parámetros internacionales. En tanto, la Comisión Interamericana ha establecido que no basta con la existencia formal de recursos judiciales, sino también a que éstos sean idóneos para investigar y sancionar las violencias denunciadas²².

Como hemos insistido antes, la Corte coloca el acento tanto en los diseños institucionales como en las posibilidades fácticas, incluidas las variables sociales, culturales, económicas e históricas que impiden un disfrute sin trabas de los derechos. De ahí el énfasis en asegurar el acceso a una tutela judicial efectiva sin discriminación²³.

¿Qué ha ocurrido en el caso de la violencia contra las mujeres? El SIDH ha entendido que, de acuerdo a la Convención de Belém do Pará, **violencia contra las mujeres** es “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico de la mujer, tanto en el ámbito público como privado”²⁴. Frente a la violencia contra la mujer, los Estados parte adquieren una serie de obligaciones que a *grosso modo* comprenden el

...establec[imiento de] procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos [así como la implementación de] mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces²⁵.

19 Art. XVIII. “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

20 Art. 1. “Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

21 Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez*, excepciones preliminares, sentencia de 26 de julio de 1987, Serie C No. 1, párr. 91; Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo*, reparaciones, sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párr. 169.

22 *Ibidem*, párr. 5.

23 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, párr. 25. También, art. 24, Igualdad ante la Ley. “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

24 Convención Belém Do Pará, arts. 1 y 2.

25 *Ibidem*, art. 7, letra f).

Como ya hemos tenido oportunidad de advertir, no basta con colocar herramientas formales a disposición de las personas que no se hacen cargo de las condiciones específicas que pueden terminar perturbando el goce de derechos. Por ello es que la CIDH ha señalado que, en casos relacionados con violencia contra mujeres, el derecho a un recurso judicial efectivo contenido en el art. 25 de la CADH, interpretado junto con las obligaciones contenidas en los arts. 1.1 y 8.1, debe entenderse como

...el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado –sea un derecho protegido por la Convención Americana, la Constitución o las leyes internas de dicho Estado– de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación y se fije, cuando corresponda, una compensación adecuada²⁶.

Este tema es de especial relevancia para Chile. Basándose en estadísticas entregadas por la doctrina nacional²⁷, la CIDH²⁸ emitió un informe en el cual se muestra cómo en Chile el porcentaje de casos sobre violencia que alcanza juicio es preocupantemente bajo: los casos de violencia que llegaron a juicio el año 2002 representaron sólo un 3,98% de las denuncias recibidas. La situación en la actualidad no es muy distinta: según informa el Instituto Nacional de Derechos Humanos

...el Ministerio Público reporta 115.100 causas por violencia intrafamiliar ingresadas el año 2009; el 32,83% por amenazas, 57,32% por lesiones y 6,56% por maltrato habitual. Este incremento no ha tenido como correlato un aumento proporcional en el número de sanciones, pues solo un 9,26% termina en sentencia condenatoria²⁹.

Deben llamarnos la atención las escasas ocasiones en que la denuncia de una mujer que reclama violencia llega a tribunales, en especial si –como hemos sostenido– el Poder Judicial constituye la primera línea de defensa a nivel nacional para la protección de los derechos y las libertades individuales de las mujeres. Por eso es esencial su respuesta efectiva ante las violaciones de derechos humanos³⁰.

¿Cuáles son las obligaciones para los Estados parte? Los Estados tienen el deber de actuar con la **debida diligencia** frente a las violaciones de los derechos humanos. Este deber comporta cuatro obligaciones, a saber: prevención, investigación, sanción y reparación de las violaciones a los derechos humanos, y evitar la impunidad.

Al respecto la Corte IDH ha dicho que “esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”³¹. La obligación conforme a la cual el Estado debe actuar con debida diligencia, opera también cuando los perpetradores de violaciones son agentes no gubernamentales, extendiéndose, por lo tanto, a actores no estatales, terceros y particulares. Estas son obligaciones o medidas de acción positiva, es decir, son acciones de garantías indicadas para asegurar el acceso y el ejercicio de ciertos derechos por sectores que son víctimas de situaciones de desigualdad

26 CIDH, Informe de Fondo, No. 5/ 96, *Raquel Martín de Mejía* (Perú).

27 Casas, Lidia, y Alejandra Mera, “Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones”... pág. 57 y ss.

28 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”...

29 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2010. Situación de los Derechos Humanos en Chile*, 2010, pág. 88.

30 *Ibidem*, párr. 6.

31 Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166.

estructural o procesos históricos de exclusión³². Se trata de medidas especiales, acciones de carácter temporal que tienen por objeto asegurar el progreso de algunos grupos³³.

En consecuencia, el SIDH reconoce a las mujeres como un grupo en situación de vulnerabilidad, por lo que los Estados deben actuar con la debida diligencia para cumplir con sus obligaciones internacionales: prevenir, investigar, sancionar y reparar. Esta tarea ha de impulsarse a través de medidas de acción positiva o medidas especiales para lograr así un efectivo acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia.

2.3 Dificultades transversales en el acceso a la justicia de las mujeres

Según Cecilia Medina, expresidenta de la Corte IDH, “en muchos casos llegar a juicio es infringir las reglas básicas del género. Por que el género dice a las mujeres que ellas no deben reclamar, les dice que reclamar trae consecuencias graves”³⁴. Las mujeres, entonces, no se conciben como legítimas titulares para acudir al sistema judicial siendo sus pretensiones ignoradas por los operadores del sistema, sentimiento que comporten en general los grupos sociales marginados.

En los casos María Eugenia Morales de Sierra y María Da Penha Maia Fernandes, la CIDH hace expresa mención a la situación de desventaja de las mujeres, concluyendo que ésta incide en que las mujeres tengan un papel social inferior al del hombre. En su Informe sobre la Condición de la Mujer en las Américas, este mismo organismo ha concluido que, no obstante las mujeres constituyen aproximadamente la mitad de la población, no se refleja dicho porcentaje en los niveles de toma de decisiones³⁵. Específicamente señala que “[e]l acceso limitado de las mujeres a la justicia es el resultado de este patrón de discriminación y tratamiento inferior”³⁶. Las posibilidades de acceder a la justicia de las mujeres se ven contrariadas por profundos problemas culturales y sociales, cuestión que incide directamente en los niveles de acceso a la justicia de este grupo.

A modo de ejemplo, al observar el caso chileno en materia de delitos sexuales se vislumbra que el tema de potenciar el acceso a la justicia de las mujeres no es prioritario, en términos tales que respecto de este delito, el porcentaje de juicios orales es muy escaso en relación al total de las causas terminadas. Para ejemplificar esta cuestión se compara el porcentaje de resultado en los casos señalados con otro delito de relevancia social, el robo. Respecto del total de las causas terminadas por estos delitos, el promedio de sentencias condenatorias para los delitos sexuales en 2002 fue de 3,53%, mientras que para robo alcanza el 4,33%³⁷. Hoy en día, si bien de acuerdo a datos del Ministerio Público un 13,6% de los casos por delitos sexuales termina en sentencia condenatoria, no deja de llamar la atención que un 52,2% de estos delitos son archivados provisionalmente³⁸. A esto se debe sumar que en materia de violencia intrafamiliar, un 9,91% de las causas han terminado en sentencia definitiva condenatoria,

32 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 100.

33 *Ibidem*, párr. 109.

34 Medina, Cecilia, “Género y acceso a la justicia”, en: *Defensa Pública: garantía de acceso a la justicia*, primera ed. Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2008, págs. 237-246.

35 CIDH, “Informe de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17, 13 octubre 1998, párr. 32.

36 *Ibidem*.

37 Casas, Lidia, y Alejandra Mera, “Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones”... pág. 60.

38 Ministerio Público, Boletín Anual 2010, pág. 25.

mientras un 35,1% culminaron en suspensión condicional del procedimiento y un 28,3% fueron archivadas provisionalmente³⁹.

2.4 Dificultades en los procedimientos incoados principalmente por mujeres

Las dificultades en el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia y, en general, las trabas que existen en los procedimientos que son principalmente utilizados por mujeres, estriban principalmente en prácticas sociales y culturales de prejuicios en contra de ellas. Esos mismos patrones culturales impactan el sistema de justicia, que, no obstante contar con herramientas formales de protección, termina generando procesos de segunda victimización (retardos injustificados y algunas veces directamente inacción).

a. Prácticas culturales asentadas

El derecho de todas las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación ha sido determinado como una cuestión prioritaria a nivel del derecho internacional de los Derechos Humanos. La Convención de Belém do Pará se refiere expresamente a la protección de la mujer frente a actos de violencia.

Ahora bien, el establecimiento a nivel internacional de marcos normativos protectores de los derechos de la mujer debe ir acompañado de su observancia interna, y aquí la judicatura juega un rol fundamental. En su estudio sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, la CIDH afirmó que “el sistema interamericano de derechos humanos se basa en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos que incluye los derechos de las mujeres en caso de violencia”⁴⁰.

Diversos estudios realizados a nivel regional dan cuenta que en esta materia existen problemas culturalmente arraigados que dificultan el acceso a procedimientos judiciales de las mujeres, de modo que la respuesta estatal por medio del Poder Judicial más que constituirse en un alivio frente a una posible afectación de los derechos de la mujer, se constituye en una instancia que propicia la revictimización de este grupo.

b. Prácticas culturales y debida diligencia

Los problemas evidenciados respecto al acceso a la justicia en general también afectan a las mujeres. En los casos sobre violencia contra la mujer y de agresiones sexuales, dichas dificultades se multiplican. En Chile esto tiene particular relevancia. Existen dificultades territoriales (sobre todo en regiones en que las distancias entre fiscalías, policía y hospitales son grandes), falta de infraestructura física para realizar exámenes y entrevistas, y doble victimización producto de revivir lo ocurrido en sucesivas entrevistas, cuestiones que importan la no concomitancia del Estado con los estándares internacionales respectivos⁴¹.

Al respecto la Corte IDH ha señalado que

...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos en la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese mismo sentido debe subrayarse que para que tal recurso exista, no basta con que

39 *Ibidem*, pág. 56.

40 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 23.

41 Casas, Lidia, y Alejandra Mera, “Violencia de género y reforma procesal penal chilena. Delitos sexuales y lesiones”...

esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla⁴².

La Corte se refiere, como hemos visto, a la obligación de **debida diligencia**. En materia de procedimientos de violencia contra la mujer la debida diligencia implica que deben existir procedimientos rápidos, realizados en cumplimiento de las garantías judiciales y cuyo objetivo sea la sanción efectiva del agresor. La Relatoría Especial sobre la Violencia contra la Mujer, concretizando las obligaciones estatales, ha señalado que “hay determinados principios básicos subyacentes en el concepto de debida diligencia”⁴³. La anterior Relatora Especial, Radhika Coomaraswamy, determinó un listado de estándares para determinar si los Estados cumplían las obligaciones de la debida diligencia, a saber:

Ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer⁴⁴.

En Chile existen problemas en la coordinación del aparato judicial en su conjunto para los casos de violencia contra la mujer. A modo de ejemplo, una aplicación dispar de los criterios de la Ley 20.066⁴⁵ sobre la habitualidad de la violencia intrafamiliar, se traduce en que los casos pululen entre el sistema civil (Tribunales de Familia) y el penal, cuestión que termina en mayores tiempos de espera para las víctimas y contrae la confianza en el sistema⁴⁶.

En el informe de fondo del caso María da Penha Maia Fernandes la CIDH analizó como se afectó la debida diligencia en cuanto a los derechos de las mujeres. A propósito de la debida diligencia en otros países de la región, la CIDH la ha analizado en situaciones en las que hay mujeres involucradas, sobre todo en el informe de fondo del caso María da Penha Maia Fernandes. En éste una mujer fue víctima de violencia intrafamiliar y de intentos de homicidio por parte de su cónyuge, no obstante haber acudido al sistema judicial en búsqueda de protección. La CIDH emitió un informe final requiriendo al Estado adecuar los procedimientos investigativos a los estándares internacionales. Como se indicó párrafos atrás, esto evidencia el incumplimiento de la obligación de movilizar el aparato estatal para la protección de los derechos consagrados en la CADH⁴⁷. De manera similar, en el tantas veces citado caso Velázquez Rodríguez, la Corte IDH señaló que los Estados tienen la obligación de “organizar

42 Corte IDH, *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987.

43 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Relatoría Especial sobre Violencia contra la Mujer, “Informe de la Relatoría Especial sobre Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias”, 62 Periodo de Sesiones, 20 de enero de 2006, párr. 34.

44 *Ibidem*.

45 Ley sobre Violencia Intrafamiliar (D. Of. 07.10.2005).

46 Para mayor información sobre este punto ver *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009*, Universidad Diego Portales, Santiago, 2009, págs. 171 y ss.

47 CIDH, Informe No. 54/01, *Caso Maria Da Penha Maia Fernandes (Brasil)*, 16 de abril de 2001.

todo el aparato gubernamental y en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público”⁴⁸.

c. Sistema judicial, investigación y prevención

La organización del aparato estatal encaminada a garantizar el derecho de acceso a la justicia, implica también el deber de prevención de las violaciones a derechos humanos. En el caso de las mujeres, el respeto de este derecho implicaría adoptar todas las medidas destinadas a prevenir la violencia contra la mujer, según disponen los arts. 1.1 y 2 de la CADH⁴⁹. Este es un tema especialmente sensible para Chile, donde las mujeres tienen la percepción de que no son protegidas en tanto víctimas de la violencia. Así, según algunas encuestas, un 88% de las mujeres cree que no se protege a la víctima de la violencia, calificando negativamente a las instituciones encargadas de ayudarlas⁵⁰.

¿Qué disponen los estándares del derecho internacional? El art. 7 de la Convención de Belém do Pará enfatiza la necesidad de que la investigación se realice por medio de procedimientos orientados a la sanción de los culpables, obligando a los Estados a adoptar medidas administrativas y legales que se orienten al cumplimiento de este objetivo. En su informe sobre la situación de los derechos humanos de la mujer en Ciudad de Juárez la CIDH subrayó este vínculo señalando que la investigación es una etapa crucial en los casos de violencia contra la mujer:

...no se puede sobrestimar la importancia de una debida investigación, ya que las fallas a este respecto suelen impedir u obstaculizar ulteriores esfuerzos tendientes a identificar, procesar y castigar a los responsables⁵¹.

Cuando la etapa investigada se desecha o se desarrolla de forma poco prolija, o cuando en ella priman los mismos prejuicios que sitúan a las mujeres como grupo desaventajado, entonces se contribuye al asentamiento de los mismos patrones degradantes, cuestión que explica y justifica la poca confianza que las mujeres depositan en el sistema judicial. En el caso de Maria Da Penha Maia Fernandes la CIDH ha señalado que

...dado que esta violación contra María da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado para procesar y condenar a los agresores, considera la Comisión que no sólo se viola la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes. Esa ineffectividad judicial general y discriminatoria crea el ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos⁵².

Este criterio se ha sostenido también en los casos Godínez Cruz y Niños de la Calle, donde la Corte IDH ha señalado que la investigación

48 Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*... párr. 166 y ss.

49 Corte IDH, *Caso Durand Ugarte vs. Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 93 y ss.

50 *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009*... págs. 171 y ss.

51 CIDH, “Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación”, 7 de marzo de 2003, párr. 137.

52 CIDH, Informe No. 54/01, *Caso Maria Da Penha Maia Fernandes*...

...debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa procesal de la víctima o sus familiares⁵³.

En este sentido, un aspecto importante es el comportamiento de las autoridades y el tratamiento de la evidencia. Respecto a lo primero, en el caso *Durand Ugarte* la Corte IDH concluyó que cuando las investigaciones no son realizadas por autoridades apropiadas capacitadas en esta materia se registran retrasos que inciden en la investigación⁵⁴.

No obstante lo anterior, en la práctica quienes reciben a las víctimas en el sistema judicial generalmente no adecuan sus comportamientos a los criterios reseñados. Para Cecilia Medina existe un sesgo de género en todas las instancias judiciales y prejudiciales.

Hay un problema cuando una mujer va a la policía a declarar y la policía le pregunta ¿Qué hizo usted señora? ¿Qué hizo usted señora para merecer esto? De ahí para adelante. O sea, la capacitación de la policía, la sensibilización por que no es lo mismo enseñar que el artículo dice tal cosa o que tal otra, sino que hay que llegar a la persona que está detrás del policía para que internalice, que haga su propio deseo de no ser discriminatorio⁵⁵.

d. Duración de las investigaciones

La escasa confianza que exhiben los agentes judiciales en las mujeres es un factor que incide directamente en el éxito de las mismas. Uno de los aspectos delicados tiene relación con la duración de las investigaciones, pues su extensión incide en el castigo de los responsables y en la confianza de la víctima en el sistema. Respecto a este punto, la Corte IDH, en el caso *Campo Algodonero*, consideró que

...el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres⁵⁶.

Por su parte, la Corte Europea ha señalado que cuando un ataque es motivado por razones de raza es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en que las autoridades las protegerán de la amenaza de violencia racial⁵⁷. La Corte Interamericana adhiere a este razonamiento, al señalar que “El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género”⁵⁸.

Finalmente, en el caso *María da Penha* la CIDH dispuso que

...no se ha llegado a producir una sentencia definitiva por los tribunales brasileños después de diecisiete años, y ese retardo está acercando la posibilidad de impunidad definitiva por prescripción, con la consiguiente imposibilidad de resarcimiento que de todas maneras sería tardía. La Comisión considera

53 Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 6; *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales u otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63.

54 Corte IDH, *Caso Durand Ugarte vs. Perú*... párr. 93 y ss.

55 Medina, Cecilia, “Género y acceso a la justicia”... pág. 252.

56 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No. 205, párr. 287 y ss.

57 Corte EDH, *Caso Angelova and Iliev vs. Bulgaria*, 26 de julio de 2007.

58 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*...

que las decisiones judiciales internas en este caso presentan una ineficacia, negligencia u omisión por parte de las autoridades judiciales brasileñas y una demora injustificada en el juzgamiento de un acusado e impiden y ponen en definitivo riesgo la posibilidad de penar al acusado e indemnizar a la víctima por la posible prescripción del delito⁵⁹.

e. Instancias extrajudiciales

Uno de los mecanismos que puede potenciar el acceso a la justicia es la resolución de los conflictos por medio de la autocomposición, a través de instancias extrajudiciales. Para esto, los ordenamientos nacionales han introducido el arbitraje y la conciliación. En este tema el problema radica en que las mujeres en muchos casos no se encuentran en igualdad de condiciones para enfrentar a su contraparte sin mediación de un juez, en virtud de los factores enunciados a lo largo de este acápite. En los casos de mujeres que han sufrido episodios de violencia, la autonomía de quienes toman parte en estas instancias está comprometida por las prácticas culturales de dominación, factor que dificulta los procesos.

La CIDH ha expresado su preocupación ante el hecho de que muchos órganos judiciales promueven principalmente el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver delitos de violencia contra la mujer o intrafamiliar⁶⁰. Sobre este punto, es manifiesto que los acuerdos realizados en un proceso de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres, no son cumplidos por el agresor y no abordan las causas y consecuencias de la violencia⁶¹.

Autoevaluación

En una reunión con el Ministro de Justicia le han encomendado realizar un plan para mejorar el acceso a la justicia de las mujeres. Tiene plazo hasta mañana para entregar una propuesta al ministerio. Sugiera:

59 CIDH, Informe No. 54/01, *Caso Maria Da Penha Maia Fernandes...* párr. 39.

60 CIDH, “Informe sobre las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia”, 20 enero 2007, Washington DC, párr. 161.

61 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr. 161.

**PROPUESTA DE MEJORAMIENTO
ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES**

1. MEDIDAS A TOMAR EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

- A.
- B.
- C.

2. MEDIDAS A TOMAR EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL

- A.
- B.
- C.

3. FORMA DE DARLAS A CONOCER

- A.
- B.
- C.

4. PÚBLICO DESTINATARIO

- A.
- B.
- C.

5. PRESUPUESTO ESTIMADO

- A.

Marque Falso (F), Verdadero (V) o la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. En términos generales, es posible señalar que la doble victimización de una mujer ocurre toda vez que ha sido víctima de un delito dos o más veces. ____
2. La Corte IDH sólo de manera reciente se ha pronunciado en materia de acceso a la justicia de las mujeres. ____
3. Respecto a la investigación en los casos de violencia contra la mujer:
 - a. Debe ser dirigida por la autoridad ministerial.
 - b. Debe ser realizada por funcionarios capacitados.
 - c. Debe ser realizada en el menor tiempo posible.

- d. Debe siempre finalizar en una acusación criminal.
 - e. La Corte IDH sólo se ha referido a la investigación en casos de violencia sexual.
4. Respecto a la conciliación en casos de violencia contra la mujer:
- a. Es el mecanismo más usado en Latinoamérica.
 - b. Los jueces lo recomiendan por cuanto potencia la paz social.
 - c. Es criticado por cuanto permite hipótesis de impunidad.
 - d. Ninguna de las anteriores.
 - e. A y B.

Respuestas

- 1. F
- 2. V
- 3. b)
- 4. c)

3. El derecho a acceder a la justicia de las personas en situación económica precaria

Las personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad económica tienen dificultades para acceder a la justicia. En el caso de los sistemas de mercado, tener acceso a defensas jurídicas trae aparejados costos elevados. Además, debe llamarse la atención sobre los estándares técnicos con que operan las defensas públicas, las que muchas veces funcionan sin cumplir con los criterios de calidad necesarios. En ese contexto, las personas más pobres no tienen las mismas posibilidades de acceso que quienes pertenecen a sectores más acomodados.

La pobreza es considerada por las Reglas de Brasilia como un criterio de vulnerabilidad en materia de acceso a la justicia. La Regla 15 señala que

...la pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad⁶².

El problema se agudiza en aquellos casos en que, además de la pobreza, se presenta una segunda variable de vulnerabilidad. Es común que quienes pertenezcan a los sectores más pobres de la sociedad posean también otra causa de vulnerabilidad. Algunas cifras de Chile sirven como ejemplo: los pueblos indígenas se constituyen como uno de los sectores más pobres de la sociedad y el 39,5 % de las personas con discapacidad se encuentran también bajo la línea de la pobreza⁶³. Ocurre así que las personas pobres no sólo son más vulnerables y les es más difícil ejercer sus derechos fundamentales, sino que además, producto de sus carencias económicas, tienen dificultades para reclamar el cumplimiento de lo poco que logran disfrutar. Ello atenúa su confianza en el sistema de administración de justicia y en la democracia. De acuerdo a una encuesta realizada en Santiago, un 80% de la población pobre estima que la calidad

62 Reglas de Brasilia, Regla 15.

63 Fondo Nacional de la Discapacidad, *Primer Estudio Nacional de la Discapacidad*, Santiago, 2004.

de la justicia que obtiene es mala o muy mala. El mismo porcentaje estima que las personas con más recursos obtienen un mayor acceso a la justicia que las personas pobres. Asimismo, un 60,6% opina que las amistades influyen en los fallos judiciales⁶⁴.

3.1 Marco internacional

Las Reglas de Brasilia señalan que las medidas que se deben instaurar para garantizar el acceso a la justicia de las personas que viven en la pobreza deben ser integrales. Así, indican que “se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia”⁶⁵.

La CADH también se refiere a este punto. El art. 8, relativo a las garantías judiciales, incorpora varias reglas tendientes a la consagración de la gratuidad de la defensa jurídica. En primer lugar, hace referencia de manera enfática al

...derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley⁶⁶.

Reconoce también el “derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal”⁶⁷. Finalmente, se comprende el deber de conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa⁶⁸.

A nivel universal, el PIDCP establece como garantía mínima el derecho de toda persona de que, siempre que el interés de la justicia lo exija, “se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo”⁶⁹.

3.2 Obligaciones para los Estados

De estas garantías, instauradas en términos generales, se desprenden ciertas obligaciones específicas de los Estados. Repasaremos acá únicamente las obligaciones generales en materia de acceso a la justicia para grupos en condición de vulnerabilidad, toda vez que en un capítulo anterior hemos ya hecho referencia a las regulaciones nacionales. En ese orden, se destacan como centrales el deber de garantizar asistencia jurídica gratuita y el de establecer tribunales material y económicamente accesibles.

En cuanto al primer punto, en la opinión consultiva sobre excepciones al agotamiento de los recursos internos, la Corte IDH se refirió a la prohibición de discriminar sobre la base de la posición económica de las personas destacando que

...si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención Americana le garantiza, encuentra que su posición económica le impide hacerlo porque no puede pagar

64 Universidad Católica Silva Henríquez, *Percepción de la población pobre de Santiago sobre justicia en Chile al año 2008 y visión evolutiva desde el año 2003*.

65 Reglas de Brasilia, Regla 16.

66 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2, letra e).

67 *Ibidem*, art. 8.2 letra a).

68 *Ibidem*, art. 8.2 letra c).

69 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14 No. 2 letra d).

la asistencia legal necesaria [...] queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley⁷⁰.

Así también, en la opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, la Corte IDH señaló que se vulnera el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagradas en la CADH por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal, cuestión que impide que se hagan valer los derechos en juicio⁷¹.

En el informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, la CIDH llamó la atención sobre cómo

...las leyes del país requieren que las personas estén representadas por un abogado para poder tener acceso a la protección judicial. Según el sistema actual, los litigantes que no tienen los medios para contratar los servicios de un abogado de su elección deben esperar hasta que haya un defensor público disponible. Esas personas tienen que esperar a menudo por largos períodos para tener acceso a la justicia. Esto va claramente contra los dictados de la Convención Americana [...] la discriminación en el ejercicio o disponibilidad de las garantías judiciales por razones de situación económica está prohibida según las disposiciones de los artículos 1.1, 8 y 24 de la Convención Americana⁷².

Finalmente, en los informes de fondo sobre los casos de Whitley Myrie y Paul Lallion, la Comisión concluyó que el Estado está obligado a proporcionar acceso efectivo a acciones constitucionales, lo que incluye el suministro de asistencia jurídica gratuita cuando las personas carecen de recursos para promoverlas por sus propios medios⁷³.

El compromiso de los Estados en esta materia ha abandonado la esfera normativa asentándose en niveles políticos. Es así que en la II Cumbre de Las Américas, realizada en Chile en abril de 1998, los gobiernos acordaron que

...desarrollarán mecanismos que permitan el fácil y oportuno acceso de todas las personas a la justicia, en particular a aquellas de menores ingresos, adoptando medidas que doten de mayor transparencia, eficiencia y eficacia a la labor jurisdiccional. En este contexto, promoverán, desarrollarán e integrarán el uso de métodos alternativos de solución de conflictos en el sistema de justicia⁷⁴.

En la II Reunión de Ministros de Justicia llevada a cabo en Perú en marzo de 1999, se debatió sobre el acceso universal a una justicia de calidad, independiente, creíble y eficaz, en particular para los más pobres y para las minorías tradicionalmente excluidas. En la III Cumbre de Las Américas realizada en 2001 en Canadá se estableció el Plan de Acción sobre Justicia, Estado de Derecho y Seguridad de las Personas, conforme al cual se “apoyarán iniciativas y programas públicos y privados para la educación de las personas sobre sus derechos de acceso a la justicia, e impulsarán las medidas que aseguren el acceso oportuno, equitativo y universal a la justicia”⁷⁵.

70 Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (arts. 46.1, 46.2. letra a) y 46.2. letra b) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), opinión consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11, párr. 52.

71 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Serie A No.18, párr. 126.

72 CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96 Doc.10 rev.1, 24 de abril de 1997, cap. III.

73 CIDH, Informe 55/02, Caso 11.765, fondo, *Paul Lallion (Grenada)*, 21 de octubre de 2002, párr. 91 y ss.

74 Segunda Cumbre de las Américas, *Declaración de Santiago, Plan de Acción*, Santiago, 1998.

75 Tercera Cumbre de Las Américas, *Plan de Acción sobre Justicia, Estado de Derecho y Seguridad de las Personas*, Canadá.

En el cumplimiento de estos mandatos, las legislaciones nacionales tienen la facultad de definir autónomamente la manera de otorgar asistencia a quienes no pueden costársela. Los resultados de los esfuerzos a nivel comparado son disímiles. De ahí que si bien en ciertos casos el panorama se concibe como más alentador, en otros los problemas parecen no tener solución. En Chile, como vimos, se resuelve vía mandato constitucional. La Carta Fundamental dispone que “la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan proporcionárselos por si mismos”⁷⁶. La legislación, como se ha mencionado previamente, contempla varios mecanismos para intentar dar cumplimiento a este mandato. Sin embargo, y como también se mencionó, las instituciones que buscan proporcionar asistencia gratuita a las personas en condición económica vulnerable presentan graves deficiencias prácticas.

3.3 Otras trabas

Los costos en defensa jurídica no son las únicas trabas para acceder a la justicia de las personas más pobres. En la OC-11/90, la Corte IDH manifestó que los costos del proceso también inciden en el acceso a la justicia⁷⁷. Posteriormente, en la sentencia del caso Cantos, la Corte desarrolló esta idea e indicó que

...cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención⁷⁸.

En este mismo sentido, agregó que

...este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales⁷⁹.

La CIDH se ha pronunciado en términos similares. En el ya citado informe sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas, indicó que

...las debilidades del sistema respecto a la doble victimización y las dificultades de acceso gratuito y en igualdad de condiciones a la justicia, son las que obstaculizan con mayor frecuencia el seguimiento y la culminación de los procesos indicados⁸⁰.

Esta circunstancia se encuentra estrechamente ligada con el mandato de igualdad y no discriminación consagrado en esferas nacionales e internacionales citado al comienzo de este capítulo. Así, si bien se prohíbe la discriminación, el hecho de que quienes tienen precariedades económicas no puedan hacer valer sus derechos en condiciones igualitarias, atenta contra el deber de respetar y garantizar el derecho a la igualdad, afectándose directamente las posibilidades de acceder a la justicia.

Autoevaluación

El 5 de octubre se promulgó la Ley de Defensa del Pobre, en virtud de la cual se reforma la Ley 19.234.

76 Constitución Política de la República de Chile, art. 19 No. 3, inc. 3.

77 Corte IDH, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*... párr. 29 y ss.

78 Corte IDH, *Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C No. 97, párr. 50.

79 *Ibidem*.

80 CIDH, “El acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”... párr.158.

Esta nueva normativa incorpora tres cuestiones esenciales:

- (i) Establece la gratuidad en procedimientos criminales para todas aquellas personas que acrediten encontrarse en situación económica precaria.
- (ii) Establece un sistema de tasas de asistencia para los procedimientos civiles, de manera que se implementa un sistema de copago en donde las personas que ganan hasta 300 dólares mensuales pagan el 10% del valor del juicio; quienes ganan hasta 600 dólares el 20%; hasta 1000 dólares mensuales el 80%, y el resto el total del valor.
- (iii) Dispone que los juicios penales y aquellos en los que exista copago serán atendidos por estudiantes de derecho de 3, 4 y 5 año.
 - (a) Debido a su experticia, usted tiene varias ofertas de trabajo relacionadas con esta Ley. El gobierno de su país le pide que prepare un informe (máximo 3 carillas) sobre las modalidades de acreditación de situación económica precaria. Le exigen que dicho informe se base en jurisprudencia, doctrina y legislaciones comparadas.
 - (b) Una ONG dedicada a la protección de los pobres le solicita realice un informe en derecho (máximo 3 carillas), respecto de los aspectos de la normativa que no se atienen a las disposiciones internacionales respectivas y las vías de justiciabilidad que existen en la esfera internacional para lograr la inaplicabilidad de la Ley.
 - (c) El Colegio de Abogados le solicita que lo aconseje respecto a las vías a seguir, por cuanto le parece que las disposiciones de dicha ley afectan el ejercicio de la profesión, el derecho a igualdad, a la propiedad, al tiempo que se trata de medidas perjudiciales para la protección de las personas que viven en situación de pobreza.

Elija una alternativa de trabajo y actúe según lo solicitado.

Marque Falso (F), Verdadero (V) o la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. Para garantizar el acceso a la justicia de las personas en situación económica precaria los Estados están obligados a proporcionar asistencia jurídica gratuita para procesos civiles y penales. ____
2. Los gobiernos tienen un compromiso jurídico y político de proporcionar asistencia jurídica gratuita. ____
3. Respecto a las carencias en el acceso a la justicia de las personas en situación precaria económica,
 - a. El aspecto central es la carencia de asistencia judicial gratuita.
 - b. Tan importante como la falta de abogado son las costas judiciales.
 - c. Cada país tiene derecho a determinar los mecanismos para superarlas.
 - d. b y c.
4. Las personas en situación económica precaria:
 - a. Por regla general son doblemente vulnerables.
 - b. Por regla general son mujeres.
 - c. Son personas que no trabajan.
 - d. Son personas discriminadas.
 - e. Sólo a y d.

Respuestas

1. F
2. V
3. d)
4. e)

4. El derecho de acceder a la justicia de las personas con discapacidad

Las Reglas de Brasilia también se refieren al derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La Regla 7 define la discapacidad como toda

...deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social⁸¹.

El art. 1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por su parte, amplía dicha definición al incluir a aquellas personas que

...tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁸².

Las Reglas de Brasilia agregan que

...se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación⁸³.

Producto de la recurrencia de los problemas en el acceso a la justicia de quienes adscriben a este grupo, las Reglas enfatizan más adelante en el deber de mejorar las condiciones de acceso para los individuos en cuestión. Así, disponen que:

...se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá en particular la reducción de barreras arquitectónicas, facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales⁸⁴.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incorpora normativa expresa sobre el derecho a la justicia de las personas en cuestión. Dispone en su art. 13, que

...los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares⁸⁵.

81 Reglas de Brasilia, Regla 7.

82 Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Asamblea General, A/61/611, 13 de diciembre de 2006 (en vigor desde 3 de mayo de 2008), art. 1.

83 Reglas de Brasilia, Regla 8.

84 *Ibíd.*, Regla 77.

85 *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*... art. 13.

Además, incorpora el elemento de educación en la garantía del derecho en referencia:

A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario⁸⁶.

No obstante la existencia de normativa específica y obligatoria en esta materia, en la práctica el acceso a la justicia de los individuos con discapacidad no se condice con las disposiciones internacionales que dicen relación con el ejercicio de este derecho. Si bien el hecho de tener una discapacidad no debiese influir en el ejercicio del derecho a acceder a la justicia, las dificultades físicas y psíquicas de las que son objeto las personas con discapacidad inciden directamente en las posibilidades de ejercer este derecho en condiciones igualitarias al resto de la población. De acuerdo a la Fundación Nacional de Discapacitados, un 56% de las personas con discapacidad son indigentes y un 42% no ha culminado la enseñanza básica, y un 90% de la fuerza potencial de trabajo de personas con discapacidad carece de empleo⁸⁷.

Lo anterior tan solo potencia la condición de marginalidad y vulnerabilidad de las personas con discapacidad, misma que en el acceso a la justicia se ve agravada por severos problemas en materia de acceso físico a espacios públicos y privados, comunes en la región latinoamericana. En Chile las condiciones de accesibilidad de las personas con discapacidad son bastante precarias, en tanto sólo el 30% de los edificios públicos y privados son accesibles para ellos⁸⁸.

Los problemas de acceso no sólo se evidencian desde un punto de vista estructural, sino también procedimental. Esto se refleja en materia judicial debido a que tanto los procesos judiciales como los de carácter administrativo carecen de las condiciones necesarias para facilitar que las personas con discapacidad participen de manera libre y autónoma, lo que se traduce en que no puedan acceder en condiciones igualitarias a la justicia.

Sobre este punto, Benigno Varela Autrán señala que

...son muchos y muy variados los impedimentos que todavía tienen las personas con discapacidad para su normal acceso al Servicio Público de la Administración de Justicia. A las barreras físicas, que impiden la adecuada entrada y circulación en las sedes de los órganos judiciales, se añade la ausencia generalizada de instrumentos que faciliten la proporcionada información⁸⁹.

En similar sentido, María Silvia Villaverde manifiesta que,

...en relación con el acceso efectivo a la justicia, son los impedimentos prácticos los que generan mayor preocupación, porque constituyen las condiciones de posibilidad del cambio: carencia de intérpretes o de asistencia letrada formada adecuadamente que obstruye las garantías de un debido proceso, falta de medios que faciliten la participación y comprensión del juicio, falta de concienciación por parte de los

86 *Ibidem*.

87 Fundación Nacional de Discapacitados, *Discapacidad en Chile*, disponible en: <<http://www.fnd.cl/discapacidadenchile.htm>>, a marzo de 2011.

88 Catastro realizado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo en 2003. Universidad Diego Portales, *Informe Anual de Derechos Humanos en Chile 2007. Hechos 2006*, Santiago, págs. 419 y ss.

89 Varela Autrán, Benigno, "El acceso a la justicia de las personas con discapacidad", en: CERMI. EL Periódico de la Discapacidad, No. 25, disponible en: <http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=77405&folderId=77959&name=DLFE-3313.pdf>, a marzo de 2011.

operadores jurídicos y en particular de los jueces, deficientes sistema de información e inexistencia de material legal disponible en formas accesibles⁹⁰.

Los problemas fácticos mencionados tienen incidencia en el acceso a la justicia de los integrantes de este colectivo, contrayendo su participación en las instancias judiciales. De ahí que el hecho de que existan dificultades adicionales originadas en la falta de accesibilidad en instancias que, por su naturaleza deben ser iguales para todos los ciudadanos, encarece las posibilidades de este grupo de ejercer el derecho en comento.

Autoevaluación

Revise los instrumentos internacionales citados en este acápite. Busque e identifique todas aquellas normas que tengan estricta relación con el derecho a la justicia de las personas con discapacidad. A continuación busque las que puedan ser interpretadas para garantizar el derecho de acceder a la justicia de las personas con discapacidad.

Ahora asigne puntaje a cada norma; 2 puntos a aquellas que son directamente aplicables, 1 punto a aquellas que no lo son. Compare la Constitución de su país con la escala que acaba de realizar y califique. Haga lo mismo con otras constituciones regionales. Encuentre la Constitución mejor evaluada en la materia.

Marque Falso (F), Verdadero (V) o la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. Existe una vasta normativa en materia de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. _____
2. La normativa existente enfatiza principalmente en las condiciones de acceso de las personas con discapacidad. _____
3. Respecto al tratamiento de las personas con discapacidad en el sistema interamericano:
 - a. Hay una Convención especial sobre discapacidad en el sistema.
 - b. La Corte ha fallado profusamente en esta materia.
 - c. La Comisión Interamericana se ha referido profusamente al tema.
 - d. No existe jurisprudencia.
 - e. a) y d).

Respuestas

1. F
2. V
3. d)

⁹⁰ Villaverde, María Silvia, “Acceso a la justicia para la libertad y la participación de las personas con discapacidad”. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Difusión y Seguimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378), realizada el 15 y 16 de octubre de 2009, Buenos Aires. Disponible en: <http://www.cndisc.gov.ar/doc_publicar/varios/ponencia_silviavillaverde.doc>, a marzo de 2011.

5. El derecho de acceder a la justicia de los niños, niñas y adolescentes

Con el pasar de los años, la posición de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en los procedimientos judiciales se ha modificado. En la actualidad, los NNA no son identificados como objetos de protección, sino como sujetos de derechos. Se ha insistido que un elemento fundamental en esa nueva consideración se debe a la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN)⁹¹.

5.1 Garantías de protección de los NNA en el acceso a la justicia

Hasta hace algún tiempo los intereses de las personas menores de edad no eran considerados en los procedimientos judiciales, de manera que no se les reconocía el derecho de acceder a la justicia de forma autónoma. Bajo la etapa conocida como “proteccionismo”, la niñez tenía escasa o ninguna intervención en la definición de las políticas supuestamente diseñadas en su beneficio. La CDN vino a cambiar esta circunstancia, reconociendo a los NNA garantías judiciales específicas. Estas garantías son distintas a las de las personas adultas e incorporan las particularidades propias de su situación.

Este cambio en el tratamiento judicial de las personas menores de edad se tradujo, por una parte, en el reconocimiento de una serie de garantías en los procedimientos judiciales y administrativos en los que están involucrados niños, niñas y adolescentes y, por otra, en la consagración del derecho de participación en dichos procedimientos. Ambas cuestiones tienen como fundamento directo el principio del interés superior de los NNA, consagrado en el art. 3 de la CDN, que dispone:

...en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Así, en la actualidad no es erróneo hacer referencia a la existencia del derecho de acceder a la justicia de los NNA. La importancia de estas garantías se ha materializado tanto en las Reglas de Brasilia como en la Convención. En efecto, la Regla 78 de las primeras dispone que “en los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral”. Agrega que, en todos los casos,

...el acto debe ser celebrado en una sala adecuada, facilitando la comprensión, por medio de un lenguaje sencillo y evitando todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares⁹².

Por su parte, la Convención garantiza los derechos a la información, a la presunción de inocencia, a la defensa y al debido proceso, entre otros⁹³.

La Corte IDH ha reconocido estos derechos en la opinión consultiva 17, disponiendo que

...las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño⁹⁴.

91 Convención sobre Derechos del Niño, Res. 44/25, 20 de noviembre de 1989 (publicada en Chile, D. Of. 27.09.1990).

92 Reglas de Brasilia, Regla 78.

93 Convención sobre Derechos del Niño, art. 40.

94 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02, de 28 de agosto 2002, párr. 95.

En la misma opinión la Corte ha hecho referencia al derecho de niños, niñas y adolescentes a participar en los procedimientos judiciales, en tanto ha señalado que

...[e]n definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso⁹⁵.

Es importante destacar que esta opinión es enfática al señalar que las normas del debido proceso deben ser aplicadas en los casos en los que están involucrados NNA. Dispone que

...[l]as garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos.

De ahí que se le reconoce a los NNA, entre otros, los derechos al juez natural, doble instancia y recurso efectivo, principio de inocencia, principio de contradictorio y principio de publicidad⁹⁶.

4.2 El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos

Como ya se indicó, el derecho de acceder a la justicia en el caso de los NNA no sólo incorpora las garantías específicas enunciadas, sino que también trae aparejado intrínsecamente el derecho de ser oído. Según el profesor Jaime Couso, este derecho implica diferentes formas de comunicación:

La hipótesis referida al ‘niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio’ debe entenderse en un amplio sentido, abarcando a todo niño que puede tener algo relevante que comunicar sobre un asunto que le afectará, incluso a través de formas no verbales⁹⁷.

Desde un punto de vista normativo, la Convención señala que

...los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional⁹⁸.

Interpretando este precepto, el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha señalado que

...el derecho del niño a ser escuchado impone a los Estados partes la obligación de revisar o modificar su legislación para introducir los mecanismos que den acceso a los niños a la información pertinente, el apoyo adecuado en caso necesario, información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño y procedimientos de denuncia, recurso o desagravio⁹⁹.

95 *Ibíd*em, párr. 102.

96 *Ibíd*em, párrs. 120 a 134.

97 Couso, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia Interés Superior del Niño. Autonomía progresiva y derecho a ser oído”, en: *Revista de Derechos del Niño*, Nos. 3 y 4, Santiago, 2006, págs. 145-166.

98 CDN, art. 12.

99 Naciones Unidas, Comité de Derechos del Niño, *Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC, 20 de julio de 2009, párr. 48.

Este Comité ha argumentado en la Observación General No. 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales, y determinó que los “menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”¹⁰⁰.

La Corte IDH también ha recogido la garantía del niño a ser escuchado. En la opinión consultiva 17 señaló que este derecho debe ser reconocido de manera criteriosa argumentando que

...el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso¹⁰¹.

La legislación también ha incorporado los criterios del derecho internacional. Así, cabe recordar el antiguo art. 36 de la Ley de Menores, el que alojaba la posibilidad de escuchar al menor en la discrecionalidad del juez. Éste, “si lo estimaba conveniente”, podría citarlo. Hoy, el art. 242 del Código Civil dispone que “para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del niño, y tendrá en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez,” precepto que debe concordarse con las disposiciones de la Ley que crea los Tribunales de Familia, que indica que, el “interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento”¹⁰².

Por lo mismo es acertado afirmar que el derecho a ser oído ha traspasado la esfera internacional, consolidándose a nivel local y, paulatinamente, los jueces están incorporando las opiniones de los niños antes de fallar. A modo de ejemplo se puede mencionar el caso sobre susceptibilidad de adopción, donde la Cuarta Sala de la Corte Suprema señaló

...la sentencia reconoce que los solicitantes cumplen a cabalidad con los requisitos de idoneidad para adoptar a la niña y que en la práctica y en los hechos desempeñan a la perfección el rol de padres desde que Bárbara tenía un año de edad, por lo que no se entiende razón que justifique el rechazo de la pretensión, desatendiendo con ello el interés superior del niño, principio rector en esta materia¹⁰³.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de La Serena, en relación a un caso de adopción, señaló

...se encuentran acreditadas las circunstancias de hecho que han sido invocadas como fundamento de la petición [...] motivo por el cual se acogerá la solicitud de susceptibilidad de adopción, teniendo además presente el interés superior del niño, el que debe prevalecer respecto de cualquiera otra consideración, como es la negativa del padre, quien se ha opuesto careciendo de motivos razonablemente fundados¹⁰⁴.

100 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 13: Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley*, CCPR, 13 de abril de 1984, párr. 16.

101 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*... párr. 102.

102 Ley 19.968 (D. Of. 30.08.2004), art. 16, inc. 2.

103 Corte Suprema, Rol 1384-2008, sentencia de 14 de abril de 2008, considerando 1.

104 Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 14-2007, sentencia de 3 de mayo de 2007, considerando 3.

En el caso H.H.M. de Declaración de Punibilidad de la Cámara de Apelaciones de San Martín de 13 de julio de 2000, el tribunal de segunda instancia acogió el recurso de apelación y revocó la resolución apelada, señalando que

...la decisión adoptada por el tribunal de primera instancia es contraria a las garantías constitucionales. En efecto, la normativa aplicable y la Convención sobre los derechos del Niño exige que toda imputación de un menor que se declare no punible debe ir precedida por la comprobación del delito para establecer las circunstancias en que éste se cometió, la responsabilidad del menor y para que el menor pueda ser oído ante los estrados judiciales¹⁰⁵.

En idéntico tenor, en el caso O.C.H. c/ D.A. s/ régimen de visitas, la Cámara Nacional de Apelaciones de Argentina siguió el mismo criterio señalando en su sentencia que

...para evaluar el caso se tiene en consideración y análisis la opinión expuesta por el niño sujeto del régimen de visitas, en la que ha sostenido su negativa a las visitas puesto que éstas le provocan una sensación de amenaza y de que va a ser separado de la familia que forma con su madre¹⁰⁶.

Como se ha advertido, el derecho de los NNA a ser oídos debe entenderse en el contexto de su autonomía progresiva, como un

...criterio que asume que los niveles de autonomía de las decisiones de los niños varía de acuerdo a factores y circunstancias específicas de cada caso, atendiendo, en especial, la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados. A medida que avanza la edad de niños y adolescentes, por tanto, disminuye la esfera de control que tanto el Estado y los padres tienen sobre ellos, abriéndose el campo a decisiones libres. Ahora bien, se comprende que los criterios recién expuestos son amplios y deben observarse caso a caso. Y esto quiere decir que deben evitarse los acercamientos abstractos en que se postulan dos extremos: o el niño define todo con su voluntad, o su voluntad es completamente irrelevante¹⁰⁷.

Autoevaluación

Imagine que usted se ha adjudicado un fondo de desarrollo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la capacitación de grupos en condición de vulnerabilidad. Su proyecto estrella consiste en la capacitación en materia de acceso a la justicia de NNA. El supervisor le ha dado ciertos parámetros en la realización de su proyecto.

1. Debe escoger entre 2 y 5 temas respecto al acceso a la justicia para este grupo.
2. Debe realizar un folleto informativo que tenga una extensión de 2 a 5 hojas.
3. Debe realizar 2 versiones de dicho folleto, una que pueda ser entendida por los niños (modifique el lenguaje y presentación) y otra para adultos.

Elabore dicho folleto.

Marque Falso (F), Verdadero (V) o la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. El interés superior del niño:

105 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, caso H.H.M. sobre Declaración de Punibilidad, Argentina, 2000.

106 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, caso O.C.H. c/ D.A. s/ régimen de visitas, Argentina, 1999.

107 Lovera, Domingo, "Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía", en: *Revista Justicia y Derechos del Niño*, No. 11, 2009, pág. 19.

- a. Es un principio nuevo en el derecho internacional nacido a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH.
 - b. Es una forma de fallar en la que se da prioridad a lo que el niño quiere.
 - c. Es una moda.
 - d. Se traduce en una serie de garantías para los niños, niñas y adolescentes.
 - e. Es una creación jurisprudencial.
2. La Convención Internacional de los Derechos del niño:
- a. Es una Convención propia del sistema interamericano.
 - b. Fue creada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.
 - c. Reconoce el principio del interés superior del niño.
 - d. Cumplió 200 años el 2009.
 - e. Ninguna de las anteriores.
3. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados:
- a. Supone que se haga caso a sus opiniones.
 - b. Es un deber privativo de los jueces.
 - c. Es objeto de una Observación General.
 - d. Se desprende del interés superior del niño.
 - e. c) y d).
4. A medida que las personas menores de edad van creciendo, la manera de ejercer sus derechos cambia. ____
5. Todos los menores de edad son inimputables. ____

Respuestas

1. d)
2. c)
3. e)
4. V
5. F

6. El derecho a acceder a la justicia de los pueblos indígenas

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas puede ser analizado desde dos dimensiones. En primer lugar, el derecho que tienen los miembros de los pueblos indígenas de acceder, sin discriminación, a procedimientos judiciales y administrativos. Esta cuestión no implica solamente garantizar por medio de legislación que toda persona pueda acceder a tribunales, sino que más bien supone trabajar aquellas cuestiones fácticas que inciden en que este sector no tenga posibilidades reales de ejercer dicho derecho. En este sentido, resulta necesario garantizar tribunales locales que tengan cercanía a

las comunidades para evitar que para acceder a un determinado procedimiento los indígenas deban viajar durante periodos prolongados de tiempo. Asimismo, es menester contar con traductores que aseguren que quienes se enfrentan a un procedimiento judicial lo hagan de manera informada y clara, y garantizarles asistencia jurídica de calidad¹⁰⁸.

En su informe sobre el acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Oaxaca, la OEA señaló que

...la garantía de acceder de manera efectiva a la jurisdicción del Estado no significa únicamente tener la posibilidad de acceder físicamente a los tribunales oficiales, sino que implica el ejercicio de ciertos derechos sustantivos y procesales necesarios para que un indígena –teniendo en cuenta su situación particular de extrema pobreza, marginación y el contexto cultural distinto en el que se desarrolla– pueda acceder en condiciones de igualdad a la justicia¹⁰⁹.

Sobre este punto, las Reglas de Brasilia señalan que

[l]as personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal¹¹⁰.

En similar sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que

[l]os pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos¹¹¹.

Esta cuestión nos lleva a la segunda dimensión de análisis de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: el derecho a mantener sus tradiciones en materia de resolución de conflictos. Uno de los puntos focales en la garantía de derechos de los pueblos indígenas es el aseguramiento de sus costumbres y tradiciones en las distintas esferas de desarrollo. En esencia, el acceso a la justicia implica que los Estados deben respetar los procedimientos tradicionales propios de los pueblos indígenas, evitando imponerles un modelo de justicia. Sobre el particular, las Reglas de Brasilia disponen que

...con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e

108 OIT, Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, art. 12. Adoptado el 7 de junio de 1989, ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008.

109 OEA, *Informe sobre el acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Oaxaca: retos y posibilidades*, Washington, 2008, pág. 8.

110 Reglas de Brasilia, Regla 9.

111 Naciones Unidas, Asamblea General, *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, A/61/L.67 Add.1, 13 de septiembre de 2007, art. 40.

indígena basada en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos¹¹².

En sentido similar, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente de la OIT advierte en su artículo 9 que

...en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

A nivel interamericano este derecho ha tenido un importante desarrollo. En el Informe sobre la situación del acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Oaxaca, la OEA arribó a idéntica conclusión, señalando que

...con o sin su reconocimiento, estos mecanismos vienen coexistiendo con los tribunales oficiales, respondiendo así a una necesidad de seguridad y justicia accesible, rápida, barata y acorde a las especificidades culturales, que el sistema de justicia oficial lamentablemente no ha podido satisfacer¹¹³.

Este derecho también se ha reconocido a nivel judicial. La Corte IDH ha enfatizado el deber de respetar los procedimientos propios de los pueblos indígenas. En su sentencia del caso *Awas Tingni*, sostuvo que

...el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta¹¹⁴.

Este avance internacional ha hecho eco en la legislación latinoamericana. De ahí que domésticamente también se ha avanzado en el reconocimiento de este derecho. Ejemplificando este punto es menester hacer referencia a la Constitución Colombiana, la que dispone

...las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional¹¹⁵.

De otra parte, la Constitución de Perú señala que

...las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial¹¹⁶.

112 Reglas de Brasilia, Regla 48.

113 OEA, *Informe sobre el acceso a la justicia de los pueblos indígenas...* pág. 7.

114 Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 3

115 Constitución Política de Colombia, 1991, art. 246.

116 Constitución Política del Perú, 1993, art. 149.

Chile, en cambio, y sin disposición constitucional alguna relativa al reconocimiento de los pueblos indígenas, ha entregado una respuesta diferente. Revisando la constitucionalidad del Convenio 169, el Tribunal Constitucional señaló que el art. 10 del Convenio, que dispone que deben respetarse los procedimientos sancionadores de los pueblos indígenas en caso de ser compatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos consagrados a nivel internacional, es

...absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional. En efecto, nuestra Constitución es categórica en cuanto ordena que todos los conflictos que se promuevan dentro del territorio de la República, deberán someterse a la jurisdicción de los tribunales nacionales para ser resueltos por medio de un debido proceso¹¹⁷.

Por lo mismo nuestra Constitución

...excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9 del Convenio No. 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica¹¹⁸.

Conforme a lo expuesto, la garantía de acceso a la justicia para los pueblos indígenas impone a los Estados el deber de adoptar las medidas tendientes a asegurar el acceso en condiciones igualitarias de la población indígena a los procedimientos judiciales generales, por una parte, y el deber de instaurar los procedimientos judiciales y de resolución de conflictos propios de las distintas identidades culturales, por otra. De la misma forma, los tribunales locales deben tener en cuenta estas consideraciones a efectos de arribar a sus decisiones, no restando valor ni importancia a los procedimientos tradicionales de resolución de controversias. Como se ha señalado, los tribunales también pueden hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional.

Autoevaluación

1. Elija uno de los casos fallados por la Corte IDH y citados en este acápite. Critique el fallo a la luz de las disposiciones del Convenio 169 de la OIT. ¿Cree usted que el fallo hubiese sido más garantista si hubiese tenido como instrumento normativo fundante el Convenio 169? ¿Qué opinión le merece la factibilidad de cumplimiento del fallo?
2. Por la prensa se enteró que, por un déficit presupuestario insostenible, en una provincia de su país el alcalde decidió despedir a los traductores de lenguas originarias que trabajaban en el juzgado de familia. Ante esto, usted desea presentar un recurso constitucional. Esquematice dicho recurso, utilizando las convenciones citadas y las Reglas de Brasilia. Prepare una argumentación en base a ejemplos de otros sectores de la región latinoamericana.

Marque Falso (F) o Verdadero (V)

1. Para garantizar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas es menester contar con traductores permanentes en tribunales. _____
2. Es común que las personas indígenas se encuentren en una situación de doble vulnerabilidad. _____

117 Tribunal Constitucional, Rol 309, 4 de agosto de 2000, considerando 52.

118 *Ibidem*.

3. La CIDH no se ha referido a la situación de los indígenas. ____
4. Tanto la Corte IDH como la CIDH han revisado profundamente este tema. ____
5. El Convenio 169 OIT es complementado por las Reglas de Brasilia. ____
6. Existe un *corpus iuris* de derecho internacional indígena. ____
7. La legislación latinoamericana ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. ____

Respuestas

1. V
2. V
3. F
4. V
5. V
6. V
7. V

7. Conclusiones

En materia de acceso a la justicia existen estándares internacionales claros que determinan el actuar que deben tener los Estados. Como se analizó a lo largo de este capítulo, existen varias convenciones de carácter obligatorio que hacen referencia a este derecho, las que deben ser respetadas por los Estados que las han ratificado. Esta normativa internacional de carácter general es apoyada por normas de carácter específico, las que si bien no ostentan las características de obligatoriedad de los tratados internacionales, permiten interpretar lo señalado en éstos de manera conteste con los objetivos de protección del derecho internacional.

Uno de los principales fines de los sistemas de protección de derechos fundamentales internacionales es el resguardo de aquellos sectores sociales que se encuentran más desaventajados. En este orden de ideas, en la actualidad existen varias disposiciones que buscan garantizar a las personas en situación de vulnerabilidad el acceso a la justicia, por cuanto es el único medio por el cual pueden hacer exigible el resto de sus derechos.

Es preciso que, a efectos de dar cumplimiento a las obligaciones generales de los Estados y a lo pactado internacionalmente en materia de acceso a la justicia, los Estados respeten lo estatuido a nivel internacional con relación a la protección de los grupos en situación de vulnerabilidad, incorporando a sus ordenamientos jurídicos nacionales aquellos estándares que potencien su acceso a los procedimientos judiciales en igualdad de condiciones al resto de la población.

Organismos internacionales y regionales en materia de derechos humanos: grupos en condición de vulnerabilidad

Objetivo

El presente capítulo busca entregar al operador de justicia información relativa a los pronunciamientos que los organismos internacionales –pertenecientes tanto al Sistema Universal como al Interamericano de Derechos Humanos–, han realizado respecto a la situación de los derechos humanos de los grupos en condición de vulnerabilidad en Chile, específicamente acerca de mujeres, pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes, y migrantes, y sobre cuáles son las obligaciones del Estado en la materia. El fin es que esta información sea considerada en sus futuras actuaciones judiciales, como por ejemplo, las resoluciones judiciales.

Tema

Principales informes elaborados por parte de los órganos internacionales y regionales sobre la situación específica de los derechos humanos de los grupos en situación de vulnerabilidad en Chile.

Sumario

1. Introducción; 2. Mujeres; 2.1 Discriminación normativa; 2.2 Prácticas sociales; 2.3 Violencia doméstica; 2.4 Mercado laboral; 2.5 Acciones afirmativas: el lugar de la mujer en la política; 2.6 Derechos sexuales y reproductivos; 3. Pueblos indígenas; 3.1 Vulnerabilidad social; 3.2 Participación política; 3.3 Territorios ancestrales; 3.4 Recursos naturales; 3.5 Protesta social; 3.6 Reconocimiento constitucional; 3.7 Derechos culturales; 4. Niños, niñas y adolescentes; 4.1 Protección judicial a niños, niñas y adolescentes; 4.2 Difusión y protección de derechos; 4.3 Interés superior del niño; 4.4 Integridad física y psíquica; 5. Migrantes; 6. Conclusiones.

Normas internacionales relevantes

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), y Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Normas nacionales relevantes

Código Civil; Código del Trabajo; Código de Aguas; Ley 20.348, que resguarda la igualdad en las remuneraciones entre hombre y mujer; Ley 18.314 (“Ley antiterrorista”); Ley 16.618 de menores, y Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia.

1. Introducción

En general, cuando nos referimos a grupos en condición de vulnerabilidad estamos frente a sectores o grupos sociales que, por su edad, sexo, estado civil y origen étnico –entre otras causas– se encuentran en una situación de riesgo que les impide incorporarse al desarrollo nacional, así como acceder a mejores condiciones de vida. Son varios los grupos en condición de vulnerabilidad existentes en cada sociedad, los cuales se ven frente al problema de estar fuera del sistema político, económico y social, impidiéndoles su pleno desarrollo. Todo lo anterior se perpetúa sobre la base de prácticas sociales poco reflexivas.

En el capítulo anterior vimos cómo los estándares internacionales en materia de acceso a la justicia han elaborado reglas específicas para los colectivos en situación de vulnerabilidad. Ahora veremos la preocupación que los organismos internacionales en materia de derechos humanos han desarrollado respecto a éstos. Se trata de grupos que, al no estar integrados a la sociedad, se ven más expuestos a ser objeto de violaciones a sus derechos. Desde luego, la exclusión deliberada y a veces hasta inconsciente, no es la única forma de violación que experimentan estos grupos. En el caso de los pueblos indígenas, por ejemplo, las principales violaciones a su identidad y costumbres ancestrales pasa, justamente, por la asimilación forzosa a las tradiciones occidentales-nacionales.

¿Cómo conocer la forma en que el sistema internacional de derechos humanos manifiesta su preocupación? Los organismos internacionales ejercen su tarea de control de la aplicación de los estándares del derecho internacional monitoreando su aplicación en una suerte de diálogo entre el Estado y el organismo correspondiente. Según los respectivos tratados suscritos, los Estados parte se encuentran obligados a presentar sus informes de avance en la aplicación de los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, por ejemplo, tómese nota de del art. 40 del PIDCP:

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos¹.

La obligación de presentar informes a los órganos de los tratados ha sido descrita como una verdadera rendición de cuentas internacional en que cada Estado es evaluado en sus esfuerzos por cumplir con las obligaciones voluntariamente contraídas. Con todo, su funcionamiento no ha estado ajeno a críticas y problemas – por ejemplo, la enorme cantidad de informes que se presentan fuera de los plazos establecidos y la escasa preparación de los representantes del Estado², así como las débiles facultades de las que gozan los órganos de los tratados, limitados a sugerir recomendaciones generales³. Estas recomendaciones pueden formularse, también, a nivel regional⁴.

Además de las recomendaciones generales, las sentencias internacionales son también fuente rica de la cual pueden extraerse conclusiones sobre las principales preocupaciones del sistema internacional de

1 Naciones Unidas, Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, A/2000, 16 de diciembre de 1966, art. 40.

2 Vandenhoe, Wouter, *The procedures before the UN Human Rights Treaty Bodies: divergence or convergence?* Intersentia, Oxford, 2004, pág. 2.

3 Hunter, Kenneth, y Timothy Mack (eds.), *International Rights and Responsibilities for the Future*. Praeger, Westport, pág. 71.

4 Por ejemplo, el artículo 41.b de la CADH establece como función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): “Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas a favor de los derechos humanos...”.

derechos humanos. En este sentido, el Estado chileno no ha sido una excepción a controles internacionales (i.e. caso *La Última Tentación de Cristo* y caso *Claude Reyes*)⁵.

En el presente capítulo nos centraremos principalmente en los informes centrales que los organismos internacionales – del Sistema Interamericano o del Universal de Derechos Humanos– han emitido con relación a grupos en condición de vulnerabilidad en Chile. Principalmente nos centraremos en la situación de las mujeres, pueblos indígenas, niños, niñas y adolescentes (NNA), y migrantes. Estos grupos no son los únicos en situación de vulnerabilidad existentes en Chile, pero sólo sobre éstos existen informes internacionales específicos⁶.

2. Mujeres

En este caso existen dos informes internacionales que señalan las dificultades normativas y sociales que enfrentan las mujeres para desenvolverse y desarrollarse en la sociedad, en especial aquéllas de escasos recursos económicos. El primero, “Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile”⁷, fue elaborado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité de la CEDAW), creado por la CEDAW⁸. El Comité está integrado por 23 expertos con mandatos de cuatro años de duración, que desempeñan el cargo a título personal y no como delegados o representantes de sus países de origen.

El segundo de los documentos es el “Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política”⁹, de la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la CIDH, elaborado después de su visita de septiembre de 2007. Dicha Relatoría tiene como objeto

...analizar la medida en que la legislación y la práctica de los Estados miembros que inciden en los derechos de la mujer cumplen con las obligaciones generales de igualdad y no discriminación, establecidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰.

Se resumen en lo que sigue los aspectos más relevantes analizados en estos informes.

2.1 Discriminación normativa

En primer lugar, ambos informes hacen hincapié en la derogación de toda normativa que afecte la igualdad entre hombres y mujeres, propendiendo a crear una legislación que la respete. Es el Comité de la CEDAW el que solicita al Estado chileno que “asegure que el cambio sostenible hacia la plena

5 Corte IDH, *Caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos vs. Chile)*, sentencia de 5 de febrero de 2001; Corte IDH, *Caso Claude Reyes vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

6 Para obtener mayor información respecto a otros grupos en situación de vulnerabilidad, ver los informes anuales sobre derechos humanos en Chile del Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, disponibles en: < <http://www.derechoshumanos.udp.cl/> >.

7 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile*, CEDAW/CI/CHI/CO/4, acordado en el 36o. período de sesiones, celebrado del 7 al 25 de agosto de 2006.

8 Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)*, aprobado el 18 de diciembre de 1979.

9 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política*, OEA/Ser.L/V/II.134, aprobado el 27 de marzo de 2009.

10 Para más información ver <<http://www.cidh.org/women/>>.

igualdad de la mujer y el hombre en todos los aspectos de la vida se alcance mediante una amplia reforma legal”¹¹. Por su parte, la Relatoría expresó como recomendación sobre este punto que

...el Poder Ejecutivo y el Legislativo deben analizar mediante un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que consagren en su texto diferencias de trato basadas en el sexo que puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres y en grupos subordinados¹².

Sobre este punto también se ha manifestado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), para el cual

...a pesar de que el Estado Parte ha procurado promover la igualdad de género, los estereotipos culturales sobre el papel de ambos sexos siguen menoscabando el disfrute en pie de igualdad de los derechos económicos, sociales y culturales por hombres y mujeres¹³.

Estas opiniones demandan del Estado una doble tarea: por una parte, revisar la normativa existente con el objeto de identificar todas aquellas regulaciones que impliquen una distinción arbitraria entre hombres y mujeres¹⁴. La segunda obligación recae tanto sobre el Poder Ejecutivo como sobre el Congreso, parte del Poder Legislativo en Chile, y consiste en que debe tenerse precaución de no afectar la igualdad entre hombres y mujeres en todo futuro proyecto de ley.

2.2 Prácticas sociales

En el ámbito de la familia ambos informes detectan obstáculos legales y sociales que consolidan la vulnerabilidad. Al Comité de la CEDAW le preocupa

...el lento progreso en la introducción de nuevas reformas legales, en particular el proyecto de ley por el que se establece un nuevo régimen patrimonial por el que se concede al marido y la mujer iguales derechos y obligaciones¹⁵.

La Relatoría ha manifestado la preocupación sobre la vigencia de este régimen, toda vez que establece “un desequilibrio entre los derechos de los cónyuges”¹⁶. Para la Relatoría, esto tiene una segunda dificultad

...si bien la mujer casada en sociedad conyugal está facultada para administrar los bienes que ella adquiera, el derecho a conservar estos bienes en caso de disolución de la sociedad conyugal está condicionado a que renuncie a los bienes sociales¹⁷.

Más aún, según información de la Relatoría, “la mayoría de las parejas chilenas optan por el actual régimen supletorio de sociedad conyugal, sea por falta de información y/o por el costo que tiene

11 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile...* párr. 10.

12 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* Recomendación 28.

13 CDESC, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Chile*, E/C.12/1/Add.105, aprobado en su 33o. período de sesiones, 26 de noviembre de 2004, párr. 15.

14 Ejemplo de esto es la constatada tanto por el Comité de la CEDAW como por la Relatoría respecto al art. 1749 del Código Civil, que dispone que el marido es el jefe de la sociedad conyugal, correspondiendo a la mujer solo la administración en casos excepcionales.

15 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile...* párr. 9.

16 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* párr. 63.

17 *Ibidem*, párr. 63.

optar por otros regímenes”¹⁸. Finalmente, para el Comité de Derechos Humanos la sociedad conyugal “discrimina a las mujeres en su capacidad de administrar su patrimonio”¹⁹.

2.3 Violencia doméstica

Un tercer aspecto tratado, relativo a la mujer en la esfera de la familia, es la violencia doméstica. Sobre este punto, según información proporcionada por el propio Estado a la Relatoría, un 50,3% de las mujeres en la Región Metropolitana entre los 15 y los 49 años de edad son o han sido víctimas de violencia por parte de su pareja²⁰. Para la Relatoría esta realidad tiene consecuencias directas en la inserción de la mujer en el mercado laboral, ya que la violencia operaría como una amenaza por parte de la pareja que inhibe a la mujer de ingresar a la fuerza laboral. Es este escenario el que lleva a la Relatoría a ser enfática en manifestar

...su preocupación frente a la brecha que existe entre la gravedad y magnitud de los actos de violencia y discriminación que afectan a las mujeres chilenas en la esfera familiar y la calidad de la respuesta judicial ofrecida²¹.

Esto debido a que, según datos proporcionados por el Ministerio de Justicia a la Relatoría,

...las mujeres son las usuarias más frecuentes del sistema de justicia, representando un 68%, y son quienes concurren mayoritariamente a las Corporaciones de Asistencia Judicial, constituyendo un 63%. Esta situación genera una situación de desprotección para las mujeres y una sensación de desconfianza en el sistema²².

Sobre este punto la sociedad civil ha tenido una negativa opinión. Así, se ha señalado que “La respuesta institucional se ha centrado en la violencia intrafamiliar, lo cual reduce el problema al ámbito privado y centra su atención en la familia, y no en las mujeres. Con ello, el Estado contribuye a la naturalización porque su mensaje a la sociedad y a las mujeres minimiza su ocurrencia y desconoce su sustentación en la cultura”²³. Del mismo modo, “la respuesta institucional que la aborda como hechos aislados contribuye a reproducir su naturalización. Con ello, las mujeres vivimos la agresión con vergüenza y con culpa, como una tacha a nuestra condición moral. La sospecha sobre nuestra palabra, el escrutinio de nuestra vida y de nuestra conducta enturbia la visión sobre la agresión y desdibuja la responsabilidad del agresor. El resultado es silencio y más silencio, bajos niveles de denuncia e impunidad para el agresor”²⁴.

Para el Centro de Justicia de las Américas (CEJA), esta respuesta institucional origina una victimización secundaria, por lo tanto, “junto con ver frustradas sus expectativas procesales, las mujeres muchas veces son descalificadas y discriminadas por los operadores del aparato de justicia, el que incluye a

18 *Ibíd.*

19 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, aprobada en su 89o. período de sesiones, 17 de abril de 2007, párr. 17.

20 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* párr. 69.

21 *Ibíd.*, párr. 93.

22 *Ibíd.*, párr. 89. Estos antecedentes se han analizado con mayor detalle en el capítulo precedente, en el apartado sobre mujeres y derecho de acceso a la justicia.

23 Maira, Gloria, *Violencia Sexual en la vida de las Mujeres. Naturalización y Silencio*, en Nación Golpeadora: manifestaciones y latencias de la violencia machista, Red de Violencia contra las Mujeres, 2009, p. 28.

24 *Idem.* p.29

policías, médicos, jueces y abogados, lo que transforma la denuncia del delito en una nueva instancia de dolor, cuestión que muchas veces termina por inhibir las denuncias”²⁵.

Por lo mismo, las críticas finalmente se han centrado en el modelo legal. Específicamente se ha señalado que en este “no se castiga al ofensor, no se ha erradicado la violencia ni tampoco se protege suficientemente a la víctima. Por tanto, todo indica que el modelo hasta ahora adoptado –si es que se puede hablar de un modelo– no ha dado los resultados esperados”²⁶.

2.4 Mercado laboral

Las dificultades constatadas por ambas organizaciones en el ámbito laboral son las mismas. Una primera preocupación manifestada es la difícil inserción de la mujer en el mundo laboral. Para la Relatoría llama la atención “el bajo porcentaje de mujeres chilenas que se encuentran en el mercado laboral en comparación con el promedio de América Latina”²⁷. Así, el problema no es solo el ingreso sino que, además, para las mujeres es más complejo permanecer en el trabajo en las mismas condiciones que los hombres. Para el Comité de la CEDAW es motivo de preocupación

...la significativa diferencia salarial entre el hombre y la mujer, que aumenta con la edad de la mujer, su nivel de educación y las responsabilidades en el trabajo, observándose que mujeres que desempeñan cargos directivos reciben como promedio 50% menos que la remuneración percibida por los hombres²⁸.

El punto anterior es reafirmado por la Relatoría, para la que “el incremento en años de educación no se ha traducido en más y mejores oportunidades laborales para las mujeres”²⁹.

Esta situación es complementada, además, por el desmedro contractual en que se encuentran las mujeres. De acuerdo al informe del Comité, “el 39,7% de las mujeres trabajadoras de bajos ingresos tiene contrato de empleo”³⁰, mientras que, según informa la Relatoría, el porcentaje de mujeres que jamás se afiliaron al sistema de pensiones es superior al 70%³¹. De este modo, se puede observar que las dificultades hasta ahora presentadas no operan aisladamente, sino que conforman un conjunto de obstáculos que, de manera entrelazada, configuran la situación de vulnerabilidad de las mujeres de escasos recursos económicos en Chile. Como se aprecia, son varias las barreras a enfrentar (las amenazas de la pareja, conseguir un empleo, que en dicho empleo sea contratada, que tenga el mismo sueldo que un par hombre, etc.) para tener un trabajo en condiciones dignas.

Es en razón de lo anterior que el Comité de la CEDAW recomendó al Estado chileno

...supervisar los contratos de las mujeres trabajadoras de carácter temporal y de temporada, y adoptar medidas para eliminar las prácticas que crean una situación de desventaja para la mujer en el sistema de seguridad social³².

25 Casas, Lidia y Mera, Alejandra; *Delitos Sexuales y Lesiones. La Violencia de Género en la Reforma Procesal Penal en Chile*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p.7.

26 Casas, Lidia; Riveros, Francisca y Vargas, Macarena; *Las Salidas Alternativas en los casos de Violencia Intrafamiliar: la experiencia chilena*, en Reformas a la Justicia en América Latina. Experiencias de innovación, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, p. 663, 2010.

27 *Ibidem*, párr. 132.

28 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile...* párr. 11.

29 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* párr. 149.

30 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile...* párr. 11.

31 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* párr. 168.

32 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile...* párr. 12.

Por su parte, entre otras medidas la Relatoría recomendó

...continuar los esfuerzos para eliminar las prácticas que crean una situación de desventaja para la mujer en el sistema de seguridad social, que tengan por objeto la inclusión de las mujeres que no han cotizado en el sistema, y de mujeres con trayectorias laborales interrumpidas³³.

Sobre este punto, ha constituido un avance normativo la modificación al Código del Trabajo con la aprobación de la Ley 20.348, que resguarda el derecho a la igualdad en las remuneraciones, y deberá investigarse a futuro si en la práctica ha servido de herramienta para acortar la brecha en la diferencia salarial³⁴.

2.5 Acciones afirmativas: el lugar de la mujer en la política

Otro de los ámbitos de preocupación para ambos informes es la inserción de la mujer en la política nacional. Ya en 1999, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas expresó su preocupación sobre el caso chileno por “la notable insuficiencia de la participación de la mujer en la vida política, el servicio público y el poder judicial”³⁵. Años después el Comité de la CEDAW expresó su “preocupación por el hecho de que la participación de la mujer en el Parlamento, en los municipios, y en el servicio exterior, siga siendo escasa”³⁶. Conclusión similar es a la que arriba la Relatoría, para la cual “todavía las mujeres se encuentran sumamente discriminadas en la vida política chilena”³⁷. Al respecto, si bien constatan que la presencia en municipios es significativa, esto se debe a “la falta de interés que estos espacios tienen para la diligencia masculina al interior de los partidos políticos, y a una mayor vinculación que se hace entre el gobierno local y la gestión doméstica”³⁸.

Varias de las instituciones consultadas por la Relatoría explican este fenómeno en razón de tres factores: el sistema binominal, el funcionamiento cerrado y tradicional de los partidos políticos, y la ausencia de acciones afirmativas que permitan incrementar el acceso a espacios de poder político. En este sentido, para la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), “el sistema binominal desfavorece la representación política de las mujeres al inhibir la postulación de un número mayor de candidatos y candidatas”³⁹. Es por esto que, a su vez, el Comité instó al Estado chileno a

...intensificar sus esfuerzos encaminados a reformar el sistema electoral binominal, que es desfavorable para la representación política de la mujer, y que adopte medidas [...] destinadas a acelerar la igualdad de facto entre la mujer y el hombre a fin de incrementar la participación de la mujer en la vida política⁴⁰.

Estas medidas requieren, en opinión de la Relatoría, que se “traduzcan en leyes y medidas, revestidas de mecanismos de implementación efectivos, que avancen y contribuyan a superar los aún bajos

33 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* Recomendación 22.

34 En efecto, esta ley señala: “El empleador deberá dar cumplimiento al principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad”.

35 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos...* párr. 19.

36 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile...* párr. 13.

37 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* párr. 108.

38 *Ibidem*, párr. 117.

39 *Ibidem*, párr. 122.

40 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile...* párr. 14

porcentajes de participación política de las mujeres”⁴¹. Valga la pena destacar que Chile es uno de los pocos países de la región que carece de acciones afirmativas en materia de acceso al proceso político, y las medidas que existen, o que se han instaurado, descansan únicamente en la buena voluntad de los gobernantes de turno o de las dirigencias de los partidos políticos⁴².

La participación política de la mujer no se da únicamente en los cargos de elección pública, sino también en el Poder Judicial. Para la Relatoría, “la presencia de mujeres es significativa en los tribunales de primera instancia, pero disminuye respecto de los cargos de mayor jerarquía y prestigio”⁴³. Aún más, para dicho organismo,

...este efecto piramidal y su vínculo con la discriminación contra las mujeres no es necesariamente reconocido por el sistema de justicia. [...] Los pasos adoptados son aún insuficientes para remediar el efecto piramidal y su vínculo con la discriminación contra las mujeres⁴⁴.

Este fenómeno en el marco del Poder Judicial es lo que se ha denominado “masculinización de las dirigencias y feminización de las subalternancias”, en virtud del cual “las mujeres están presentes masivamente en aquellos niveles en que son subordinadas y no en los espacios de poder”⁴⁵. Para la ONG Humanas

...esta alza [de mujeres juezas que pasan a integrar el Poder Judicial] no se ha debido a una política pública destinada a promover la presencia paritaria de hombres y mujeres en las distintas instancias del Poder Judicial, sino que a las reformas judiciales implementadas en la última década, que han demandado una gran cantidad de nuevos/as jueces y juezas⁴⁶.

Esta alza no es un tema menor toda vez que

La presencia de paneles mixtos muestra que los varones son más susceptibles a decisiones liberales cuando hay mujeres, mientras sus votos serían más conservadores si no estuvieran⁴⁷.

2.6 Derechos sexuales y reproductivos

Un último punto relevante en el cual el informe del Comité de la CEDAW se detiene es el de los derechos reproductivos de las mujeres y, en especial, el del aborto. De acuerdo al Comité

...sigue suscitando preocupación el hecho de que el aborto en cualquier circunstancia constituya un delito enjuiciable con arreglo a la legislación chilena, lo que puede llevar a las mujeres a la búsqueda de abortos inseguros e ilegales, con los consiguientes riesgos para su vida y su salud, así como por el hecho de que los abortos clandestinos sean la causa principal de mortalidad materna⁴⁸.

Este punto ya había sido recalcado por el Comité de Derechos Humanos, en 1999, cuando sobre el caso chileno expresó que

41 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* párr. 131.

42 Claro, Magdalena, y Viviane Seoane, *Acción afirmativa: hacia democracias afirmativas*. Equitas, Santiago, 2005, págs. 31-2.

43 Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la CIDH, *Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile...* párr. 117.

44 *Ibidem*, párr. 118.

45 Casas, Lidia, *Mujer y Poder Judicial*. Fundación Chile 21, Santiago, 2007, pág. 6.

46 Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género Humanas, “Iguales en méritos, desiguales en oportunidades. Acceso de mujeres a los sistemas de administración de justicia”, Santiago, 2007, pág. 22.

47 Casas, Lidia, *Mujer y Poder Judicial...* pág. 26.

48 CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Chile...* párr. 19.

...la penalización de todo aborto, sin excepción, plantea graves problemas. [...] El deber jurídico impuesto sobre el personal de salud de informar de los casos de mujeres que se hayan sometido a abortos puede inhibir a las mujeres que quieran obtener tratamiento médico, poniendo así en peligro sus vidas⁴⁹.

Asimismo, el CDESC señaló que

...le preocupan las consecuencias para la salud de la mujer de la prohibición legal del aborto, sin excepciones, en el Estado Parte. Aunque no hay estadísticas oficiales del número de abortos que se practican anualmente, el gran número de mujeres que se hospitalizan por complicaciones de abortos cada año (34.479 en 2001) da una indicación de la amplitud del problema⁵⁰.

En definitiva, ambos informes revelan diversos obstáculos tanto normativos como fácticos, que amparan una desigualdad entre hombres y mujeres tanto en el ámbito familiar, laboral y político, y donde el Estado debe cumplir un rol fundamental para superar esta brecha y lograr una igualdad no solo nominal, sino que también fáctica.

Autoevaluación

Marque la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. ¿Cuál de las siguientes afirmaciones es más correcta con relación a la situación de las mujeres en Chile?
 - a. Las mujeres constituyen un grupo vulnerable debido a que las acciones afirmativas constituyen una afectación a la igualdad.
 - b. La falta de participación política se explicaría en la no elección de mujeres por parte de los votantes.
 - c. La vulnerabilidad de la mujer como grupo se entiende como un fenómeno cultural que se origina producto de una supremacía masculina en los centros de poder.
 - d. La falta de participación política se debe al sistema binominal, el funcionamiento cerrado y tradicional de los partidos políticos, y la ausencia de acciones afirmativas que permitan incrementar el acceso a espacios de poder.
2. En materia laboral, el principal problema observado por los organismos internacionales en cuanto a las mujeres es:
 - a. La diferencia salarial entre hombres y mujeres.
 - b. La falta de acceso a la educación por parte de las mujeres.
 - c. El no asegurar un sistema de seguridad social a la mujer.
 - d. La ausencia de una relación contractual entre el empleador y la mujer.
3. Para los organismos internacionales antes citados, las acciones afirmativas:
 - a. Aumentan la desigualdad existente entre hombre y mujer.
 - b. Permiten una mayor participación de la mujer en la sociedad.
 - c. Son contrarias al derecho por ser esencialmente discriminatorias.
 - d. Son herramientas que en la práctica no han logrado solucionar la desigualdad existente.

49 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos*... párr. 15.

50 CDESC, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Chile*... párr. 25.

Respuestas

1. d)
2. c)
3. b)

3. Pueblos Indígenas

Otro grupo en situación de vulnerabilidad sobre el cual los organismos internacionales en materia de derechos humanos han emitido informes es el de los pueblos indígenas. Específicamente, y producto de dos visitas distintas a Chile (una en 2003 y otra en 2009), el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha emitido dos informes, siendo el segundo un seguimiento a las observaciones planteadas en el primero.

3.1 Vulnerabilidad social

A nivel general, ambos informes reafirman la situación de vulnerabilidad y discriminación de la que han sido objeto los pueblos indígenas. Ya en el primer informe se señalaba que

...la exclusión, la discriminación y la negación que han sufrido históricamente los indígenas de Chile también les ha impedido participar activamente como ciudadanos en la transformación democrática del país⁵¹.

Esto es corroborado por los datos que entrega el mismo informe en torno a los índices de pobreza en los pueblos indígenas. Así, por ejemplo, las familias indígenas reciben casi la mitad de los ingresos que las familias no indígenas, solo el 3% de la población rural mapuche mayor de 15 años tiene alguna educación postsecundaria y el 65% de las casas indígenas no tiene conexión a la red de electricidad.

3.2 Participación política

En materia de participación política los informes hacen hincapié en la necesidad de integrar a los pueblos indígenas, especialmente mediante la adopción de la figura de la consulta establecida en el Convenio 169 de la OIT. Al respecto, se señaló que

...debido a la importancia central que tiene el deber estatal de consultar a los pueblos indígenas para el goce de otros derechos humanos por parte de dichos pueblos, en particular los derechos de participación y derechos sobre las tierras y recursos naturales, el Relator Especial observa que el desarrollo de un procedimiento efectivo de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales obligatorios para el Estado, es uno de los principales desafíos a enfrentar en Chile⁵².

Este es un aspecto de trascendental importancia, ya que tal como se ha señalado, la consulta

...constituye el procedimiento institucionalizado en virtud del cual el Estado se encuentra en la obligación jurídica de dialogar, de manera previa, informada y de buena fe, a través de sus instituciones

51 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Misión a Chile*, E/CN.4/2004/80/add.3, aprobado en su 60o. período de sesiones, 17 de noviembre de 2004, párr. 17.

52 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior*, A/HRC/12/34/add.6, aprobado en su 12o. período de sesiones, 14 de septiembre de 2009, párr. 10.

representativas, sobre todo asunto de carácter legislativo o administrativo que les pueda afectar, con el objeto de obtener un acuerdo o su consentimiento informado acerca de dichas medidas⁵³.

Esta recomendación ya había sido efectuada en 2003, cuando se recomendó al Estado que

...en todo proyecto de desarrollo que se contemple en sus regiones y territorios, los indígenas deberán ser consultados previamente [...] y sus opiniones y el respeto a sus derechos humanos deberán ser tomados en consideración por las autoridades y empresas ejecutoras⁵⁴.

Lo mismo fue planteado al Estado de Chile mediante el Examen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, donde se recomendó “considerar la posibilidad de promover una participación más afectiva de los pueblos indígenas en las decisiones políticas”⁵⁵. Finalmente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés), ve con preocupación “la baja participación de los pueblos indígenas en la vida política y su escasa representación en el Parlamento”⁵⁶.

3.3 Territorios ancestrales

Otros aspectos tratados por los informes del Relator Especial son la propiedad de la tierra y la territorialidad indígena. Ya el año 2003 se criticó el sistema de recuperación de tierra regulada en la Ley Indígena, pues

...este mecanismo de recuperación de tierras, que en un principio creó expectativas entre los indígenas, pronto empezó a revelarse insuficiente debido, entre otros factores, a un aumento especulativo de los precios y a la demora en las tramitaciones generando frustración y decepción entre la población indígena⁵⁷.

Seis años más tarde la situación no era muy distinta:

...es preocupante que al parecer no exista un mecanismo dentro del orden interno chileno que claramente permita reconocer, restituir y proteger los derechos sobre tierras y recursos indígenas de ocupación ancestral, sin que hubieren derechos inscritos anteriormente⁵⁸.

A lo anterior, debe agregarse que

...la política de compra de tierras en muchas ocasiones ha resultado en la fragmentación de los territorios tradicionales de comunidades mapuche, [...] además que la política de tierras ha tendido a favorecer títulos individuales de propiedad y no títulos de propiedad colectiva⁵⁹.

53 Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2010. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, pág. 99.

54 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Misión a Chile...* Recomendación 67.

55 Consejo de Derechos Humanos, *Examen Periódico Universal. Chile*, A/HRC/12/10, aprobado en su 12o. período de sesiones, 4 de junio de 2009, Recomendación 62.

56 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Chile*, CERD/C/CHL/CO/15-18, aprobado en su 75o. período de sesiones, 13 de agosto de 2009, párr. 20.

57 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Misión a Chile...* párr. 20.

58 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior...* párr. 26

59 *Ibidem*, párr. 27

Por su parte, el CERD expresó

...que le preocupa la lentitud en la demarcación de las tierras, y la inexistencia, de un mecanismo específico para el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a la tierra y a sus recursos naturales⁶⁰.

Por lo mismo, recomendó al Estado chileno

...tom[ar] las medidas necesarias para acelerar el proceso de restitución de las tierras ancestrales a los pueblos indígenas y que establezca un mecanismo específico para reconocer los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales, de acuerdo con la Convención y demás normas internacionales relevantes⁶¹.

3.4 Recursos naturales

La ausencia de una legislación sectorial en materia de recursos naturales también ha sido objeto de críticas en las instancias de revisión internacional. De acuerdo a los informes,

...las distintas leyes sectoriales, tales como el Código de Aguas de 1981 [...] facilitan y protegen la inscripción de derechos de propiedad de privados sobre recursos que tradicionalmente han sido propios de las comunidades indígenas⁶².

Esto fue reafirmado posteriormente por el Relator James Anaya, al señalar que estas leyes

...favorecen la apropiación por empresas privadas de agua, recursos minerales y fuentes geotérmicas, con efectos negativos sobre el uso o valor de las tierras tradicionales de grupos indígenas aymara, quechua, atacameño o lickantay, mapuche, colla y diaguita⁶³.

Desde este punto de vista, las modificaciones realizadas al Código de Aguas en el año 2005⁶⁴, no fueron apropiadas ya que solo lograron

...consolidar el proceso de apropiación de agua por parte de las empresas mineras dificultando el acceso al agua para los pueblos indígenas. En el norte del país diversos proyectos mineros implican una pérdida de derechos de agua y/o la extracción de aguas subterráneas por empresas mineras, que generan como consecuencia el desecamiento de las tierras y recursos utilizados por comunidades indígenas en el área⁶⁵.

Fue por estas razones que se recomendó al Estado chileno

...revisar la legislación sectorial sobre tierras, aguas, minas y otros sectores [...] y deberá primar el principio de la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas por encima de intereses comerciales y económicos particulares⁶⁶.

60 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Chile...* párr. 21.

61 *Ibidem*.

62 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Misión a Chile...* párr. 26.

63 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior...* párr. 36.

64 Ver Ley No. 20.017, que modifica el Código de Aguas, publicada el 16 de junio de 2005.

65 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior...* párr. 36.

66 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Misión a Chile...* Recomendación 59.

3.5 Protesta social

La criminalización de la protesta por parte de los pueblos indígenas fue otro de los puntos tratados. Al respecto, el primer informe señaló que

...desde hace varios años se reporta un incremento de causas penales contra dirigentes de comunidades y organizaciones mapuches, causas que estarían relacionadas con faltas contra la propiedad particular y los bienes públicos o con maltrato a miembros de la fuerza pública, ocurridos en el contexto de movilizaciones de protesta y ocupaciones de tierras e instalaciones⁶⁷.

Sobre este mismo punto, el informe del 2009 fue más drástico al señalar que

...la comisión de eventuales actos de violencia no justifica en caso alguno la violación de derechos humanos de la población indígena por parte de los agentes policiales del Estado⁶⁸.

Un ejemplo de esto último es el asesinato, en agosto de 2009, del comunero mapuche Jaime Mendoza Collío por parte de un carabinero, cuando éste participaba de una toma en la zona de Angol, región de la Araucanía. Carabineros de Chile justificó el actuar de su gente diciendo que era un caso de legítima defensa, por lo que no ameritaba una investigación sumaria, lo cual fue apoyado por el gobierno de turno⁶⁹. También con resultado de muerte resultó Matías Catrileo, estudiante de Agronomía de la Universidad La Frontera, quien recibió por la espalda un disparo por parte del carabinero Walter Ramírez cuando se quería intervenir la toma del fundo Santa Margarita en Vilcún. Walter Ramírez fue condenado a tres años y un día por la Corte Marcial, pero esta misma Corte le otorgó el beneficio de la libertad vigilada⁷⁰. Estos ejemplos sirven para demostrar un excesivo uso de la violencia por parte de los agentes policiales frente a las manifestaciones.

Incluso, según información proporcionada al Relator sobre allanamientos e incautaciones,

...se ha denunciado uso excesivo y desproporcionado de armas de fuego, gases lacrimógenos, así como la existencia de golpes e insultos por parte de la policía en contra de la población indígena, afectando a mujeres, niños y ancianos⁷¹.

Esto ha llevado a la intervención de Gary Stahl, representante del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con el objeto de cuidar la integridad física y psíquica de los menores mapuches⁷².

El uso de la fuerza policial en la represión, tiene como efecto “la generación de estigmatización de los indígenas y una dinámica general de controversia entre los mapuche y las autoridades estatales”⁷³. Por lo mismo ya se había aconsejado que

...el denominado conflicto mapuche debe ser visto desde todos los ángulos y requiere considerar otros aspectos, no sólo el de seguridad pública. Ello ayudaría a evitar acciones contra organizaciones

67 *Ibíd.*, párr. 31.

68 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior...* párr. 40.

69 Para más información sobre este caso, ver *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009*, capítulo *Protesta social y Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 71.

70 El Mostrador, “Carabinero que asesinó a Matías Catrileo no irá a la cárcel”, 10 de agosto de 2010.

71 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior...* párr. 42.

72 La Nación, “Unicef habló con General por los niños mapuches”, 4 de noviembre de 2009.

73 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior...* Recomendación 58.

mapuches que resultan ser una manera de criminalizar una reivindicación legítima y de judicializar un conflicto que es esencialmente social⁷⁴.

Lo mismo fue recientemente reiterado por el CERD, que en un informe de agosto de 2009

...nota con preocupación que la Ley Antiterrorista 18.314 ha sido aplicada principalmente a miembros del pueblo Mapuche, por actos ocurridos en el contexto de demandas sociales, relacionados con la reivindicación de los derechos sobre sus tierras ancestrales⁷⁵.

Por ello, recomienda al Estado chileno que “se asegure de que la Ley Antiterrorista no sea aplicada a miembros de la comunidad Mapuche por actos de protesta o demanda social”⁷⁶.

No solo ha sido criticada la utilización selectiva de la legislación antiterrorista, también lo ha sido su configuración. Para el Comité de Derechos Humanos de la ONU, resulta preocupante

...la definición de terrorismo comprendida en la Ley Antiterrorista 18.314, que podría resultar demasiado amplia. Preocupa también al Comité que esta definición ha permitido que miembros de la comunidad Mapuche hayan sido acusados de terrorismo por actos de protesta o demanda social, relacionados con la defensa de los derechos sobre sus tierras⁷⁷.

Como se puede apreciar, este tema es de preocupación transversal para los organismos internacionales de derechos humanos, incluso para el Comité contra la Tortura (CAT), el que señaló como preocupante que

...las numerosas denuncias recibidas que apuntan a una persistencia de actuaciones abusivas por parte de los agentes policiales contra integrantes de pueblos indígenas, en particular, contra miembros del pueblo mapuche. Preocupa [...] especialmente que entre las víctimas de esas actuaciones se encuentren mujeres, niños, niñas y personas de avanzada edad⁷⁸.

3.6 Reconocimiento constitucional

Las instancias de revisión internacional llaman la atención frente a una de las situaciones con las que Chile se presenta como excepcional en la región: el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. En el informe de 2003 se señalaba que

...la posible reforma constitucional [...] tendería al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, pero su adopción está siendo demorada por los debates en torno al uso del término *pueblos*⁷⁹.

Por lo mismo, se hizo un llamado al Congreso de Chile para que “apruebe a la brevedad posible la iniciativa de reforma constitucional en materia indígena”⁸⁰. Esto también fue abordado por el Comité de los Derechos del Niño, el cual

74 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Misión a Chile...* párr. 40.

75 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Chile...* párr. 15.

76 *Ibidem*.

77 Comité de Derechos Humanos, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos. Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, aprobada en su 89o. período de sesiones, 30 de marzo de 2007, párr. 7.

78 Comité contra la Tortura, *Observaciones Finales del Comité Contra la Tortura*, CAT/C/CHL/CO/5, aprobado en su 42o. período de sesiones, versión no editada, 14 de mayo de 2009, párr. 23.

79 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Misión a Chile...* párr. 43.

80 *Ibidem*, párr. 57.

...lamentaba que aún no se hayan incorporado en la Constitución disposiciones específicas que reconozcan a los pueblos indígenas y sus derechos. Expresa su preocupación por el alto grado de correlación entre la pobreza y el origen indígena y por la discriminación de hecho que siguen sufriendo los niños indígenas, en particular en la educación y la salud⁸¹.

Sobre el mismo punto, el CDESC expresó su preocupación ante

...la falta de reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en el Estado Parte y observa que estos pueblos, no obstante la existencia de diversos programas y políticas encaminados a mejorar su situación, siguen estando en situación de desventaja en el disfrute de los derechos garantizados por el Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]⁸².

3.7 Derechos culturales

Finalmente, las observaciones internacionales en materia de pueblos indígenas en Chile han hecho hincapié en la salud, educación y lengua de los pueblos indígenas. En 2009, el CERD manifestó

...su preocupación ante la situación de las comunidades mapuche en la región de la Araucanía, afectadas por actividades perjudiciales para el medioambiente, la salud y sus formas tradicionales de vida, entre otras razones, por la instalación de basurales dentro de sus comunidades y por los planes para el establecimiento de plantas de aguas servidas⁸³.

Por su parte, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas expresó en su informe del 2009 que

...de acuerdo a la encuesta Casen 2006, todavía persiste en Chile una marcada discriminación en los ingresos entre personas indígenas y no indígenas, y desigualdades en la cobertura de seguros de salud y previsión. [...] Revela una alarmante pérdida de las lenguas indígena en los niños y niñas indígenas, señalando una necesidad de fortalecer los programas de educación bilingüe intercultural⁸⁴.

En materia educacional, los pueblos indígenas también han sufrido un detrimento debido a

...un aumento importante de las altas tasas de fracaso y deserción escolar. Particularmente preocupante se revela el bajo número de niños y niñas indígenas que llegan a la enseñanza secundaria así como el trato que los niños con problemas de comportamiento reciben debido a su origen indígena⁸⁵.

Autoevaluación

Marque la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. La consulta previa y sus resultados:
 - a. Es de carácter obligatorio para toda autoridad del Estado cuando su decisión pueda afectar a los pueblos indígenas.

81 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales. Chile*, CRC/C/CHL/CO/3, aprobado en su 44o. período de sesiones, 23 de abril de 2007, párr. 73.

82 CDESC, *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Chile...* párr. 13.

83 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Chile...* párr. 23.

84 Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior...* párr. 8.

85 Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Derechos Humanos y cuestiones indígenas. Misión a Chile...* párr. 47.

- b. Constituye una expresión de un querer de un pueblo indígena determinado que puede ser considerado por la autoridad.
 - c. Son vinculantes solo para la autoridad administrativa.
 - d. Debe llevarse a cabo cuando la autoridad estima conveniente escuchar la opinión de los pueblos indígenas.
2. Los informes internacionales analizados están contestes en que en materia de propiedad:
- a. El Estado de Chile no ha tenido una política de restitución de tierras ancestrales.
 - b. No ha habido una utilización de las herramientas entregadas por el Estado para llevar a cabo el proceso de restitución.
 - c. Es necesario reconocer, restituir y proteger los derechos sobre tierras y recursos indígenas.
 - d. El Estado ha mostrado una nula voluntad por solucionar el problema de tierras ancestrales.
3. Los derechos ordinarios de propiedad (del art. 19 No. 24), ¿pueden utilizarse para que los pueblos indígenas puedan reclamar su derecho sobre recursos naturales, incluido el agua?

Justifique:

Respuestas

- 1. a)
- 2. c)
- 3. Tome en cuenta el siguiente razonamiento, sostenido por la Corte Suprema de Chile: “Que en lo relativo a la contravención constitucional invocada, conviene precisar que el texto fundamental, luego de garantizar a todas las personas, en el inciso primero del artículo 19, No. 24, el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, añade

en su inciso final que ‘los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos’.

De las expresiones ‘reconocidos o constituidos’ empleadas por la norma en comento, surge con nitidez que no sólo están garantizados a nivel constitucional los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos originariamente por acto de autoridad, en los términos del artículo 20 del Código de Aguas, sino también aquellos que han sido reconocidos en conformidad a la ley, a partir de distintas y especiales situaciones de hecho, entre las cuales emergen los usos consuetudinarios de aguas reconocidos a favor de las comunidades indígenas en el artículo 64 de la Ley No. 19.253, de mil novecientos noventa y tres, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas. Sobre este tópico es útil dejar en claro que la eventual ausencia de inscripción de los derechos de aguas consuetudinarios no acarrea su inexistencia, sino sólo la falta de su formalización registral y así, precisamente porque el derecho existe, se le reconoce por la ley y sólo para efectos de tener certeza sobre su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico, se ha creado un sistema de regularización que permite su ulterior inscripción.” (Corte Suprema, Rol 2.840, 25 de noviembre de 2009.)

4. Niños, niñas y adolescentes

Según datos de Unicef, a 2006 en Chile el 5,1% de los menores pobres de 4 a 17 años vivían en estado de indigencia; un 6,8% de los menores que cursaban enseñanza media abandonaban el establecimiento educacional, y un 25,9% de los menores había recibido maltrato infantil físico grave por parte de sus padres. A 2003 un 6,6% realizaba trabajo infantil y un 26,7% de los menores de 5 a 17 años trabajaban como vendedores, cuenta propia, dependientes o ambulantes⁸⁶. Estos datos muestran una parte de la población infantil del país que viven en una situación de vulnerabilidad y, por tanto, son objeto de discriminaciones.

Por esta razón, en materia de niños y niñas, el Comité de los Derechos del Niño ha emitido diversos informes que contienen observaciones al Estado chileno, y en los que ha expresado su preocupación sobre una serie de materias, las cuales pasamos a revisar.

4.1 Protección judicial a niños, niñas y adolescentes

Un primer tema tratado por el Comité es la garantía de una debida protección a las personas menores de edad que han sido víctimas o testigos de delitos. Al respecto ha señalado que

...lamentamos que todavía no se haya ultimado la reforma de la Ley de Menores (Ley No. 16618 de 1967) con el fin de contar con una ley integral de protección del menor, según lo recomendado por el Comité en sus observaciones finales anteriores de 2002⁸⁷.

Dicho organismo recomienda al Estado que

...garantice que todos los niños víctimas o testigos de delitos, por ejemplo los niños que hayan sido víctimas de maltrato, violencia doméstica, explotación sexual y económica, secuestro y tráfico, y los niños que hayan sido testigos de esos delitos, reciban la protección prevista por la Convención [de Derechos del Niño]⁸⁸.

86 Para más información ver “Chile. Indicadores de la infancia”, disponible en: <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Indicadores-de-la-Infancia>>, a marzo de 2011.

87 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales. Chile...* párr. 7.

88 *Ibidem*, párr. 9.

Al respecto cabe señalar que la Ley 20.286, que vino a modificar la Ley 19.968 que creó los Tribunales de Familia, incorporó una institución particularmente interesante de resaltar: el curador *ad litem*. Según un estudio, esta figura

...se inspira precisamente en la idea de otorgar defensa letrada independiente a los niños [...] en el caso de que sus intereses sean independientes y contradictorios a los de sus padres o representantes legales.

El mismo estudio agrega que “El curador *ad litem* debe representar al niño en todas y cada una de las etapas del proceso hasta su culminación, cualquiera sea la instancia”⁸⁹.

4.2 Difusión y protección de derechos

En materia de difusión de derechos, al Comité

...le preocupa que no se prevea la enseñanza sistemática de los derechos humanos, en particular los derechos del niño, en los planes de estudio de todos los niveles de enseñanza y que sea escaso el conocimiento de la Convención, en particular en las zonas rurales⁹⁰.

En este sentido, recomendó que

...se preste atención a la incorporación sistemática de la enseñanza de los derechos humanos, y en particular los derechos del niño, en los planes de estudio de todos los niveles de enseñanza⁹¹.

Del mismo modo, el Comité manifestó su preocupación por las discriminaciones hacia los NNA, especialmente en materia de acceso a la educación. Sobre este punto, señaló específicamente que

...algunos grupos vulnerables, incluidos los niños indígenas, los niños migrantes y refugiados, los niños con discapacidades, así como los niños de estratos socioeconómicos desfavorecidos y los que viven en zonas rurales, siguen siendo víctimas de la discriminación, especialmente por su limitado acceso a la educación⁹².

Agregó, además, que

...le preocupa que siga siendo insuficiente el acceso a la educación de los niños pertenecientes a grupos vulnerables, como los pueblos indígenas, los refugiados y los que viven en la pobreza y en las zonas rurales⁹³.

Respecto al derecho a la salud, el informe muestra cierta inquietud en torno a “la alta tasa de embarazo en la adolescencia, la penalización de la interrupción del embarazo en toda circunstancia y la falta de servicios adecuados y accesibles de educación sexual y de salud reproductiva”⁹⁴, en línea con las preocupaciones del Comité de la CEDAW antes transcritas.

4.3 Interés superior del niño

En cuanto al interés superior del niño, el Comité verificó que

89 Vargas, Macarena, Paula Correa, Paula Barros y Andrea Cerda, Informe final estudio “Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia”, Universidad Diego Portales/UNICEF, Santiago, 2009, pág. 10. Disponible en: <http://www.udp.cl/investigacion/repo_listado.asp?pagina=4>, a marzo de 2011.

90 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales. Chile...* párr. 22.

91 *Ibidem*, párr. 23.

92 *Ibidem*, párr. 29.

93 *Ibidem*, párr. 61.

94 *Ibidem*, párr. 55.

...la legislación y la política actuales no [tienen] en cuenta el principio del interés superior del niño. Toma nota además de que la actitud paternalista frente a los niños afecta a su capacidad de ejercer los derechos⁹⁵.

El problema al respecto se da en la determinación de lo que se entiende por **interés superior del niño**. Tal como señala Jaime Couso

Esta facultad paternalista [que el tribunal identifique cuál es el interés superior del niño], que en ciertos casos es ineludible ejercer, permitió, sin embargo, convertir no pocas veces el argumento del interés superior del niño en un pretexto para decidir sobre la vida del niño conforme a las propias preferencias, preconcepciones morales o de normalidad o la propia ideología del juzgador de turno⁹⁶.

Este debate es importante, ya que si bien el interés superior del niño exige su trato como sujetos de derechos, ello

...no quiere decir que exista una esfera de autonomía completamente desarrollada o constituida en todos ellos. [...] El criterio que se ha venido imponiendo es el de la autonomía progresiva, es decir, el criterio que asume que los niveles de autonomía de las decisiones de los niños varían de acuerdo a factores y circunstancias específicas de cada caso, atendiendo, en especial, la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados⁹⁷.

Así, “el derecho de los niños a ser oídos es funcional al Interés Superior, porque en la medida que se recoja la opinión de los niños es posible definir cómo lograr la plena satisfacción de sus derechos”⁹⁸.

En este sentido, también el Comité observó “que no se tiene debidamente en cuenta la opinión del niño cuando se elaboran las políticas relativas, en particular, a la familia y la justicia penal”⁹⁹. Esto es reafirmado por un estudio citado precedentemente según el cual

No obstante, aún cuando los niños tengan una mayor participación en el proceso (es decir, estén presentes en audiencias preparatorias o de juicio o sean entrevistados en una audiencia reservada), sus opiniones son escasamente registradas y casi nunca forman parte de los elementos que se consideran para justificar la toma de decisiones o la sentencia¹⁰⁰.

4.4 Integridad física y psíquica

Uno de los aspectos fundamentales tratados por el informe se detuvo fue el respeto a la integridad física y psíquica de los NNA. En este sentido, “preocupa al Comité que los niños sigan siendo objeto de tratos crueles, inhumanos y degradantes a manos de los agentes del orden, inclusive en centros de

95 *Ibíd.*, párr. 32.

96 Couso, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído”, en: *Revista de Derechos del Niño*, No. 3/4, 2006, pág. 147.

97 Lovera, Domingo (en colaboración con Alberto Coddou), “Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía”, en: *Justicia y Derechos del Niño*, No.11, 2009, pág. 18.

98 Vargas, Macarena, Paula Correa, Paula Barros y Andrea Cerda, Informe final estudio “Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia”... pág. 5.

99 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales. Chile...* párr. 34.

100 Vargas, Macarena, Paula Correa, Paula Barros y Andrea Cerda, Informe final estudio “Niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia”... pág. 17.

detención”¹⁰¹, como también “le preocupa que se siga practicando el castigo corporal en la familia, así como en las escuelas y otras instituciones”¹⁰². Asimismo,

...siguen aumentando los casos de violencia y abuso sexual contra niños. El Comité lamenta que no se disponga de estadísticas actualizadas sobre las víctimas de los casos de violencia denunciados, especialmente de violencia sexual y en el seno de la familia¹⁰³.

Otro aspecto de preocupación fue el nivel de vida de los NNA. Señala el Comité que

...un alto porcentaje de la población [carece] de acceso a los servicios básicos y muy en particular [...] [existe una] enorme disparidad [...] entre la cobertura de los servicios de agua potable y de alcantarillado en las zonas urbanas y su cobertura en las zonas rurales. El Comité observa que los niveles de pobreza son desproporcionadamente altos entre los hogares encabezados por mujeres y las comunidades indígenas¹⁰⁴.

A lo anterior se debe “sumar gran número de niños que son víctimas de explotación económica, y en particular su alarma ante el gran número de niños que están expuestos a trabajos peligrosos o degradantes”¹⁰⁵. En este sentido, el problema de la explotación sexual no estuvo ajeno. Si bien el Comité admitió un avance en una mayor asignación a fondos para la reinserción social de los niños y niñas víctimas de abusos y explotación, aún así lamentó “la insuficiencia de las medidas de prevención, el problema del turismo sexual y la ineficacia en la labor de hacer cumplir la ley”¹⁰⁶.

A este panorama descrito debe complementarse con que

...la nueva legislación de justicia de menores permit[e] privar de libertad hasta un máximo de 5 años a los adolescentes de entre 14 y 16 años y la aplicación de sanciones penales a niños de menos de 14 años en determinadas circunstancias. También le inquieta la insuficiencia de las medidas socioeducativas para abordar el problema de los niños en conflicto con la ley sin recurrir a los procedimientos penales y para reducir los casos de privación de libertad¹⁰⁷.

Autoevaluación

Marque la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. La incorporación del curador *ad litem* ha permitido:
 - a. Alivianar la carga laboral de abogados en casos en que estén comprometidos los intereses de los niños, niñas y adolescentes.
 - b. Dar voz a los menores de edad cuando sus intereses sean independientes y contradictorios a los de sus padres o representantes legales.
 - c. Eximir al juez o jueza de escuchar la opinión del menor de edad al estar este debidamente representado.
 - d. Evitar causar al niño, niña o adolescente el sufrimiento que implica acudir a tribunales de justicia.

101 Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales. Chile...* párr. 38.

102 *Ibidem*, párr. 40.

103 *Ibidem*, párr. 48.

104 *Ibidem*, párr. 59.

105 *Ibidem*, párr. 65.

106 *Ibidem*, párr. 69.

107 *Ibidem*, párr. 69.

2. En materia judicial, el interés superior del niño implica:
 - a. Que el juez o jueza está obligado(a) a recibir al menor de edad en audiencia.
 - b. Que el juez o jueza debe escuchar al menor de edad cuando las partes así lo solicitan.
 - c. Que la opinión del niño, niña o adolescente sea escuchada y debidamente considerada por la autoridad judicial en su resolución.
 - d. Que la opinión del niño, niña o adolescente debe primar por sobre los intereses de las partes en el proceso judicial.
3. Desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes:
 - a. Es un problema de las familias que no dan debido cuidado a sus hijos e hijas.
 - b. Se debe a la falta de educación y acceso a la justicia de los menores de edad.
 - c. Es un problema que afecta seriamente el ejercicio de derechos fundamentales.
 - d. Es un deber del Estado establecer políticas públicas y legislaciones que no discriminen a los menores de edad, permitiéndoles un pleno goce de derechos.

Respuestas

1. b)
2. c)
3. d)

5. Migrantes

Han sido escasos los pronunciamientos respecto a los inmigrantes como grupos vulnerables diversos a las mujeres, pueblos indígenas y NNA. Por ejemplo, en materia migratoria el CERD ha señalado recientemente que

...aunque observa con satisfacción las medidas tomadas por el Estado parte para garantizar los derechos de los migrantes, preocupa al Comité que los derechos económicos y sociales de los migrantes y de los refugiados no están plenamente garantizados, y el hecho de que en ocasiones son víctimas de discriminación, en particular los peruanos y los bolivianos¹⁰⁸.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño expresó sobre esta materia que

...no deja de preocuparle que los hijos de extranjeros sin residencia legal en Chile sigan expuestos a la apatridia. [...] También preocupa al Comité que los niños refugiados, solicitantes de asilo y migrantes carezcan de acceso adecuado a los servicios de salud mientras se tramitan sus solicitudes en el sistema de registro nacional y que de hecho sufran discriminación al tratar de ejercer su derecho a la educación¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Chile...* párr. 17.

¹⁰⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones Finales. Chile...* párr. 61.

Autoevaluación

Marque la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. El deber de protección en el ejercicio de los derechos humanos que corresponde al Estado se aplica:
 - a. A chilenos y extranjeros, hayan ingresado de manera oficial o no al país.
 - b. A chilenos y extranjeros residentes en Chile.
 - c. A chilenos y extranjeros con residencia en Chile y extranjeros que debidamente ingresaron al país.
 - d. Sólo a chilenos.
2. Los migrantes constituyen un grupo en condición de vulnerabilidad porque:
 - a. Al ser pocos constituyen una minoría.
 - b. Se encuentran en una situación de riesgo producto de la discriminación de que son objeto.
 - c. Al no ser nacionales del país, no pueden acceder a los bienes y servicios.
 - d. No es deber del Estado proteger a los no nacionales.

Respuestas

1. a)
2. b)

6. Conclusiones

El derecho al acceso a la justicia no se agota en su consagración positiva en una Constitución o en el establecimiento de tribunales de justicia. Si bien estos elementos marcan un punto de partida básico, el derecho en cuestión implica un correlativo deber para el Estado en el sentido de establecer una estructura que asegure la posibilidad para todos y todas de obtener una respuesta judicial.

Desde este punto de vista, el nexo entre grupos vulnerables y acceso a la justicia es evidente. La vulnerabilidad de un determinado grupo social se erige en la práctica como un obstáculo que impide a dicho grupo acceder al aparato judicial, lo que se transforma en una negación de justicia y, por tanto, no se cumple con el fin de otorgar paz y orden social mediante la decisión de un tercero imparcial, marginando a diversos grupos sociales de dicho servicio.

La escasa presencia de la mujer en la política, la falta de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, la deserción escolar en los menores de edad, el no escuchar a los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales cuyas decisiones les afectará directamente o el abuso del aparato punitivo contra nuestros pueblos originarios, no son otra cosa que impedimentos que congelan la opción de un acceso igualitario a una respuesta judicial.

§. 8

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con Chile: principal jurisprudencia y precedentes de la Corte IDH y CIDH

Objetivo

Este capítulo busca entregar detalles sobre el origen y la composición orgánica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), al mismo tiempo que presenta sus principales pronunciamientos respecto a Chile en materia de acceso a la justicia. Además, se brinda información sobre los principales problemas de la justicia militar chilena, analizada bajo los estándares del Sistema, los problemas del derecho de acceso a la información de interés público y los efectos de la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en Chile.

Tema

Principal jurisprudencia y precedentes de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en relación con Chile.

Sumario

1. Introducción; 2. Órganos del Sistema; 3. Corte IDH: casos sobre Chile; 3.1 Palamara Iribarne vs. Chile; a. Derecho a ser oído por un juez o tribunal competente; b. Derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial; c. Garantías judiciales en los procesos penales militares: publicidad; 3.2 Claude Reyes y otros vs. Chile; 3.3 Almonacid Arellano y otros vs. Chile; a. Aplicación del Decreto-Ley No. 2.191; b. La justicia militar; 4. CIDH: algunas cuestiones relevantes; 5. Conclusiones.

Normas internacionales relevantes

Arts. 1.1, 2, 8, 13 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Normas nacionales relevantes

Art. 20 de la Constitución Política de la República de Chile; Ley de Acceso a la Información Pública No. 20.285; Decreto Ley 2.191 (conocido como Ley de Amnistía (D.Of. 19.04.1978)).

Jurisprudencia citada

- Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73. Sobre censura previa y la importancia de entender que la prohibición incluye decisiones judiciales.
- Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135. Sobre la incompatibilidad de la justicia militar con la CADH y libertad de expresión.
- Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151. Sobre acceso a la información y recurso rápido, eficaz y sencillo para reclamarlo.
- Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154. Sobre la incompatibilidad del Decreto Ley de Amnistía con la Convención y sobre deberes del Estado de investigar, sancionar y reparar.
- Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134. Sobre el conocimiento de la Corte IDH en procesos internos. También citado a propósito del carácter restrictivo y especial de la jurisdicción militar.
- Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124. Sobre el conocimiento de la Corte IDH en procesos internos.
- Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120. Sobre el conocimiento de la Corte IDH en procesos internos.
- Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119. Sobre el carácter restrictivo y especial de la justicia militar.
- Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes vs. Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C No. 109. Sobre el carácter restrictivo y especial de la justicia militar.
- Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52. Sobre el derecho ser juzgado por tribunales ordinarios y previamente establecidos, como garantía del debido proceso.
- Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71. Sobre el derecho a ser juzgado por un juez independiente e imparcial.
- Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), *Caso Osinger vs. Austria*, sentencia 24 de marzo de 2005. Sobre la necesidad de transparencia y publicidad de la justicia.
- Corte EDH, *Caso Riepan vs. Austria*, sentencia de 14 de noviembre de 2000. Sobre la necesidad de transparencia y publicidad de la justicia.
- Corte EDH, *Caso Tierce and Others vs. San Marino*, sentencia de 25 de julio de 2000. Sobre la necesidad de transparencia y publicidad de la justicia.
- Corte EDH, *Caso Laukkanen and Manninen vs. Finland*, sentencia de 3 de febrero de 2004. Sobre el principio de contradictorio: el equilibrio procesal entre las partes.
- Corte EDH, *Caso Edwards and Lewis vs. the United Kingdom*, sentencia de 22 de julio de 2003. Sobre el principio de contradictorio: el equilibrio procesal entre las partes.
- Corte EDH, *Caso Öcalan vs. Turkey*, sentencia de 12 de marzo de 2003. Sobre el principio de contradictorio: el equilibrio procesal entre las partes.

CIDH, Informe No. 110/09, *Caso 12.470, Fondo, Ricardo Israel Zipper (Chile)*. Informe de admisibilidad del 13 de octubre de 2004. Sobre la efectividad del recurso de protección en Chile.

1. Introducción

El Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, instaurado por Naciones Unidas, se fortalece con el surgimiento y avance de sistemas regionales de protección en la materia. En este sentido, resulta fundamental la labor realizada por el Sistema Interamericano por medio de sus órganos, la CIDH y la Corte IDH en el continente americano.

¿Cómo determinar la competencia de la justicia militar en Chile? La etapa de sumario en el proceso militar ¿asegura las garantías del debido proceso? ¿Cómo afecta en el debido proceso el no acceder a las pruebas? ¿Mediante qué recurso puede asegurarse el acceso a la información? ¿Puede una orden judicial decretar la censura de películas y obras de arte? Estas y otras preguntas se podrán responder en las siguientes líneas, donde se presentan las funciones de los órganos del SIDH para luego abordar los pronunciamientos en materia de acceso a la justicia.

2. Órganos del Sistema

En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haberse depositado el undécimo instrumento de ratificación por parte un Estado Miembro de la OEA. A la fecha, veinticinco naciones americanas han ratificado este instrumento¹.

Este tratado regional es obligatorio para aquellos Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él, y representa la culminación de un proceso que se inició a fines de la Segunda Guerra Mundial cuando las naciones de América se reunieron en México, decidiendo redactar una declaración sobre derechos humanos. Esta se denominó Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por los Estados Miembros de la OEA en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948². Su objetivo fue salvaguardar los derechos esenciales de las personas en el continente americano e instrumentó dos órganos competentes para conocer acerca de violaciones a los derechos humanos: la CIDH y la Corte IDH.

La Comisión, creada en 1959, inició sus funciones en 1960 cuando el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto y eligió sus primeros miembros. Es un órgano principal y autónomo de la OEA, que deriva su mandato de la Carta de la OEA y de la CADH³. Se conforma por siete miembros independientes que actúan a título personal, sin representar a país alguno, y son elegidos por la Asamblea General de la OEA⁴.

La Corte IDH fue creada en 1979 y es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es interpretar y aplicar la CADH⁵. Está formada por juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia

1 Información disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>>, a marzo de 2011.

2 Información disponible en: <<http://www.cidh.org/Basicos/Spanish/Basicos1.htm>>, a marzo de 2011.

3 CIDH, Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 137o. período ordinario de sesiones, celebrado del 28 de octubre al 13 de noviembre de 2009, art. 1, No. 1.

4 *Ibidem*, art. 1, No. 3. Sobre su composición.

5 Corte IDH, Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2001, y reformado parcialmente por la Corte en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009, art. 1.

en materia de derechos humanos elegidos a título personal⁶. Sus funciones son conocer y resolver los casos que la Comisión somete a su conocimiento por medio de demandas, y emitir opiniones consultivas sobre interrogantes que le planteen los Estados por dudas en la aplicación y cumplimiento de la Convención⁷. A la fecha, la Corte IDH ha fallado 119 casos⁸.

Autoevaluación

Marque Falso (F) o Verdadero (V)

1. La función de la Corte IDH se limita a conocer y resolver casos. ____
2. Las decisiones de la Corte Interamericana son vinculantes para Chile. ____
3. ¿Qué entiende usted por decisiones vinculantes?

Respuestas

1. F
2. V

3. Corte IDH: casos sobre Chile

Chile suma cuatro sentencias condenatorias emitidas por la Corte IDH: “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*)⁹, *Palamara*¹⁰, *Claude Reyes y otros*¹¹, y *Almonacid Arellano y otros*¹². De estos cuatro, abordaremos las referencias expresas al acceso a la justicia en Chile, tanto en su dimensión de garantías judiciales como de protección judicial, detallando sobre el pronunciamiento de la Corte en este sentido.

3.1 Palamara Iribarne vs. Chile

El caso se refiere a la prohibición a Humberto Palamara Iribarne, en 1993, para la publicación de su libro titulado “*Ética y Servicios de Inteligencia*”, en el que abordaba aspectos de inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos. Así mismo, le fueron incautados el texto original, un disco con el texto íntegro y la copia digital original del libro. El texto del libro fue eliminado del disco duro del computador personal de la víctima y fueron incautadas las copias. El señor Palamara

6 *Ibíd.*, art. 3 sobre su integración.

7 *Ibíd.*, art. 2 sobre su competencia y funciones.

8 Corte IDH, información actualizada al 30 de julio de 2010, disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>, a marzo de 2011.

9 Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

10 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135.

11 Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151.

12 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

Iribarne, oficial retirado de la Armada Chilena, se desempeñaba como funcionario civil en dicha institución, en Punta Arenas. Tras ofrecer una conferencia de prensa sobre los hechos, fue condenado por los delitos de desobediencia y desacato.

La Corte IDH aprovechó la ocasión para abordar la justicia militar y las garantías del debido proceso en Chile. Así, recordó su jurisprudencia constante en el sentido de que

[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos¹³.

En consecuencia, la Corte analizó todos los procesos de orden militar que el señor Palamara enfrentó. Para ello, dividió el análisis en tres puntos. El primero, sobre el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, considerando que existen problemas que surgen de la amplitud de la competencia de la jurisdicción penal militar en Chile al juzgar civiles. El segundo, sobre el derecho a un juez independiente e imparcial, considerando que la estructura y composición no permiten garantizarlo. El tercero, sobre la garantía de publicidad y derecho a defensa en los procesos penales militares a los que fue sometido el señor Palamara Iribarne, considerando que no contó con tales derechos.

a. Derecho a ser oído por un juez o tribunal competente

En relación con la garantía del debido proceso, la Corte Interamericana, indicó en *Palamara*, que el derecho de ser juzgado “por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente previstos constituye un principio básico del debido proceso”¹⁴. Para que se respete el derecho al juez natural no basta con que esté establecido previamente por la ley cuál será el tribunal que atenderá una causa y se le otorgue competencia¹⁵.

En este caso se produjo una discusión sobre qué tribunal era competente para conocer del asunto debido a la calidad de **funcionario civil** de la Armada. En ese sentido, se afirmó que

...las normas penales militares deben establecer claramente y sin ambigüedad quiénes son militares, únicos sujetos activos de los delitos militares, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, deben determinar la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente atacados, que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especificar la correspondiente sanción. Las autoridades que ejercen la jurisdicción penal militar, al aplicar las normas penales militares e imputar el delito a un militar, también deben regirse por el principio de legalidad y, entre otras, constatar la existencia de todos los elementos constitutivos del tipo penal militar, así como la existencia o inexistencia de causales de exclusión del delito¹⁶.

La Corte IDH criticó la extensión de la justicia militar en Chile. Observó que

13 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*... párr. 190. En el mismo sentido, Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 198; Corte IDH, *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam*, sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 143, y Corte IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, Serie C No. 120, párr. 57.

14 *Caso Lori Berenson Mejía*... párr. 143 y Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 129.

15 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*... párr. 125.

16 *Ibidem*, párr. 126.

...en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. Esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado¹⁷.

Por lo anterior, la Corte concluye que el juzgamiento de civiles corresponde a la justicia ordinaria y, en consecuencia, condenó al Estado chileno por haber juzgado al señor Palamara por tribunales que no tenían competencia para hacerlo, incumpliendo las obligaciones del derecho a ser juzgado por un juez competente protegido en el artículo 8.1 de la Convención.

b. Derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial

La Corte IDH recordó que es necesario que un juez o tribunal militar cumpla con y garantice las condiciones de independencia e imparcialidad. En sus palabras: “cualquier juez [o tribunal] en un Estado de Derecho [debe garantizar] la independencia de cualquier juez [lo que] supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, garantías de inamovilidad y con una garantía contra presiones externas”¹⁸. En el mismo sentido, se expresan los Principios Básicos de Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura¹⁹.

Sin embargo, en tiempos de paz la estructura orgánica de la justicia militar en Chile está compuesta por tres instancias integradas por jueces, fiscales, auditores y secretarios, quienes son militares en servicio activo. Por lo mismo, pertenecen a “un escalafón especial de justicia militar” y mantienen su posición de subordinación y dependencia dentro de la jerarquía militar. La jurisdicción militar se ejerce por los Juzgados Institucionales, los Fiscales, las Cortes Marciales y la Corte Suprema. La Corte estimó que dicha estructura orgánica y la composición de los tribunales militares supone que, en general, sus integrantes sean militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.

En conclusión, la Corte IDH consideró que el Estado chileno no garantizó al señor Palamara el derecho a que un juez o tribunal independiente e imparcial conociera de las causas penales que se iniciaron en su contra, por lo cual violó el artículo 8.1 de la Convención.

c. Garantías judiciales en los procesos penales militares: publicidad

La Corte IDH recordó la importancia de la publicidad en los procesos penales como garantía del debido proceso, indicando que el derecho al proceso público²⁰ es un

17 *Ibidem*, párr. 132.

18 *Cfr.* Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 75.

19 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*... párr. 156.

20 Consagrado en el art. 8.5 de la Convención Americana en los siguientes términos: “5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

...elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público²¹.

Además, una de las funciones de este derecho es

...proscribir la administración de justicia secreta, someterla al escrutinio de las partes y del público, esto se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia²².

La publicidad hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros²³.

En el caso, el proceso penal se llevó a cabo en etapa de sumario, donde prima el principio del secreto, y luego plenario, donde el abogado de la víctima tuvo escaso acceso al expediente del proceso para preparar su defensa. Al respecto, la Corte IDH señaló que “la imposibilidad de acceder a las actuaciones realizadas durante la etapa del sumario y presentar pruebas impidieron que el señor Palamara Iribarne pudiera defenderse de forma adecuada”²⁴. Además, ligado con lo anterior, la Corte IDH ha señalado que “el inculpado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”²⁵, porque en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio”²⁶. En razón de lo anterior, la Corte IDH estimó que la falta de publicidad también afectó el derecho a la defensa en perjuicio del señor Palamara Iribarne.

3.2 Claude Reyes y otros vs. Chile

El caso se refiere a un conjunto de personas que solicitaron información al Comité de Inversiones Extranjeras sobre un proyecto de deforestación, proyecto que podía tener un gran impacto en materia medioambiental. El Estado de Chile no accedió a la solicitud presentada, ni dispuso de recursos necesarios para permitir discutir el acceso a la información solicitada en sede judicial o administrativa. La Corte IDH se pronunció al respecto, estableciendo que el artículo 13, que consagra el derecho a la libertad de expresión, incluye el derecho a acceder a la información. Además, afirmó que los Estados tienen el deber de proveer la información solicitada, salvo algunas excepciones razonables en el contexto de una sociedad democrática (i.e. seguridad nacional).

21 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*... párr. 167.

22 Corte EDH, *Caso Osinger vs. Austria*, sentencia 24 de marzo de 2005, párr. 44; Corte EDH, *Caso Riepan vs. Austria*, sentencia de 1997, párr. 40; Corte EDH, *Caso Tierce and Others vs. San Marino*, sentencia de 1994, párr. 88.

23 Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne*... párr. 168.

24 *Ibidem*, párr. 177.

25 *Ibidem*, párr. 178.

26 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03, 17 de septiembre 2003, Serie A No. 18, párr. 132. En igual sentido, Corte EDH, *Caso Laukkanen and Manninen vs. Finland*, sentencia de 3 de febrero de 2004; Corte EDH, *Caso Edwards and Lewis vs. the United Kingdom*, sentencia de 22 de julio de 2003; Corte EDH, *Caso Öcalan vs. Turkey*, sentencia de 12 de marzo de 2003.

Esta sentencia resulta pertinente para el desarrollo de este manual por los alcances que se establecen para Chile en materia de recursos y garantías procesales, sobre todo en lo relacionado con el recurso de apelación interpuesto por Reyes y otros en materia de la falta de la debida fundamentación de las sentencias, estándar analizado en capítulos anteriores. En el caso Claude²⁷ la Corte IDH se detuvo especialmente en el análisis de este componente del derecho a las garantías judiciales. Así, analizó la conducta del Poder Judicial chileno con relación a las acciones judiciales emprendidas para lograr que se ordenara al Comité de Inversiones Extranjeras de Chile que respondiera al pedido de información. Ese estándar se evaluó, además, a la luz de la obligación de responder dentro de un plazo razonable²⁸.

En este contexto, la Corte IDH fijó un estándar en materia de debido proceso y protección judicial. Afirmó que todos los órganos que ejercen funciones de naturaleza **materialmente jurisdiccional** tienen

...el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana²⁹ [...] y el recurso efectivo del artículo 25 de la Convención debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la misma, todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención Americana a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)³⁰.

En el mismo sentido, se apuntó que

...el artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos³¹.

Frente a estos artículos, la Corte IDH analizó el actuar de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile en el caso y destacó que

...el recurso de protección de garantías planteado ante la Corte de Apelaciones de Santiago debió tramitarse respetando las garantías protegidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana [...] la Corte de Apelaciones de Santiago no resolvió la controversia suscitada por la actuación del Vicepresidente del Comité de Inversiones Extranjeras, pronunciándose sobre la existencia o no en el caso concreto del derecho de acceso a la información solicitada, ya que la decisión judicial fue declarar inadmisibles el recurso de protección interpuesto [...] este Tribunal encuentra que esa decisión judicial careció de la fundamentación judicial adecuada³².

La Corte IDH entendió que la Corte de Apelaciones no indicó las razones por las que desprendía de los hechos y antecedentes del recurso su manifiesta falta de fundamento³³. Tampoco realizó una evaluación respecto de si la actuación de la autoridad administrativa, al no entregar una parte de la

27 Corte IDH, *Caso Claude Reyes*...

28 CIDH, *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser. L/V/ II. 129, Washington, D.C., 7 de septiembre de 2007, párr. 200.

29 Corte IDH, *Caso Claude Reyes*... párr. 126.

30 *Ibidem*, párr. 127.

31 *Ibidem*, párr. 118.

32 *Ibidem*, párrs. 127, 134 y 135.

33 CIDH, *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*... párr. 202.

información solicitada, guardaba relación con alguna de las garantías que pueden ser objeto del recurso de protección, o si procedía algún otro recurso ante los tribunales ordinarios³⁴. Esto llevó a la Corte IDH a concluir que Chile no cumplió con la obligación de garantizar un recurso judicial efectivo que fuera resuelto de conformidad con el artículo 8.1 de la CADH y que permitiera que se resolviera el fondo de la controversia sobre la solicitud de información bajo control del Estado, es decir, que se determinara si el órgano estatal requerido debía o no dar acceso a la información solicitada³⁵.

El Tribunal interamericano terminó resolviendo y ordenando a Chile lo siguiente:

El Estado, a través de la entidad correspondiente, debe entregar la información solicitada por las víctimas, en su caso, o adoptar una decisión fundamentada al respecto³⁶.

Esta sentencia tuvo repercusiones importantes para Chile; tras la condena al Estado chileno, la Corte IDH indicó que el derecho consagrado en el artículo 13 de la CADH, la libertad de expresión, incluye el derecho al acceso a la información pública. En dicha sentencia se obliga a Chile a adaptar su legislación para cumplir cabalmente con dichos estándares, cuestión que, sin duda, termina influyendo en la promulgación de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública y con ella la creación de un órgano encargado de resolver contiendas acerca de la entrega de información: el Consejo y el Tribunal para la Transparencia³⁷. Esta ley lleva en vigencia dos años, por lo que resulta apresurado hacer un pronóstico final sobre su funcionamiento y eficacia. Sin embargo, es menester atender al hecho de que el Estado de Chile ha cumplido de buena fe lo dispuesto por la sentencia del caso Claude Reyes, haciendo grandes esfuerzos para que toda la ciudadanía pueda acceder a la información pública de los órganos de la administración del Estado.

3.3 Almonacid Arellano y otros vs. Chile

Este caso se refiere a la falta de investigación y sanción de los responsables de la ejecución extrajudicial del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, a partir de la aplicación del Decreto Ley 2.191, comúnmente conocido como Ley de Amnistía (D.Of. 19.04.1978). En el caso se reclamaba, además, la falta de reparación adecuada a favor de sus familiares.

a. Aplicación del Decreto-Ley No. 2.191

La principal doctrina que enseña el caso Almonacid Arellano se refiere a la aplicación del DL 2.191, que ordena el cese de las investigaciones y el archivo del expediente, dejando en impunidad a los responsables de la muerte de la víctima³⁸. La postura de la Comisión al presentar el caso ante la Corte IDH, era que

34 Corte IDH, *Caso Claude Reyes*... párr. 136.

35 CIDH, *Acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*... párr. 202. Cabe mencionar, además, que alguna doctrina nacional se ha manifestado crítica ante el procedimiento de admisibilidad previo a que se sujeta el recurso de protección. Sobre este punto, véase el apartado sobre recurso de protección en el capítulo sobre arreglos institucionales para la protección de derechos humanos en Chile.

36 Corte IDH, *Caso Claude Reyes*... párr. 158.

37 Ley 20.285 (D. Of. 20.08.2008).

38 Como se documenta en las diferentes versiones del Informe Anual sobre Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, ésta no es la única interpretación que ha recibido el DL 2.191.

...la vigencia del Decreto Ley de autoamnistía afecta el derecho de las víctimas a que se investigue, se identifique y juzgue a los individuos responsables de matar y herir a sus familiares. Esta ley en definitiva, afecta el derecho de las víctimas a la justicia³⁹.

Lo anterior, en palabras de la Corte –y recogiendo la tesis de la CIDH–,

...impidió a los familiares que ejercieran el derecho a ser oídos por un tribunal competente, independiente e imparcial, a través de un recurso efectivo y adecuado que repare las violaciones cometidas en perjuicio de su ser querido y les permitiera conocer la verdad⁴⁰.

Por otro lado, conforme a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, la Corte IDH reiteró su postura señalando que:

...los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención⁴¹.

Añadiendo, además, que

...las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente⁴².

b. La justicia militar

En relación con la justicia militar la Corte IDH reiteró la postura adoptada contra Chile en el caso Palamara, recordando que

...en un Estado democrático de Derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar⁴³.

Tras esa doctrina subyace la idea que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia⁴⁴. En consecuencia, en el caso bajo análisis, la Corte IDH condenó al Estado chileno por las violaciones a los derechos establecidos en los artículos 1.1., 2. 8 y 25 de la CADH.

39 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano*... párr. 126 y párr. 83 b).

40 *Ibidem*, párr. 126.

41 *Ibidem*, párr. 43.

42 *Ibidem*, párr. 43.

43 *Ibidem*, párr. 153.

44 Corte IDH, *Caso Palamara*... párr. 143; Corte IDH, *Caso 19 comerciantes*... párr. 167.

Autoevaluación

Marque Falso (F), Verdadero (V) o la(s) respuesta(s) correcta(s)

1. Chile ha sido parte de cinco procesos ante la Corte IDH. ____
2. El caso “La Última Tentación de Cristo” se refiere principalmente al análisis de la censura previa. ____
3. El caso *Palamara Iribarne* principalmente analiza la justicia militar chilena. ____
4. El caso *Claude Reyes* tiene relación con el derecho a la libertad de expresión. ____
5. ¿Qué derecho construye la Corte IDH a partir de *Claude*? ¿Cómo lo hace?

6. El caso *Almonacid Arellano* no tiene relación alguna con los decretos de amnistía. ____
7. El caso de *Palamara* es relevante para nuestro país porque:
 - a) Se absuelve al Estado de Chile.
 - b) La defensa estatal fue ejemplar.
 - c) Ordena la reforma de la justicia militar chilena.
 - d) Todas las anteriores.
 - e) Ninguna de las anteriores.
8. La importancia del caso *Claude Reyes* radica en que:
 - a) Se incluye otra esfera del derecho a la libertad de expresión: el acceso a la información.
 - b) Se condena a Chile por la violación de derechos humanos.
 - c) Es el primer caso chileno ante la Corte IDH.
 - d) Se desarrolla ampliamente el derecho a la propiedad.
 - e) Ninguna de las anteriores.
9. El caso “La Última Tentación de Cristo” fue importante para Chile porque:
 - a) Permitió que se exhibiera la película.
 - b) Derogó la censura previa de la Constitución.
 - c) Derogó la censura previa de la Ley de Prensa y Cinematografía.
 - d) Estableció el derecho a la libertad de conciencia.
 - e) Todas las anteriores.

Respuestas

1. F
2. V
3. V
4. V
5. El derecho de acceso a la información, a partir del derecho de la libertad que tienen las personas para difundir la información sin censura. La dimensión colectiva que trae aparejada la libertad de expresión. Mi derecho a conocer esa información.
6. c)
7. a)
8. b)

4. CIDH: algunas cuestiones relevantes

La CIDH se ha pronunciado sobre el recurso de protección, revisado en el capítulo primero a propósito del sistema nacional de protección de derechos humanos. El caso Ricardo Israel Zipper con Chile⁴⁵ se remonta a enero del 2003, cuando por razones de reestructuración la Universidad de Chile eliminó el cargo de profesor de jornada completa que ocupaba la presunta víctima en el Instituto de Asuntos Públicos de esa universidad. Ricardo Zipper alegó que la supresión del cargo violentaba los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la protección de la honra y dignidad, a la propiedad privada, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial de la presunta víctima. Lo despidieron sin razón ni justificación alguna, de manera tal que no tuvo un despido justificado ni pudo defenderse de manera adecuada. De la misma forma asegura que su despido era para silenciarlo, ya que algunas autoridades no estaban de acuerdo con sus pensamientos. También asegura que sufrió un trato discriminatorio, pues mientras se le estaba suprimiendo del cargo, se estaba contratando a otras personas para suplirlo. También, hubo una discriminación en el trato que se otorgó a víctima, en contraposición al trato que se dio a los demás profesores. En cuanto al recurso de protección, la víctima apeló, mas esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema, que falló sin siquiera escuchar alegatos de las partes.

En su informe de fondo sobre los arts. 8 y 25 de la CADH, la CIDH argumentó que

...de conformidad con uno de los principios básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos. El artículo 1.1 de la Convención Americana reviste importancia fundamental en ese sentido. Precisamente, los artículos 8 y 25 de la Convención concretan, con referencia a las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos, los alcances del mencionado principio de generación de responsabilidad por los actos de cualquiera de los órganos del Estado⁴⁶.

La Comisión, tomando como antecedente lo mencionado por la Corte IDH, dispuso que “no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”⁴⁷. La CIDH establece que la presunta víctima sí tuvo oportunidad para presentar los recursos adecuados e idóneos disponibles en Chile.

45 CIDH, Informe no. 110/09 caso 12.470, Fondo, Ricardo Israel Zipper (Chile).

46 *Ibidem*, párr. 86.

47 *Id.*, párr. 86.

Al concluir, la CIDH agrega un estándar muy relevante en la materia, que no hay que olvidar:

La Comisión considera que el hecho de que las pretensiones de la presunta víctima ante las autoridades judiciales chilenas no hubieren sido exitosas no constituye una violación de los artículos de la Convención⁴⁸.

En consecuencia, determina que Chile no ha incumplido las obligaciones internacionales toda vez que

...la Comisión observa que, en el presente caso, la presunta víctima contó con el recurso efectivo y las garantías procesales necesarias para entender satisfecho el derecho al debido proceso en los términos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana⁴⁹.

Autoevaluación

Marque Falso (F) o Verdadero (V)

1. El Caso de Roberto Zipper contra Chile, y que pende ante la CIDH, aborda expresamente al recurso de protección chileno. ____
2. Conforme al caso Zipper, el debido proceso se aplica también al ámbito administrativo. ____
3. El mero hecho de que la Corte de Apelaciones rechace un recurso de protección constituye una vulneración a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. ____

Respuestas

1. V
2. V
3. F

5. Conclusiones

Como puede apreciarse, los precedentes establecidos por los órganos del SIDH en relación con los casos chilenos, particularmente en materia de acceso a la justicia, resultan fundamentales.

La importancia de dichos precedentes no es menor si consideramos que, tras la condena al Estado chileno en el caso “La última tentación de Cristo”, se consiguió una reforma constitucional que prohibió la censura previa, mientras que en el caso Claude Reyes y otros se creó una instancia particular de acceso a la información de interés público, con recursos y procedimientos especializados. Sin embargo, tras la sentencia del caso Palamara Iribarne sigue pendiente una reforma. El acceso a la justicia en sede militar no cumple con las garantías que establece la Convención Americana y que recuerda la propia Corte IDH en la citada sentencia.

48 *Id.*, párr. 97.

49 *Id.*

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2007-2010)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro

Lloyd G. Barnett

César Barros Leal

Allan Brewer-Carías

Marco Tulio Bruni-Celli

Antônio A. Caçado Trindade

Gisèle Côté-Harper

Mariano Fiallos Oyanguren

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

Claudio Grossman

María Elena Martínez

Juan E. Méndez

Sandra Morelli Rico

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Máximo Pacheco Gómez

Hernán Salgado Pesantes

Wendy Singh

Rodolfo Stavenhagen

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Felipe González
Paulo Sérgio Pinheiro
Dinah Shelton
Luz Patricia Mejía
María Silvia Guillén
Jesús Orozco Henríquez
Rodrigo Escobar

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Diego García Sayán
Leonardo A. Franco
Manuel E. Ventura Robles
Margarette May Macaulay
Rhadys Abreu Blondet
Alberto Pérez Pérez
Eduardo Vio Grossi

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo