

LA PROTECCION INTERNACIONAL Y LA DESPROTECCION INTERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hernán Montealegre K.*

Jorge Mera F.**

* Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (San José, Costa Rica).

** Miembro de la Academia de Humanismo Cristiano (Santiago de Chile).

I PARTE GENERAL

Desajuste entre el desarrollo internacional y el desarrollo interno de los derechos humanos

SUMARIO: I *Parte general*: El desajuste entre el desarrollo internacional y el desarrollo interno de los derechos humanos. 1. Logros y deficiencias en el desarrollo jurídico de los derechos humanos; 2. La complementación necesaria entre la protección internacional y la protección interna de los derechos humanos; 3. El estímulo recíproco entre el derecho internacional y el derecho interno para el desarrollo de los derechos humanos; 4. El camino jurídico hacia una profundización cultural de los derechos humanos; 5. Las dificultades estructurales para la incorporación de los derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales; 6. Los peligros latentes en los sistemas jurídicos tradicionales frente a los nuevos regímenes surgidos en América Latina; 7. La crítica jurídica como antecedente metodológico de una reforma jurídica.

II *Parte especial*: La desprotección interna de los derechos humanos en el Derecho penal y en el Derecho Constitucional. 1. La importancia de la sanción penal a las violaciones de los derechos humanos; 2. La discriminación en la protección penal de la libertad personal: los delitos de detención ilegal y de secuestro; 3. La calidad de agente del Estado como atenuante de responsabilidad criminal en las violaciones a los derechos humanos; 4. La discriminación en la protección penal de la integridad personal: los delitos de maltrato de obra y de violencias innecesarias; 5. La insuficiente sanción penal a los atentados de la autoridad contra los derechos humanos que sustentan el orden democrático; 6. Los derechos humanos a disposición del Estado; 7. Las órdenes superiores como eximentes de responsabilidad criminal en las violaciones a los derechos humanos; 8. El control político de las violaciones a los derechos humanos; 9. Los derechos humanos de las minorías institucionalmente supeditados a los intereses políticos de las mayorías; 10. La posibilidad institucional del encubrimiento de las violaciones gubernamentales a los derechos humanos; 11. Una revisión del concepto de orden público.

1. *Logros y deficiencias en el desarrollo jurídico de los derechos humanos*

Una preocupación genuina por los derechos humanos apunta siempre al problema central de su vigencia. Esta última es lo que realmente importa al tratar sobre estos derechos. El interés auténtico en ellos, por eso, no se detiene en la denuncia de sus violaciones, sino que abarca en forma específica la cuestión de las condiciones que se requieren para permitir y favorecer su positiva vigencia.

Tales condiciones son de variada naturaleza: política, económica, ideológica, moral, cultural, etc., lo que revela de inmediato que el tema de los derechos humanos debe ser encarado con un enfoque multidisciplinario, que dé cuenta de estos diversos aspectos. Entre las perspectivas que deben integrarse para ello está, naturalmente, la jurídica. Esta perspectiva, sin embargo, presenta en la actualidad ciertas características que la hacen un tanto peculiar —hoy por hoy—, frente a las otras.

a) Desde luego destaca su mayor desarrollo, al punto que ha podido pensarse que el tema de los derechos humanos pertenece con exclusividad a la ciencia jurídica, siendo ajeno o sólo tangencial a las otras ciencias humanas y sociales. Estas, sin embargo, se han visto últimamente atraídas hacia el tema principalmente por el impacto en todas ellas, desde uno u otro punto de vista, ha producido el fenómeno esparcido de las violaciones a los derechos humanos en diversos países. Con todo, no han asimilado aún suficientemente y con verdadera autonomía un campo en el que les parece estar invadiendo un terreno ajeno y que, por otra parte, pareciera prácticamente ocupado por la ciencia jurídica, la única que de verdad parece moverse con soltura y se siente connatural al tema.

b) Lo anterior lleva a pensar que la ciencia jurídica realmente domina el tema, esto es, que cuenta con un cuerpo de análisis y doctrina, y, lo que es más importante aún, con un cuerpo de normas, satisfactorias y elaboradas.

c) Sin embargo, y al margen de las influencias recíprocas que entre la ciencia jurídica y las otras ciencias humanas y sociales deberá producirse a medida que estas últimas asuman con madurez el tema, la realidad es que la propia ciencia jurídica —que sin duda ha logrado conquistas definitivas en la materia—, tiene aún un largo trecho por recorrer hasta que pueda afirmarse que de verdad se ha constituido en un cuerpo coherente y suficiente de doctrina y normas en materia de derechos humanos. El presente

artículo, que es parte de una investigación en el tema, procura fundamentar esta aseveración, a la vez que señalar uno de los caminos principales que debe recorrerse metódicamente en la investigación jurídica para generar tal cuerpo de doctrina y normas relativas a los derechos humanos.

Con demasiada ligereza, en verdad, se asume que el derecho, tanto interno como internacional, opera en favor de los derechos humanos, y que si estos son violados se debe a causas exclusivamente extrajurídicas, las que, por tanto, correspondería exhibir sólo a las otras ciencias humanas y sociales. No se repara en una cuestión capital y es que el derecho interno vigente hoy día está impregnado de principios, normas y estructuras jurídicas que pugnan con los valores que inspiran a los derechos humanos.

Basta tener presente que los derechos humanos han sido plenamente concebidos sólo a partir de 1948, con su Declaración Universal, y desde 1950, 1966, y 1969, con sus pactos regionales y universales, para entender por qué no es posible que el derecho en su conjunto o los diversos sistemas jurídicos en el mundo estén concebidos a la luz de sus principios. Si bien la novedad de estos instrumentos internacionales no es completa frente al derecho que les ha precedido, ya que en forma de principios y de normas específicas como las garantías constitucionales eran inherentes a los diversos ordenamientos jurídicos, no cabe concebirlas como una mera explicitación de la naturaleza última y determinante del derecho vigente hasta entonces. Por el contrario, existen numerosas normas de derecho privado y público, en los diversos sistemas jurídicos nacionales, que pugnan con los principios inspiradores de los derechos humanos y que en su conjunto imprimen esta vez un rasgo negativo al orden jurídico desde este punto de vista. Tales normas en vigor en los diversos sistemas jurídicos nacionales configuran, en mayor o menor grado, un conjunto de condicionamientos legales que no sólo no permiten ni favorecen la vigencia de los derechos humanos, sino que son *atentados institucionales en su contra*.

El examen y la reforma de tales estructuras jurídicas es imprescindible y prioritario, por tanto, si se quiere que los derechos humanos, más allá de sus proclamaciones, sean realmente eficaces, esto es, determinen la conducta social al interior de los Estados.

2. *La complementación necesaria entre la protección internacional y la protección interna de los derechos humanos*

El examen de la situación real de los derechos humanos dentro de los propios ordenamientos jurídicos nacionales, es una forma valiosísima y en verdad irremplazable para que un pueblo asimile y entienda su valor. Mientras los derechos humanos se mantengan como bienes jurídicos que pertenecen primordialmente al orden *internacional*, su invocación no podrá evitar un aspecto de *presión e injerencia* frente a un orden jurídico interno que se define en aspectos significativos por prácticas, tendencias y estructuras contrarias a ellos. Resulta claro, en esta perspectiva, cuál es hoy el

desafío jurídico decisivo al respecto: la adecuación de los diversos derechos nacionales a los principios de los derechos humanos. Pero esta tarea no ha sido hasta ahora ni siquiera postulada suficientemente y ello revela la vasta labor que la propia ciencia jurídica tiene por delante para que los derechos humanos adquieran su madurez dentro de ella.

El pensamiento y la acción jurídicos en favor de los derechos humanos han estado concentrados en la dimensión internacional que ellos ciertamente tienen. Se ha destacado, así, la función de diversos organismos e instancias *internacionales* en la protección de estos derechos, sean ellos entidades gubernamentales o no gubernamentales. Esto, por otra parte, ha impreso un carácter dominante a la preocupación por los derechos humanos como una cuestión de denuncia de sus violaciones, que es el evento específico que pone en movimiento a esas instancias internacionales. Desde el punto de vista de estas últimas, el aspecto "interno" de los derechos humanos interesa de preferencia sólo como el cumplimiento del requisito que pone en movimiento al órgano internacional, y que se denomina técnicamente "el agotamiento de los recursos internos" en el camino que debe recorrer la denuncia hasta la instancia internacional.

Existe, por otra parte, una segunda forma que interesa destacar ahora, en que la perspectiva internacional de los derechos humanos ha considerado la dimensión interna de éstos. Ella consiste en reivindicar la preeminencia que la ley internacional tiene sobre la ley nacional en casos de conflicto entre las dos o, en todo caso, en la vigencia que la ley internacional tiene *per se* para un Estado cuando no existe tal conflicto.

En ninguna de las dos formas que se ha señalado, sin embargo, se asume con plenitud la proyección interna de los derechos humanos. En el primer caso, interesa sólo una cuestión de mecánica procesal, a saber, la tramitación o no de un recurso interno que la persona afectada haya presentado por su derecho fundamental transgredido. El carácter sólo formal con que se examina esta cuestión por el órgano internacional queda en claro al considerarla éste sólo como requisito de la "admisibilidad" de la presentación que ante tal órgano hace el afectado. En el segundo caso, la ley internacional de los derechos humanos, sintomáticamente, se pone en el evento explícito de su contradicción con el derecho interno, afirmando para tal situación su rango jurídico superior ante el cual debe doblegarse la ley nacional. En la mejor hipótesis, si no existe contradicción, o si hay un vacío legal interno, los derechos humanos se mantienen como propios del orden internacional, perspectiva desde la cual se postula su aplicación.

Por cierto, los dos aspectos anteriores no agotan, como se verá en seguida, la consideración sustantiva que la ley internacional de los derechos humanos hace del derecho interno, pero conviene resaltar que un énfasis unilateral en la dimensión internacional de los derechos humanos, puede tender a hacer de ellos una cuestión pertinente en primer lugar para el orden internacional y sus diversos organismos de protección, quedando la

actuación del sistema jurídico nacional como secundaria y ocasional. Esto podría extremarse si se contemplara el orden legal interno, en la perspectiva de los derechos humanos, tan sólo como un requisito formal que debe agotarse prontamente para que entre a actuar el órgano internacional, que sería el que de verdad está llamado a asumir la cuestión de esos derechos. También se extremaría esta tendencia si se habitúa el pensamiento jurídico a la idea de que la ley internacional de los derechos humanos estará en permanente conflicto con la ley interna de los países. Esto último puede constituir sólo un hecho, pero no está en la naturaleza del derecho que ello sea así; por el contrario, la tesis del presente artículo es que ha llegado el momento de superar esta antinomia y que esta superación viene exigida muy específicamente incluso por el propio aspecto internacional inherente a los derechos humanos.

Hay que admitir con la mayor claridad que si la promoción, protección y defensa de los derechos humanos pretendiera mantenerse unilateralmente dentro de una perspectiva internacional, estos derechos no estarían promovidos, protegidos ni defendidos con la eficacia que requieren. Está claro, desde luego, que la acción jurídica internacional en favor de los derechos humanos es una pieza clave para lograr su real vigencia, que debe ser profundizada y perfeccionada. Ella está llamada a cumplir una función insustituible que no puede llevar a cabo el derecho interno, mientras otorga a los derechos humanos una jerarquía nueva frente a la que reciben de su sola consagración interna. Pero esa misma función y rango pierde eficacia y valor si no se integra con la acción jurídica interna en favor de los mismos derechos.

La real vigencia de los derechos humanos sólo puede ocurrir si las condiciones jurídicas en que se producen los problemas permiten y favorecen su pronta y evidente corrección. Esto sólo se logra si es que se adecúan las instancias jurídicas internas a los requerimientos de los derechos humanos, de tal manera que estos sean enteramente absorbidos tanto en su dimensión interna como internacional. Mientras el sistema interno sea impermeable a ciertas exigencias fundamentales de los derechos humanos, la invocación de éstos como un asunto internacional tendrá pocas posibilidades de ser verdaderamente eficaz. En realidad, la instancia primaria y el fundamento de un sistema llamado a dar real protección a los derechos humanos no puede ser sino un orden jurídico nacional—institucional, procesal y sustantivo—, mientras la invocación de los mecanismos internacionales de protección debe ocupar un lugar final.

3. *El estímulo recíproco entre el derecho internacional y el derecho interno para el desarrollo de los derechos humanos*

Lo anterior no constituye una novedad para quienes han acentuado la protección internacional de los derechos humanos, ya que el punto está formalmente asumido así en la propia ley internacional de estos derechos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, establece que "la protección internacional de estos derechos es de naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos" (Preámbulo, párrafo 3º), mientras la Declaración Universal de 1948 considera "esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho" (Preámbulo, párrafo 3º). En la propia concepción internacional del sistema de protección de los derechos humanos, se convierte, pues, en un problema capital el determinar exactamente cuál es en definitiva "la protección que ofrece el derecho interno de los Estados". Esta tarea no ha sido aún asumida como es debido por la ciencia jurídica, según se intenta mostrar en el presente artículo, desde luego en lo que se refiere a nuestros países americanos.

Dos cuestiones conviene destacar, por de pronto, de la expresión recién citada de la Convención Americana. Nótese, en primer lugar, que con precisión alude a la protección "que ofrece" el derecho interno de los Estados americanos, sin calificarla de insuficiente o suficiente; pero esta calificación, desde luego, resulta vital para determinar si los derechos humanos están realmente protegidos en nuestro continente, y es lo que corresponde hacer a la ciencia jurídica. En segundo lugar, al referirse la Convención a la "protección" de los derechos humanos en el derecho interno de los países americanos, sería una ligereza el entender tal expresión sólo en un sentido procesal, a saber, apenas como un interés en que exista o no, por ejemplo, el recurso de amparo en un Estado, sin importar los otros aspectos del derecho que afectan una efectiva y completa protección de los derechos humanos. La Declaración Universal, en el párrafo recién citado, aclara que tal protección debe darse en la totalidad del "régimen de Derecho", con lo que se abarcan, naturalmente, no sólo los aspectos procesales sino que los institucionales y sustantivos de un sistema jurídico nacional. Sólo bajo esta última perspectiva pueden darse las *condiciones jurídicas que permitan y favorezcan la vigencia de los derechos humanos*, condiciones a las que alude el mismo Pacto de San José (Preámbulo, párrafo 6º).

El presupuesto fundamental de lo que antecede es que los principios de los derechos humanos no son sólo principios del derecho internacional sino que constituyen principios generales del derecho que, en cuanto tales, deben informar tanto al derecho internacional como al derecho interno. El Estado actual de la ciencia jurídica al respecto revela, pues, un desajuste estructural, ya que mientras se han proyectado primordialmente estos principios al campo del derecho internacional, no ha ocurrido otro tanto con el derecho interno. Ello impone la tarea urgente de poner al día al derecho interno con el derecho internacional desde el punto de vista de los derechos humanos.

Lejos de sugerir el presente artículo, pues, una cierta reticencia ante el derecho internacional en relación a los derechos humanos, se supone y

destaca aquí el papel específico que ha jugado para su desarrollo. Debe reconocerse, en efecto, la labor pionera que en la ciencia jurídica en particular y en las ciencias humanas y sociales en general ha cumplido el derecho internacional en la causa de los derechos humanos, y en especial para su elaboración científica. A este último respeto, toda disciplina que quiera hoy preocuparse de los derechos humanos, debe seguir las líneas decisivas, precisas y abundantes trazadas por el derecho internacional. En particular, el proceso de adecuar los sistemas jurídicos nacionales a los principios de los derechos humanos tendrá una guía inapreciable en la elaboración que de tales principios se encuentra ya efectuada en los instrumentos internacionales. Pero, por otra parte, sólo el cumplimiento metódico de este proceso, como se ha expresado, dará su verdadera eficacia a esos instrumentos internacionales, complementando el sistema jurídico internacional de protección con un apropiado sistema jurídico interno. Lo que debe asimilarse en forma definitiva es que los derechos humanos no estarán suficientemente protegidos en el orden jurídico mientras no gocen de su pleno reconocimiento en ambos sistemas.

La versión interna que del análisis y desarrollo de los derechos humanos interesa en particular para el presente artículo, no hace más que recuperar su impulso histórico original. Ellos, en efecto, surgieron en el ámbito jurídico en la forma madura de garantías constitucionales al interior de los Estados. Los principios inherentes a estas garantías se estimaron tan importantes y universales como para fortalecerlos posteriormente mediante su consagración en instrumentos internacionales, con lo que su elaboración jurídica adquirió un nivel nuevo de madurez doctrinaria, más desarrollado que el de su etapa sólo constitucional. Pero este proceso no ha concluido, sino que, al contrario, abre ahora una tercera etapa, la que surge de la interpelación que el desarrollo internacional de los derechos humanos hace a los ordenamientos jurídicos nacionales para que estos avancen hacia un nuevo estadio de su evolución, poniéndose tanto a la altura de los más modernos desarrollos del derecho como de los propios principios que ellos mismos proclaman en la forma suprema de postulados constitucionales.

No se trata, como se observa, de una materia que los ordenamientos nacionales reciban de las leyes internacionales como cuerpos extraños. Por el contrario, es en los sistemas nacionales mismos donde está el origen de la preocupación por los derechos humanos. Lo que el derecho internacional ha llevado a cabo, en efecto, no es más que la elaboración y maduración de esos postulados constitucionales. En realidad, se trata de un proceso que debió haberse cumplido en los propios sistemas jurídicos nacionales, pero que por circunstancias históricas en las que no es del caso entrar aquí, se realizó en el ámbito del derecho internacional. En la forma de un verdadero mandato tácito, el derecho internacional desarrolló para los ordenamientos nacionales sus postulados jurídicos fundamentales.

La decisión y amplitud con que el derecho internacional llevó a cabo su tarea, movido por la convicción de que se trataba de los valores capitales

de la civilización y cultura humanas, introdujo la cuestión de los derechos humanos en el centro del orden jurídico internacional. Pero este logro histórico sólo culminará cuando su impulso revierta e interpele radicalmente a los ordenamientos nacionales que le dieron origen y que lo postularon para sí mismos, mientras quedaron en una etapa imperfecta de su desarrollo interno. Es preciso, pues, interrogar metódica y ampliamente a los ordenamientos jurídicos nacionales sobre su adecuación real a los principios preeminentes de los derechos humanos que postulan.

4. El camino jurídico hacia una profundización cultural de los derechos humanos

Es conveniente adelantar el valor práctico que esta tarea debe llegar a tener para la vigencia efectiva de los derechos humanos. La verdad es que la única manera de hacer de los derechos humanos un patrimonio nacional de valores autónomos y vigorosos, es lograr que ellos sean percibidos y asimilados desde la raíz de los intereses, estructuras e instituciones nacionales mismas. Si el sistema jurídico interno no funciona en beneficio de los derechos humanos como una de sus orientaciones determinantes, no es mucho lo que se obtendrá invocándolos como obligaciones internacionales del país. Ellos deben ser entendidos y asimilados en la totalidad del orden jurídico como una obligación nacional en primer lugar, y sólo entonces puede su aspecto internacional complementario funcionar eficazmente. Sólo si los derechos humanos son asumidos así metódicamente por todas las personas relacionadas con el derecho, abogados, juristas, jueces, legisladores, e impregnan las leyes, instituciones y sentencias, puede estimarse que, al menos en lo que respecta a sus condiciones jurídicas, ellas están dadas para que de verdad rijan en una sociedad.

Pero, al mismo tiempo, hay que destacar que una educación jurídica metódica de los miembros de una sociedad, en particular de quienes están más directamente vinculados a la generación, desarrollo y aplicación del derecho, basada en el principio de que el respeto de los derechos humanos es su directriz central e irremplazable, ofrece todas las posibilidades para que los derechos humanos, en sus diversas repercusiones, se reafirmen como un auténtico patrimonio cultural. En la historia de los países de nuestro continente hay numerosos hitos, que no es del caso detallar ahora, que manifiestan una vocación arraigada y autóctona hacia los valores que se expresan modernamente en los derechos humanos. Pero tal vocación, como se comprueba en el presente artículo, no ha logrado impregnar metódica y cabalmente las estructuras jurídicas de nuestros países, expresándose principalmente sólo en la forma de postulados constitucionales —que luego la ley contradice de manera significativa. Con todo, es también esa misma vocación colectiva la que brinda la oportunidad de dar real sustento y coherencia cultural a un programa de reforma de nuestros regímenes jurídicos para adecuarlos mejor a los derechos humanos.

En lo que concierne a sus aspectos jurídicos, hay que dar pasos muy precisos para lograr el objetivo de asimilar en profundidad los derechos humanos. En particular, se requiere que los distintos especialistas del derecho, los asuman *desde la perspectiva específica de cada una de las ramas jurídicas*. Esto quiere decir que para una asimilación aceptable de los derechos humanos en su versión interna ni siquiera es suficiente la creación de cátedras especializadas en la materia. Con ser estas últimas necesarias y urgentes, no bastan para que un estudiante asimile en su plenitud la repercusión de los derechos humanos en el orden jurídico interno. Es necesario todavía que cada una de las ramas especializadas del derecho, esto es, el derecho penal, el derecho laboral, el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho económico, etc., asimilen desde sus perspectivas específicas la cuestión de los derechos humanos. Sólo cuando esta asimilación se haya hecho sistemáticamente, puede decirse que la educación jurídica consiguiente ha logrado el nivel requerido en materia de derechos humanos. Sin embargo, y nuevamente, conviene enfatizar que aquí está justamente la particular eficacia de los derechos humanos, ya que tienen una potencialidad y una naturaleza que los hace penetrar en la totalidad de las ramas jurídicas, de modo que cada una de ellas los entiende desde la perspectiva general de los principios del derecho pero a la vez también desde sus supuestos específicos. Esto permite que los derechos humanos sean asimilados como propios por cada especialista del derecho, esté él dedicado al derecho administrativo, al derecho procesal, al derecho laboral, etc., y, en particular, que se entienda que no se trata de un tema exclusivo del derecho internacional reservado a sus especialistas. El efecto que esto tiene para promover la real vigencia de los derechos humanos es decisivo. No cabe dudar, tampoco, del enriquecimiento y raigambre que el tema mismo recibirá con el aporte profundizado que puede hacerse desde la perspectiva particular de cada especialista del derecho.

5. *Las dificultades estructurales para la incorporación de los derechos humanos a los sistemas jurídicos nacionales*

Lo anterior ilustra sobre el camino que debe recorrerse si de verdad quiere lograrse el objetivo de establecer condiciones jurídicas que permitan y favorezcan la vigencia de los derechos humanos. Tal objetivo se presenta, con todo, particularmente difícil cuando se abandona la creencia generalizada sobre las supuestas virtudes de nuestros ordenamientos jurídicos nacionales tradicionales para proteger los derechos humanos, esto es, cuando se cae en la cuenta de cuán imperfecto es lo que tienen para "ofrecer" en este campo —utilizando la expresión citada de la Convención Americana.

Al asumir obligaciones internacionales en relación a los derechos humanos, los Estados contrajeron la obligación implícita, y explícita en algunos casos, de adecuar sus legislaciones internas a los requerimientos de tales derechos. El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece: "Art. 2. Deberes de adoptar disposiciones de derecho

interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1, no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Tal compromiso, según se ha indicado, es concordante y viene exigido por otra parte, por postulados fundamentales de los ordenamientos internos mismos de esos Estados. Este doble imperativo, internacional e interno, no se ha cumplido, como se expresa, con la formalidad y amplitud que urge. Es posible, por otra parte, que se suponga que la tarea es más fácil de lo que realmente es; es decir, que se piense que los diversos regímenes jurídicos nacionales están básicamente preparados para alojar dentro de sí las elaboraciones modernas de los derechos humanos, debiendo soportar para ello sólo algunas modificaciones accidentales. Esto sería así sólo bajo dos condiciones: que los derechos humanos fueran una cuestión adjetiva o colateral que no afecta al nervio mismo del orden jurídico, o que los ordenamientos nacionales estuviesen estructurados en torno a los derechos humanos como elemento cardinal de ellos.

Ninguna de las dos condiciones señaladas, es verdadera: la incorporación sistemática de los derechos humanos en un orden jurídico tiene efectos profundos y amplios para éste, mientras los ordenamientos legales internos de los países latinoamericanos se definen por valores algunos de los cuales no se concilian con los derechos humanos. No es posible, en consecuencia, lograr el objetivo de establecer condiciones jurídicas internas que permitan y favorezcan la vigencia de los derechos humanos, si previamente no se cuenta con un diagnóstico acertado y completo sobre la naturaleza y características de los regímenes jurídicos nacionales en América desde el punto de vista de su reconocimiento o desconocimiento de los derechos humanos. Sólo este diagnóstico podrá orientar acerca de las reformas a que haya que someter a los regímenes jurídicos para lograr que los derechos humanos lleguen a ser pieza central de ellos. Sin esta crítica jurídica previa de los diversos ordenamientos nacionales, el solo reconocimiento genérico que se haga de los derechos humanos coexistirá en forma contradictoria con normas internas divergentes, sin que se sepa, en definitiva, cual sea la verdadera naturaleza de un tal sistema jurídico y privándose, por supuesto, de una real eficacia a los derechos humanos reconocidos.

6. *Los peligros latentes en los sistemas jurídicos tradicionales frente a los nuevos regímenes surgidos en América Latina*

Es necesario aclarar que la crítica que aquí se postula no toma como materia de análisis en primer lugar a los regímenes jurídicos nuevos establecidos por los gobiernos militares en el continente. Estos regímenes ju-

rídicos, naturalmente, contradicen abiertamente a los derechos humanos, por lo que no es posible que dentro de ellos pueda reformarse el sistema y crear condiciones jurídicas favorables a los derechos humanos, puesto que tal cosa implicaría la cesación de esos regímenes y gobiernos. Además, mientras muchas normas impuestas por los nuevos gobiernos están integradas por disposiciones que son calificadas por estos mismos como excepcionales y transitorias, una parte importante del derecho tradicional establecido se mantiene en vigor. Es este último la materia de análisis que interesa, pues, a la presente investigación, pues sólo a su respecto se presenta la posibilidad de una reforma que, manteniéndolo en vigor, lo adecúe en aspectos más o menos significativos a los requerimientos de los derechos humanos.

Sin embargo, la alusión aquí a los regímenes jurídicos nuevos impuestos por los gobiernos militares es pertinente, ya que ilustra, y en forma dramática, la relevancia que puede llegar a tener la existencia de un régimen jurídico adecuado, con la consiguiente educación jurídica que genera, para el respeto efectivo de los derechos humanos en una sociedad determinada. El rompimiento del orden democrático en una sociedad, en efecto, como la dictación posterior de leyes excepcionales atentatorias contra los derechos fundamentales de la persona humana, se facilitan si las leyes tradicionales no son lo suficientemente explícitas y vigorosas en su protección de esos derechos o, aún, si en algunos aspectos ellas mismas los desconocen o contradicen. Es posible que la incalificable tolerancia que la opinión pública de ciertos países ha demostrado hacia las violaciones de los derechos humanos dentro de los mismos, tenga aquí una de sus raíces.

Aunque se tenga muy en claro, en consecuencia, que el advenimiento de los gobiernos militares ha significado un quiebre profundo y una alteración cualitativa del orden jurídico que les ha precedido, ello no implica que la nueva sensibilidad jurídica despertada precisamente por el rechazo radical a estos sistemas, no revierta sobre el derecho precedente para examinarlo también desde el nivel de esa nueva conciencia jurídica surgida. Una experiencia nacional traumática y sin precedentes puede, ciertamente, despertar una visión jurídica más lúcida hacia determinados valores, que la existente en una situación anterior, en la que no se sospechaba la presencia en el orden jurídico de ciertos peligros, latentes al menos, para la vigencia de esos valores.

Si en el examen que se haga, pues, se descubrieran en efecto aspectos significativos del orden tradicional que desconocen o aún contradicen los derechos humanos, se haría patente la fragilidad de ese orden frente a tendencias, radicales o no, que propugnarán el desconocimiento de los derechos humanos. Más aún, si los aspectos negativos a este respecto de un determinado orden jurídico tradicional fuesen suficientemente significativos, habría que reconocer que desde él mismo se alimenta una tendencia peligrosa para el respeto de los derechos humanos, que se manifestará en la educación jurídica y en los criterios de la opinión pública. No puede

desconocerse, por otra parte, que una crítica que a la luz de los principios de los derechos humanos alcanza hasta al orden jurídico tradicional, prueba su consecuencia con tales principios y escaparía a una eventual pretensión de que ellos se invocan sólo como una forma ocasional de rebatir a los nuevos regímenes.

Estos aspectos negativos del orden jurídico tradicional existen, en efecto, como lo han revelado ya los primeros pasos de la investigación de que forma parte el presente artículo y que se detallan más adelante. Ellos deben ser exhibidos y separados metódicamente, para su análisis prolijo. Desde luego, revelan las dificultades objetivas de los Estados para adecuar sus ordenamientos jurídicos a los principios de los derechos humanos, como asimismo evidencian que la efectiva incorporación de éstos a los sistemas nacionales no se obtiene mediante su mero reconocimiento genérico si es que a la vez no se procede a la derogación y reforma de esos aspectos contradictorios.

Sólo un régimen legal que haya expulsado de sí mismo sus aspectos inconciliables con los derechos humanos puede adquirir la coherencia imprescindible para constituirse en el conjunto de condiciones jurídicas que permitan y favorezcan la real vigencia de esos derechos. Pero, al revés, con la misma claridad debe comprenderse que mientras existan en un determinado sistema jurídico tales elementos negativos, ellos dificultan o impiden la vigencia de aquellos derechos, siendo peligros latentes o atentados explícitos contra el orden democrático dentro del cual subsisten y al que contradicen. Es por ello que no sólo en los países del continente hoy día afectados por el quiebre de sus sistemas democráticos es imperativo considerar profundas reformas jurídicas, sino que las naciones hoy democráticas, ante una tal experiencia que incluyó aún a países particularmente estables, serían temerarias si no asumen como una de las tareas urgentes para fortalecer sus sistemas la adecuación metódica de sus ordenamientos jurídicos al principio capital del respeto a la dignidad de la persona humana y sus derechos inalienables. La obligación internacional de los Estados de respetar los derechos humanos unida al postulado inherente de los órdenes legales internos que exigen lo mismo, no son suficientes, en suma, para calificar íntegramente el estado actual de la ley al respecto en nuestros países. Si aquellos dos imperativos están llamados a ser los dominantes en un Estado democrático, deben aún recorrer un largo trecho para llegar realmente a ser tal, para lo cual necesitan probar que son capaces de ejercer un metódico efecto transformador sobre aquellos aspectos de la ley que los ignoran o contradicen. Si en el orden jurídico la democracia se expresa y asegura por el reconocimiento sistemático de los derechos humanos, nuestros regímenes tradicionales de derecho en algunos aspectos son democracias jurídicas defectuosas, frágiles y hasta peligrosas.

7. La crítica jurídica como antecedente metodológico de una reforma jurídica

Desde el punto de vista de los derechos humanos, en suma, los regímenes jurídicos tradicionales de América Latina tienen un carácter dual o bifronte: en un aspecto, postulan y protegen estos derechos; en otro, en cambio, los desconocen y hasta conculcan. Si se quiere alcanzar la meta de crear concisiones jurídicas operantes que favorezcan la vigencia de estos derechos, debe emprenderse la gran tarea de reformar esos regímenes; pero esto no es posible hacerse con coherencia si previamente no se identifican con claridad y en toda su extensión los dos aspectos señalados en la totalidad de las ramas jurídicas.

Esta tarea de investigación previa debiera tener, por de pronto, un efecto educativo importante para que los distintos juristas dentro de sus especialidades asimilen la repercusión de los derechos humanos y dejen de considerar que ellos interesan con rigor sólo a los expertos en derecho internacional. Este efecto educativo y de difusión de los derechos humanos debe llegar a ser tanto más significativo si se organiza metódicamente la tarea investigadora que debe desarrollarse, a una escala continental, de modo que los distintos juristas y centros de investigación nacionales se alimenten mutuamente con su labor. Naturalmente que la tarea llevará al planteamiento de cuestiones centrales de derecho para cada una de las ramas jurídicas, e incluso es posible que a reformulaciones importantes de problemas doctrinarios insuficientemente resueltos a la luz de los derechos humanos; pero todo esto, además de destacar una vez más el papel educativo del proceso que se sugiere, será justamente una prueba de que estos valores están siendo incorporados de verdad al lugar preeminente que les corresponde en un estado de derecho genuino y a la altura de los tiempos.

En el presente artículo, se adelanta esta labor investigadora identificándose ciertos caracteres particularmente negativos para la vigencia de los derechos humanos en los regímenes jurídicos tradicionales. Su presentación conjunta revela la existencia en nuestros estados de derecho de tendencias generales contrarias a los derechos humanos y, por tanto, comprueban la gravedad del problema que se anticipa en este artículo. La exposición se hará mediante un examen del derecho tradicional chileno, pero su pauta debe reproducirse análogamente en los otros ordenamientos del continente, ya que con seguridad muchas de las cuestiones que se presentan similarmente en los demás ordenamientos tradicionales. Este examen y sus consideraciones anejas deben servir, pues, para los diversos juristas e investigadores, como una guía concreta y elaborada del tipo de interrogantes que debe proyectarse sobre los diversos órdenes jurídicos nacionales.

En particular, hay que someter a los distintos órdenes jurídicos a una pregunta fundamental: ¿cómo reaccionan internamente ante las violaciones a los derechos humanos? Por derechos humanos se entiende en este contexto, para empezar, las garantías fundamentales que para las personas cada

una de las Constituciones consagra. ¿Qué hace el ordenamiento jurídico cuando se atenta contra esos derechos básicos garantizados en la Constitución; cómo los protege? La determinación de la protección real que un régimen jurídico dé a esos derechos y, en particular, la reacción precisa que prevea para el evento de su violación, definirá cual es el grado efectivo en que los valora. Más aún, si ocurre que la protección en definitiva no es tal, sino que, por ejemplo, en el caso en que sean los funcionarios públicos los que atenten en su contra, se prevean ciertos mecanismos legales para impedir su castigo, resulta que en última instancia no se les protege sino que se les subordina formalmente a otros criterios legales. Un sistema jurídico así sería intrínsecamente contradictorio, ya que mientras la Constitución aseguraría la vigencia de los derechos básicos, la ley establecería mecanismos para que se les desconozca —con lo que la última sería, en todo caso, inconstitucional.

La investigación de la que forma parte el presente artículo, demuestra que esto es lo que ocurre, en efecto, en nuestros sistemas jurídicos, lo que aquí se ejemplificará en el régimen tradicional chileno. Ello es así porque se trata de ordenamientos estructurados bajo nociones y criterios jurídicos que pugnan entre sí. Se verá, en particular, hasta qué punto el criterio dominante de la ley resulta ser la defensa de la autoridad, aún a costa de la protección de la dignidad de la persona humana y sus derechos inalienables. En los casos que se van a examinar, podrá observarse de qué manera la ley positiva chilena proclama reiteradamente que los derechos de la autoridad son superiores y anteriores a los de la persona humana, esto es, el postulado exactamente contrario al de los derechos humanos.

Mientras un régimen jurídico identifique y agote su concepto de *orden público* con el de *estabilidad del gobierno*, no ha asimilado los principios de los derechos humanos y seguramente contendrá numerosas disposiciones atentatorias contra éstos. Una de las tareas capitales que a este respecto se presenta por delante para guiar una reforma legislativa es la elaboración de un concepto adecuado de orden público que incluya como parte esencial suya no sólo la seguridad de los gobiernos ante atentados de la población sino que la seguridad de las poblaciones frente a atentados de los gobiernos y sus representantes oficiales.* En otras palabras, debe entenderse que la vigencia de los derechos humanos es una parte integrante e irreductible del debido orden público en un Estado. Pero los sistemas tradicionales, como se verá, no han vacilado en sacrificarlos en manos de la autoridad y sus intereses subjetivos, con lo que no defienden un auténtico orden público general, sino que consagran un verdadero autoritarismo legal.

* Ver, sobre el particular, el libro "La Seguridad del Estado y los Derechos Humanos" de Hernán Montealegre K., Ed. Academia de Humanismo Cristiano, Santiago de Chile, 1979; en particular, la Introducción y págs. 717 a 741. En este libro se elabora sistemáticamente la tesis de que un gobierno se convierte en un peligro para el orden público mismo cuando incurre en una violación reiterada de los derechos humanos.

*La desprotección interna de los derechos humanos en el derecho penal y en el derecho constitucional*1. *La importación de la sanción penal a las violaciones de los derechos humanos*

El compromiso con los derechos humanos por parte de un Estado, en el nivel normativo, debe reflejarse en forma consecuente en toda la legislación. No basta que los derechos de la persona se proclamen en las Constituciones de los Estados ni que éstas contemplen normas destinadas a establecer el estado de derecho. Ni siquiera es suficiente que se consagren normas internas genéricas que establezcan la primacía de la ley internacional sobre la nacional en caso de conflicto en materia de derechos humanos. Todas estas previsiones pueden resultar, a la postre, inútiles si la legislación nacional no contempla mecanismos internos efectivos de protección de esos derechos y si, en general, no los incorpora sustantivamente en sus diversos aspectos.

Especial importancia tienen, naturalmente, las disposiciones legales prevista por el ordenamiento jurídico para el caso de violación de los derechos humanos, puesto que no tendría sentido alguno proclamar determinados derechos que pudieran ser desconocidos con impunidad o cuya lesión no estuviera sancionada adecuadamente. El examen de tales disposiciones resulta revelador de la importancia real que un ordenamiento jurídico asigna a los derechos del hombre.

Dentro de las disposiciones aludidas, las de mayor trascendencia son las de carácter penal, ya que la violación de los derechos humanos constituye, en los casos más graves, otras tantas formas de delito castigadas por la ley. El derecho penal tiene por objeto prestar el amparo más eficaz que es capaz el orden jurídico —a través de la amenaza y de la imposición efectiva del castigo, en su caso—, a los bienes jurídicos vitales de una sociedad determinada, cuya violación resulta insoportable para el orden social. De ahí que el examen de las penas asignadas a los distintos delitos refleja la trascendencia que la ley acuerda a esos valores, como, asimismo, el orden jerárquico que establece entre ellos.

El problema específico de la violación de los derechos humanos se presenta en el caso en que el atropello es perpetrado por funcionarios públicos que obran como tales, esto es, como agentes del Estado y en su representación. Así lo ha entendido también el Código Penal Chileno, el que destina un párrafo especial (Título III del Libro II, Párrafo 4º, "De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución") donde se tipifica y sanciona esta clase de atentados en contra de los derechos humanos.

Es evidente que una autoridad estable es una parte esencial del orden público, pero ella no se asegura previendo que pueda ignorar los derechos inalienables de la población o incluso atentar impunemente contra ellos. Por el contrario, el significado mismo de lo que es la autoridad a la luz de un adecuado concepto de estado de derecho está esencialmente ligado a su función de defensa y promoción de los derechos humanos de la comunidad sobre la que ejerce su poder. Esto quiere decir que la autoridad deja de ser tal en la misma medida en que no cumpla esta función, con lo que se ubica al margen del orden público rectamente entendido.

Tampoco parece acertado considerar, como se hace en otras situaciones legales que van a examinarse, que la estabilidad de un gobierno requiere que los atentados que sus funcionarios cometan contra los derechos básicos de la persona humana sean tratados benignamente, mientras los mismos atentados se sancionan con mucha mayor severidad cuando los ejecutan simples particulares. Al contrario, son la autoridad y sus funcionarios públicos, los que, en defensa del propio principio de autoridad, están primeramente obligados dentro de un Estado a respetar los derechos humanos garantizados por una Constitución. Este es otro aspecto negativo de los órdenes jurídicos tradicionales, que se comprueba en situaciones como la de privación ilegal de libertad de una persona. Si ésta, en efecto, es provocada por un particular, se la califica a través de las severas normas del secuestro, mientras que si es causada por un funcionario público se la califica mucho más benignamente como una detención ilegítima. Las proyecciones de esta concepción, ciertamente no sospechadas al ser establecida, encuentra hoy una dramática resonancia en los numerosos casos de desapariciones de personas en América Latina en manos de funcionarios públicos ante los que no prospera la acusación de secuestro. Ciertos gobernantes, por otra parte, han exacerbado definitivamente estas concepciones al considerar que en nombre de la defensa de la autoridad pueden disponer como les plazca de los derechos fundamentales de la persona humana.

Los antecedentes jurídicos del orden tradicional que aquí se señalan no han provocado, ciertamente, las nuevas situaciones. Pero una concepción adecuada de los requerimientos de un estado de derecho a la luz de los derechos humanos no puede dejar de señalar, luego de la experiencia vivida, el peligro latente, desde luego como factor educativo y formativo de una opinión pública errada, de ciertas normas de los ordenamientos tradicionales.

La crítica y la reforma de tales caracteres negativos deberá contribuir a la formación de la apropiada y unánime opinión pública que se requiere urgentemente en la materia.

Se llevará a cabo también, en este artículo, un análisis crítico de otras situaciones pertinentes, como la evaluación diversa que hace la ley del maltrato de obra de un particular a un funcionario público, frente a las violencias que éste último ejerce sobre un particular, ya que considera las últimas mucho más benignamente.

Como se observa, el legislador ha previsto, con rigor, el evento de la violación de los derechos humanos, creando al efecto un estatuto penal especial para los funcionarios públicos responsables del mismo. El sistema legal sustrae, pues, a las violaciones delictuales de los derechos humanos, de la sanción de las normas penales generales, aplicables a los particulares que atentan igualmente en contra de los derechos garantizados por la Constitución. De ahí que revista el máximo interés de dicho estatuto especial aplicable a los funcionarios públicos infractores, a fin de determinar la importancia real que la ley atribuye a los derechos de las personas cuando son atropellados por los agentes del Estado y para conocer los principios en que se funda la represión penal de estas infracciones. Dicho examen permitirá establecer si el ordenamiento jurídico, en este caso el chileno, se funda verdaderamente en el respeto de los derechos de la persona humana expresamente por la ley para detener personas. Además, es preciso que la detención se realice con motivo del ejercicio de dichas facultades, esto es,

y si les presta o no una protección suficiente que se condiga con la trascendencia de los mismos, de modo que pueda afirmarse que es efectivo lo que proclama la Constitución en orden a que ella asegura a todos los habitantes determinados derechos inalienables. A continuación se hará referencia a las principales figuras delictivas contempladas por la ley como infracciones específicas de los derechos humanos.

2. *La discriminación en la protección penal de la libertad personal; los delitos de detención ilegal y de secuestro*

El primer artículo del párrafo citado (art. 148) tipifica la detención ilegal, el principal de estos delitos tanto por la importancia del bien jurídico afectado (la libertad personal; y en las hipótesis agravadas, los más importantes intereses y derechos de la víctima, incluidas la vida y la integridad corporal), cuanto porque, como se verá, el tratamiento que la ley da a este hecho punible revela cuál es la posición general del sistema jurídico en materia de derechos humanos.

El delito de detención ilegal consiste en una arbitraria privación de libertad personal cometida por un funcionario público que abusa de sus funciones. El sujeto activo debe ser, pues, un funcionario público que obra como tal, en el desempeño de su cargo, si bien ejerciendo sus funciones en forma desviada; esto es, actuando fuera de los términos legales. Sólo pueden ser sujetos activos de este delito los funcionarios públicos facultados dentro de la esfera de las atribuciones del funcionario, pero abusando de las mismas. Es este último elemento el que permite distinguir una detención ilegal de una legal. Por otra parte, si falta cualquiera de los requisitos indicados que deben concurrir en el sujeto activo, el delito será de secuestro y no de detención ilegal.

Sólo podrá hablarse de detención ilegal, entonces, en aquellos casos en que la privación de la libertad sea ejecutada por razones institucionales, en los términos indicados. Dicho en otra forma, en la perspectiva en que la tipifica el Código Penal, la detención ilegal es un acto del Estado.

Resulta del mayor interés comparar la figura de la detención ilegal con la del secuestro, en la cual el sujeto activo es un particular —comprendiendo en esta categoría también a los funcionarios públicos en quienes no concurren las exigencias del tipo de la detención ilegal. En ambos delitos la acción incriminada es la misma (privar a otro de su libertad personal), como idéntico es también el bien jurídico lesionado. La diferencia entre uno y otro delito radica en la calidad del sujeto activo: un particular en el secuestro; un empleado público que obra como tal en la detención ilegal.

Del examen de la penalidad asignada a estas dos infracciones se desprende que el legislador ha valorado de diferente manera la privación de la libertad personal en uno y otro caso, estimándola más grave cuando el ataque a la misma ha sido perpetrado por un particular que cuando ha provenido de un empleado público. Esta circunstancia constituye una notable alteración de los principios penales, que el mismo legislador, por otra parte, se ha encargado de establecer, ya que, en el caso de la detención ilegal, la calidad de funcionario público que reviste el sujeto activo actúa como una atenuante muy calificada en su favor. Pero el hecho de prevalecer el culpable de su carácter público constituye una circunstancia agravante de responsabilidad criminal aplicable de manera general, en principio, a todos los delitos. Es este criterio el que aparece invertido en el caso de la detención ilegal y, en general, respecto de todas las figuras delictivas contempladas en el párrafo aludido, en el que se describen y sancionan las violaciones a los derechos de la persona humana cometidas por empleados públicos.

La pena corporal de la acción básica, para empezar, (esto es, la sola privación de la libertad) tiene una duración superior en el secuestro que en la detención ilegal (61 días a cinco años en el primer caso; 61 días a tres años en el segundo). Pero es, sin duda, en las hipótesis agravadas de secuestro y detención ilegal donde resalta notoriamente la diferente valoración que ha hecho la ley de ambas situaciones.

La detención ilegal es agravada si ella excede de 30 días, sancionándose con las penas de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados máximos (tres años y un día a cinco años). Este tratamiento penal resulta extraordinariamente benevolente si se lo compara con el que se dispensa a las hipótesis de secuestro agravado. En efecto, en el secuestro se contemplan dos causales y no una sola de agravación de la figura simple, que hacen subir la pena corporal de 61 días a cinco años (figura simple) a presidio mayor en cualquiera de sus grados: cinco años y un día a veinte años. Las causas de agravación son estas dos: prolongación del encierro o detención por más de 90 días o daño grave en la persona o intereses del detenido, que sean un resultado de la privación de la libertad.

En la detención ilegal sólo se considera como agravación el tiempo que se prolongue la detención, con los limitados efectos que se producen sobre el aumento de la penalidad, lo que queda de manifiesto con el siguiente ejemplo: una detención ilegal que exceda de 90 días sólo puede sancionarse con un máximo de cinco años de cárcel, en tanto que un secuestro que dure ese mismo tiempo puede llegar a ser castigado hasta con 20 años de presidio. Por otra parte, el daño grave aludido, en la persona o intereses del detenido, que agrava el secuestro simple, no está considerado como un caso especial de agravación de la detención ilegal.

La última circunstancia apuntada no es en modo alguno superflua. Si bien es cierto que en caso de producirse algún daño grave para la persona o intereses de la víctima de la detención ilegal, el mismo *podrá* ser sancionado (se verá que ello no es forzoso, como en el secuestro, donde rigen otras reglas para la imputación de dicho daño grave) conforme con las disposiciones generales (tipos legales de homicidio y de lesiones, por ejemplo), las penas serán en todo caso menores que las que correspondería aplicar de haber sobrevenido daño grave durante el secuestro. Es más, el daño grave producido, por ejemplo, en la persona de la víctima (su muerte o lesiones graves, mutilaciones) podrá imputarse a los responsables de la detención ilegal, a título de homicidio o lesiones, sólo en el caso en que dicho daño grave se deba al dolo o culpa de éstos.

En el secuestro, en cambio, se han abandonado por el legislador los principios sobre exigencias subjetivas que deben concurrir en el sujeto activo (obrar con dolo o culpa), en el caso de producirse un daño grave para la persona o intereses del secuestrado. Dicho daño grave es imputable *siempre* a los culpables del secuestro, aunque no haya sido buscado o previsto por ellos. Se trata, como lo reconoce unánimemente la doctrina penal comparada, de un caso muy excepcional de responsabilidad objetiva o delito calificado por el resultado. Se exige aquí el dolo sólo respecto a la figura base (esto es, el encierro o detención del ofendido), poniendo la ley de cuenta de los hechos los resultados producidos, aunque el daño grave no esté vinculado mediante dolo o culpa con las acciones de los secuestrados.

En el análisis del secuestro, pues, se revela que la ley considera que el solo hecho de realizar la acción de encerrar o detener a otro, contra su voluntad, es de suyo peligrosa y conlleva múltiples posibilidades de riesgos para la víctima. El hechor debe asumir, pues, todas las consecuencias de su acción, con exclusión únicamente de aquellas que de todos modos se habrían producido aún en el caso de haberse encontrado en libertad el secuestrado. El secuestrador se transforma, por la fuerza de las cosas, en el guardián de la víctima y debe, mientras dure el cautiverio, proveer a su cuidado y sustento y velar en todas las formas por su persona e intereses.

Resulta incomprensible, en consecuencia, que la ley, en el caso en que la privación de la libertad personal se deba a la acción delictual de

funcionarios públicos que obran como tales, desvalorice dicho bien jurídico, en comparación con la protección que le acuerda al mismo en el evento de un ataque cometido por particulares. Pero el alcance de esta inadecuada discriminación, que contradice flagrantemente la proclamación de la Carta Fundamental de asegurar a todos los habitantes, entre otros derechos, la libertad personal (puesto que justamente en los casos en que las violaciones son perpetradas por el Estado mismo, la protección penal es mínima e insuficiente), es preciso captarla en toda su trascendencia. En verdad, además de sancionarse menos severamente la privación ilegal de la libertad personal cometida por funcionarios públicos, es la propia persona del ofendido y sus intereses más vitales los que resultan desprotegidos en esos casos.

En concepto de la ley, la vida de la persona detenida ilegalmente por un funcionario público no es apreciada debidamente y desde luego se la valora mucho menos que la del detenido por un particular, toda vez que la muerte de la víctima de un secuestro producida durante el encierro se sanciona en todo caso, y con pena altísima, la ocurrida, en cambio, durante una detención ilegal puede quedar impune (si no es imputable a dolo o culpa de los funcionarios responsables de la detención arbitraria), ser sancionada con una pena bajísima, (si se ha debido a culpa de dichos funcionarios), o castigada como homicidio (en caso de producirse con dolo) con una pena de todas maneras menor que la contemplada para el secuestro agravado. Idéntica reflexión cabe hacer respecto a la protección penal de la integridad corporal del contenido en uno y otro caso.

Los demás intereses del ofendido, fuera ya del ámbito de su seguridad personal e integridad física, y a los que también cautela eficazmente la figura de secuestro agravado, en caso de sufrir un daño grave, quedan en la práctica del todo desprotegidos penalmente si la detención es obra de un funcionario público. Normalmente la lesión grave de aquellos intereses (cualquiera que sea su naturaleza, puesto que la ley no ha hecho distinción alguna, quedando comprendidos, por tanto, los intereses económicos, familiares, sociales, etc.) no constituirá delito alguno tipificado por la ley. En cambio, el daño grave a los intereses de la víctima de un secuestro es sancionado, según se vio, como secuestro agravado, con presidio de cinco a veinte años.

3. La calidad del agente del Estado como atenuante de responsabilidad criminal en las violaciones a los derechos humanos

Sobre los culpables de la detención ilegal, agentes del Estado, a diferencia de lo que ocurre en el secuestro, no pesa de una manera especial la obligación de cuidado de la víctima (su persona e intereses), por entero desvalida y a disposición de sus captores y guardianes. Lo grave en esta concepción es que es la propia intervención del Estado, en la detención ilegal, la que coloca a los derechos fundamentales de la víctima en una situación desmedrada ante la ley penal, cuando no en franca indefensión.

No es posible conciliar este criterio con la proclamación de tales derechos como anteriores y superiores al Estado.

El abandono por parte del legislador penal de un principio capital de esta rama del derecho, cual es el de la mayor responsabilidad que tiene el funcionario público que abusa de su cargo en la comisión de un delito público que abusa de su cargo en la comisión de un delito (y que emana de la doble circunstancia de prevalerse de esa condición, con lo que adquiere una posición de superioridad sobre la víctima, y de atentar, no sólo en contra de los derechos de esta última, sino que además en contra del prestigio y majestad de la función pública y de la administración), es especialmente censurable en el caso de las detenciones ilegales. Es justo en casos como estos, en los cuales la víctima queda por entero a disposición del funcionario abusador —quien con todos los recursos del Estado para mantener al detenido privado de su libertad por mucho tiempo (el propio art. 148 se pone en la situación de que el arresto o la detención se prolonguen por más de 30 días, caso en el cual, como se vio, las penas son subidas en forma casi imperceptible)—, que se aprecian con particular intensidad las razones de justicia material que han determinado la agravación de la responsabilidad de los funcionarios públicos que se prevalecen de ese carácter para cometer el delito.

El hecho de que la calidad pública del agente de una detención ilegal no sólo no opere como una agravante sino que lo haga sorprendentemente como una muy calificada circunstancia atenuante de su responsabilidad criminal, implica una contradicción grave del sistema legal. Esto es tanto más alarmante si la contradicción la admite el sistema justo cuando están en juego los derechos fundamentales de la persona humana frente a los intereses del Estado. No puede un orden jurídico revelar con más elocuencia su defectuoso y escaso aprecio por los derechos humanos si para subordinarlos a los intereses de la autoridad no vacila en recurrir en fundamentales contradicciones con sus propios principios categóricamente establecidos.

En épocas de normal funcionamiento de las instituciones democráticas, tal vez no se perciba en todo su significado la gravedad que reviste la situación descrita. Difícil resulta que en ellas se generalice el abuso del poder del Estado al extremo de recurrir ilegítimamente, como instrumento de sus políticas, a las detenciones ilegales de los opositores o disidentes. En cambio, dicha gravedad se aprecia en toda su magnitud en épocas de crisis para la democracia, en las que el poder es ejercido por gobiernos autoritarios o totalitarios que practican habitual y masivamente detenciones ilegales con su secuela de torturas, asesinatos y desaparecimiento de personas, las cuales no pueden ser contrarrestadas adecuadamente con las figuras delictivas previstas para esas violaciones de derechos fundamentales.

El régimen penal de la detención ilegal, en suma, al no fundarse de verdad en el respeto a la libertad personal, sino que, por el contrario,

al dejar este valor en una situación precaria frente a los atentados de los funcionarios del Estado, contiene en germen los elementos que pueden llevar a toda suerte de abusos por parte de regímenes no democráticos.

El examen de las normas legales destinadas a proteger la libertad de la persona conduce a una conclusión paradójica: el deber de su respeto es mayor para los particulares que para la autoridad, en circunstancias de que la función esencial de esta última es la de asegurar los derechos de las personas. Este es justamente el sentido de la garantía constitucional. No puede decirse, en verdad, que el Estado cumpla con el deber que tiene de asegurar a todos los habitantes determinados derechos y libertades, si llegada la hora de sancionar sus violaciones prevé un estatuto penal privilegiado para sus propios agentes.

4. *La discriminación en la protección penal de la integridad personal: los delitos de maltrato de obra y de violencias innecesarias*

La distinta valoración que la ley hace de la integridad corporal e incluso de la vida misma de las víctimas de una detención arbitraria, según quién sea el culpable (funcionario público o particular), se descubre también en otras situaciones legales. Especial interés revisten al respecto los delitos de violencias innecesarias y de maltrato de obra a carabineros, contemplados en el Código de Justicia Militar.

En ambos delitos la acción inculpada consiste en la violencia sobre la persona de la víctima, graduándose la pena de acuerdo con el resultado producido: muerte, lesiones de distinta gravedad, o sin causar lesiones, hipótesis que se equipara a la producción de lesiones leves. La diferencia radica en la calidad de los sujetos activos y pasivos de ambas infracciones. El hechor, en las violencias innecesarias, es un militar que actúa con motivo de ejecutar una orden superior o en el ejercicio de sus funciones militares. En el maltrato de obra, en cambio, el sujeto activo es un particular. Por su parte, el ofendido, en el primer caso, es un particular, en tanto que en el segundo lo es un carabiniere que actúa en el ejercicio de sus funciones de guardador del orden y seguridad públicos.

Llama poderosamente la atención el hecho de que, no obstante describir estos dos tipos legales una misma acción básica, atentatoria del mismo bien jurídico fundamental (vida o integridad corporal) las penas sean tan diversas en una u otra situación. En las violencias innecesarias, cuyo sujeto activo es un militar y cuya víctima es un particular, la pena, en caso de causar la muerte, es la de presidio de cinco años y un día a 15 años. En cambio, en el maltrato de obra realizado por un particular en contra de un carabiniere que actúa en el ejercicio de sus funciones, la pena, si sobreviene la muerte, es de presidio de 15 años (cómo mínimo) a muerte.

La circunstancia de que, en el maltrato de obra, el ofendido sea un carabinero que actúa en el ejercicio de sus funciones de guardador del orden y seguridad públicos, no explica, satisfactoriamente la enorme desproporción de las penas en las infracciones examinadas. Es cierto, que, además de la vida, existe la ofensa a esos otros bienes jurídicos (orden y seguridad públicos), por lo cual el contenido de injusto de la acción no se agota aquí en el atentado contra la vida o la integridad corporal, sino que claramente lo excede. Sin embargo, lo mismo, desde otra perspectiva, ocurre en el delito de violencias innecesarias. En efecto, también aquí el desvalor de la acción trasciende la sola ofensa de la vida o integridad corporal, en atención no ya a la calidad de la víctima, sino que al carácter del culpable, "un militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar". Este delito, ubicado dentro del título relativo a las infracciones contra los deberes y el honor militares, está concebido de manera explícita como un abuso de autoridad.

En los dos delitos, en consecuencia, existe un *plus* (en relación con el atentado fundamental contra la vida o la integridad corporal), de similar significado negativo para el derecho. La calidad del ofendido, en un caso, que explica la mayor severidad del legislador, se encuentra compensada por la calidad del sujeto activo, en el otro, que abusa de su autoridad, ejerciendo violencias innecesarias sobre un particular indefenso y a su disposición. Por consiguiente, las penas debieran ser similares. En cambio, se hace ostensible el criterio de la ley en orden a sancionar drásticamente toda manifestación de atropello del orden y seguridad públicos, y a apreciar, por el contrario, con benevolencia los crímenes perpetrados por la autoridad o sus agentes en contra de los derechos de las personas. Esto convierte la calidad de funcionario público, una vez más, en una verdadera circunstancia atenuante de responsabilidad criminal. Sintomáticamente, no se percibe que un abuso de la autoridad que afecte a derechos fundamentales de la persona, es por excelencia también un problema de orden público, ante el que el derecho debe reaccionar con energía.

Una demostración de que las dos situaciones examinadas debieran tener una valoración negativa semejante, se encuentra en el art. 12 del Código Penal, que al referirse a las circunstancias agravantes de respon-

El N° 13 de esta disposición, en efecto, contempla como circunstancia agravante el ejecutar el delito "en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones", mientras el N° 18 del precepto reitera la misma idea al agravar la responsabilidad si el hecho se ejecuta con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad o autoridad mereciere el ofendido. Este es, en definitiva, el *plus* aludido anteriormente, que concurre en el delito de maltrato de obra a carabineros. Por su parte, el N° 8 del art. 12 citado considera circunstancia agravante el hecho de "prevalerse del carácter público que tenga el culpable". Ella

está relacionada especialmente, en el caso de un militar, con otras dos circunstancias agravantes contempladas en la misma disposición: la N° 16, consistente en abusar el delincuente de la superioridad de sus fuerzas o de las armas, en términos que el ofendido no pudiese defenderse con probabilidades de repeler la ofensa, y la del N° 11, ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad. Sabilidad criminal las equipara en principio.

Como se ha señalado, el propio Código de Justicia Militar considera el delito de violencias innecesarias como un abuso de autoridad que compromete el honor y los deberes militares. No hay duda que, en el caso de las violencias innecesarias, el culpable se prevalece de su carácter público, circunstancia ésta que confiere al atentado contra la vida o la integridad corporal de la víctima una gravedad objetivo del todo semejante a la que se da en el delito de maltrato de obra. En ambos casos el contenido del injusto es similar, en cuanto está constituido básicamente por la ofensa a los mismos bienes jurídicos (vida o integridad corporal), concurrendo en las dos situaciones circunstancias agravatorias de un significado negativo equivalente. En un caso se atraca a la autoridad; en el otro, es esta última la que, mediante el abuso, desvirtúa la función pública. En definitiva, la autoridad siempre recibe una ofensa, desde distintos puntos de vista, en las dos infracciones mencionadas.

Es evidente que el derecho persigue el respeto a la autoridad; pero es igualmente evidente que esto es así en el entendido de que la autoridad represente debidamente al derecho, esto es, que obre conforme a la ley. Si el funcionario público trasciende sus atribuciones cometiendo delito, ofende el sentido mismo de la autoridad, tanto o más que el particular que atenta contra ella.

5. *La insuficiente sanción penal a los atentados de la autoridad contra los derechos humanos que sustentan el orden democrático*

Igual discriminación en favor de los funcionarios públicos se comprueba en la deficiente protección penal que la ley brinda a los otros derechos que, además de la libertad, la vida y la integridad física, proclama la Carta Fundamental.

Así, la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y en general de los papeles privados de una persona, es apreciada de distinto modo por el legislador, según quién sea el autor de la infracción. Si bien las penas corporales impuestas son equivalentes (reclusión mínima de 61 días que puede llegar a tres años), ocurre que en el evento de ser el infractor un funcionario público, la ley establece, como pena alternativa a la reclusión, la de suspensión del empleo. En cambio, al particular siempre deberá imponérsele pena corporal. El funcionario puede ser sólo sancionado con la suspensión del empleo. Como se aprecia, al igual que lo que ocurre con la

libertad personal, el legislador relativiza un derecho que, por otra parte, se proclama como inalienable, anterior y superior al Estado.

El eventual celo por la justicia que pudiera animar al funcionario infractor no es suficiente justificación del trato penal benigno que se le dispensa. En efecto, tal circunstancia está prevista por la ley como una atenuante más, que no tiene por sí sola el poder de rebajar la pena asignada al delito. En seguida, el delito de violación de correspondencia por parte de los empleados públicos está concebido en términos generales, susceptibles de comprender cualquier caso, sin que, desde luego, se exija un móvil especial al hechor. Por otra parte, no es aceptable que se presuma en todo caso la concurrencia del referido propósito de obrar por celo de la justicia. Finalmente, hasta la propia redacción de la figura delictiva, que de dos maneras diversas enfatiza la ilegalidad de la actuación del sujeto activo ("abusando de su oficio" y "a no ser en los casos y formas que prescriben las leyes"), dificulta la posibilidad de que en un caso determinado pudiera estimarse que el funcionario violador ha actuado por celo de la justicia. En todo caso, como se ha visto, se trataría de una situación excepcional que no permite establecer una presunción general que justifique la existencia de este verdadero tipo legal privilegiado.

La protección penal prestada a derechos tan importantes como el de opinión e información, reunión, asociación, petición, libertad de trabajo o industria, es también muy deficiente. Baste señalar que el atentado en contra de esos derechos cometidos por funcionarios públicos está sancionado sólo con penas de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio. Sólo en el caso, actualmente inexistente en la práctica, de que el funcionario preste servicios gratuitos, la pena es de reclusión de 61 a 540 días o multa. De manera, pues, que la violación de los derechos mencionados no está sancionada con pena corporal (salvo la situación excepcional vista, pero en cuyo caso existe pena alternativa de multa), sino que sólo con la suspensión del empleo. Basta reparar en que los derechos aludidos (opinión, reunión, asociación, etc.) son los cimientos mismos sobre los que se construye el orden democrático, para advertir que la gravedad que implica su violación no guarda relación alguna con las bajísimas penas que se imponen a los funcionarios públicos culpables de estos delitos. Para decir lo menos, la educación jurídica que se recibe a través de estas normas no alerta al estudiante ni a la opinión pública, ni mucho menos al gobierno y a sus funcionarios, hacia los valores esenciales de la democracia.

Es perentorio destacar aquí —aunque sólo sea en la forma de anticipación un análisis sistemático que se hará en el curso de la investigación de que forma parte el presente artículo—, el criterio unilateral de la ley para la defensa del orden democrático. A través de normas drásticas, detalladas y amplias (en el Código Penal, en el Código de Justicia Militar y en la Ley de Seguridad del Estado), se sanciona múltiples conductas de los particulares que atentan contra tal orden. En cambio, prácticamente no se concibe que la autoridad misma y sus agentes pueden poner en peligro el

sistema democrático. Pero es justo en los delitos de la autoridad contra los derechos humanos, que se patentiza tal potencialidad negativa de un gobierno.

El error de fondo del criterio legal tradicional parece estar en la identificación que hace entre el orden público, del que forma parte el sistema democrático, y los intereses del gobierno. En tal perspectiva, todo lo que favorece al gobierno redundaría en un beneficio para el orden público y la democracia, mientras todo lo que afecte sus intereses subjetivos, daña en la misma medida al orden público. Esta identificación oscurece decisivamente la posibilidad de concebir que el gobierno pueda atentar contra ese orden. Pero en cuanto se repara en que un recto concepto de orden público no hace de éste un artificio para encubrir sin condiciones a los gobernantes, sino que se trata de un bien que pertenece a la *sociedad como un todo*, a cuyo servicio está el gobierno, se supera la arbitrariedad de poner a los gobernantes al margen de la posibilidad de atentar en su contra. La objetividad esencial de un verdadero estado de derecho, alerta a éste hacia todo atentado contra el orden público y democrático, sancionándolos con análogo rigor, sea que provengan de los particulares o del gobierno y sus agentes.

6. Los derechos humanos a disposición del Estado

Hay que insistir en que los delitos de que se trata implican acciones que el empleado público ejecuta en su carácter de tal, esto es, son un abuso del cargo o función pública, que se lleva a cabo "arbitrariamente". Ello tiene por objeto llamar la atención hacia el hecho de que si bien toda conducta punible debe ser arbitraria (esto es, sin derecho), en este tipo de actuaciones funcionarias debe examinarse con particular cuidado la ilicitud de la acción, puesto que se trata de conductas que son susceptibles de ser realizadas legítimamente, y, más aún, ello será con seguridad la regla general. El tipo legal se configura, pues, a partir de una actuación funcionaria conocida como ilegal. A pesar de esto, como se ha visto, se la castiga con mucha benevolencia.

Los delitos examinados envuelven un conflicto de intereses entre la autoridad del Estado y los derechos fundamentales de las personas, que la ley resuelve unilateralmente a favor de la primera, no obstante que se trata de acciones ejecutadas por agentes suyos de manera arbitraria. Se reitera así la apreciación de cómo el precepto constitucional en virtud del cual se asegura a los habitantes el ejercicio de derechos inalienables, anteriores y superiores al Estado, queda incumplido, al no prestarse suficiente protección penal para el evento de su violación. Los derechos mencionados, lejos de estar asegurados, quedan en la práctica a disposición del Estado.

El art. 161 del Código Penal, que cierra el párrafo de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Cons-

titución, contiene una disposición que reviste gran interés para el análisis que se hace aquí sobre estas infracciones, en cuanto confirma, desde otro punto de vista, los criterios legislativos en la materia. De acuerdo con la disposición citada, "cuando para llevar a efecto alguno de los delitos enunciados, se hubiere falsificado o supuesto la firma de un funcionario público, los autores y los que maliciosa o fraudulentamente hubieren usado de la falsificación o suposición, serán castigados con presidio menor en su grado máximo" (3 años y un día a cinco años), sin perjuicio, naturalmente, de las penas que puedan corresponder por los delitos mismos ejecutados.

Como se aprecia, el precepto se ocupa de la violación de los derechos constitucionales cometida por particulares que se valen de un medio especial, a saber, el uso malicioso o fraudulento de la falsificación o suposición de la firma de un funcionario público. El bien jurídico afectado es el mismo que en el caso de cometerse las violaciones por funcionarios públicos: los derechos garantidos en la Constitución. Lo que varía es la calidad del sujeto activo y el medio empleado en la realización del hecho: prevalerse de la calidad de funcionario público, abusando de su cargo, en un caso, y falsificar o suponer la firma de un funcionario, en el segundo. Ambos medios parecen, por lo menos, igualmente reprobables y de un similar contenido antijurídico. Falsificar la firma de un funcionario público con el fin de atentar contra de los derechos constitucionales de las personas no parece sustancialmente más grave que cometer directamente el funcionario la misma infracción, prevaleciéndose de la posición y de las oportunidades que le da el cargo del cual abusa. El atentado a la fe pública que se da en el primer caso es equivalente a la preservación del sentido mismo de la función de la autoridad en el segundo, sobre todo si se considera que no se trata sino de distintos medios usados con el fin de conseguir el mismo resultado.

Con todo, pese a ser ambas situaciones equiparables, la ley las valora de manera por completo diversa: al funcionario prácticamente no lo castiga; al particular, en cambio, lo castiga con una pena corporal elevada, superior a la que le correspondería por la sola falsificación. Se ratifica así el criterio de considerar en estos casos al funcionario infractor revestido de una atenuante muy calificada, capaz de disminuir el castigo hasta hacerlo casi desaparecer en muchos casos. Contrariamente a lo que sostiene la Constitución, al expresar que ella asegura los derechos de la persona humana, lo que de verdad ocurre es que dichos derechos quedan en la máxima inseguridad precisamente en los casos en que el atentado a los mismos es perpetrado por la autoridad o sus agentes. Esto implica una desvalorización legal de aquellos derechos, y sorprendentemente a través de una desnaturalización de la función misma de la autoridad, cuyo último fundamento, como se ha expresado, radica justo en su deber de velar por el respeto de los derechos mencionados.

Los criterios legislativos que se exhiben ignoran el hecho de que la mayor amenaza para los derechos de la persona, y esto es en particular evi-

de la Facultad de Derecho

dente en épocas de crisis para la democracia, pueden provenir justamente de la autoridad, la cual puede ver, en el ejercicio de esos derechos, un riesgo para su estabilidad o permanencia en el poder o simplemente para sus intereses, y recurrir, entonces, a su violación, tanto más sistemática y masiva cuanto más el autoritarismo se aproxime a la dictadura. Esos criterios contradicen el sentido mismo de las garantías constitucionales de ser una valla infranqueable para la autoridad.

La ley penal protege de una manera adecuada los derechos constitucionales sólo de los atentados de los particulares. Es decir, interviene con eficacia cuando se trata de conflictos privados entre personas, en cumplimiento de su función de preservar el orden público afectado por la comisión de delitos en general. La protección de ese orden es indispensable para la propia mantención de la autoridad y del sistema establecido. No se trata necesariamente, entonces, con el castigo severo de los particulares que atentan en contra de los derechos de las personas, de demostrar una plena adhesión a esos valores, sino que de cumplir el Estado su misión de mantenedor de un orden público dentro del que los intereses de la propia autoridad se estiman preeminentes. Si la preocupación por los derechos humanos fuera consistente, no se entendería porqué, cuando la amenaza o la violación de los mismos proviene de la autoridad, dichos derechos quedan prácticamente desprotegidos. Una consecuente adhesión a esos valores es indivisible, y no tan ostensible y elocuentemente discriminatoria.

7. *Las órdenes superiores como eximentes de responsabilidad criminal en las violaciones a los derechos humanos*

De acuerdo con el art. 159 del Código Penal, si el funcionario público que ha cometido alguno de los delitos contra los derechos garantidos por la Constitución ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria, las penas señaladas para tales delitos se aplicarán sólo a los superiores que hayan dado la orden. Si bien se trata de una exención de responsabilidad criminal de carácter general aplicable en toda clase de delitos en que se obre en razón de órdenes superiores —exención que de por sí plantea un problema cardinal en la perspectiva de los derechos humanos—, llama la atención que sea justamente en relación con los delitos cometidos por los funcionarios públicos en contra de los derechos humanos que el legislador se haya preocupado de acentuar en forma expresa y directa tal circunstancia. Esta advertencia, —innecesaria, en rigor, debido a la existencia de la norma general aludida— sólo puede tener por objeto debilitar o anular la natural resistencia del inferior a cometer un delito. Se diría que en esta clase de infracciones lo que se pretende es que las decisiones de la autoridad que afectan a los derechos de las personas se ejecuten sin tropiezos, y que no se vean frustradas por la eventual reticencia de algún funcionario no demasiado dispuesto a atropellar aquellos derechos.

La disposición revela, además, otro aspecto significativo de estos delitos, al sugerir que normalmente la violación de los derechos humanos implicará la participación en diferentes niveles, de diversos funcionarios. La sola insistencia en la exención por obediencia debida, lo que supone radicar la responsabilidad exclusivamente en el superior, evidencia el carácter oficial del atentado en contra de los derechos de las personas. Se está en presencia, pues, de formales actos de Estado. Por la misma razón, queda en evidencia que no se tratará normalmente de actos improvisados o precipitados de los inferiores (aunque estas últimas situaciones tampoco están excluidas), sino que, por el contrario, de decisiones tomadas deliberadamente y en las que se persiste, no obstante la conciencia que se tiene de estar ejecutando un ataque ilegal en contra de los derechos humanos (la exención del inferior implicará con frecuencia la representación al superior de la ilegalidad del acto y la insistencia de este último).

Debe destacarse muy especialmente el hecho de que la impunidad del inferior cubre, en la ley que se analiza, incluso el delito de tormentos, aunque de estos deriven lesiones o la muerte del torturado.

Una última observación es aquí pertinente acerca de la protección penal de los derechos humanos. Llama la atención que, siendo, por esencia, los delitos en contra de los derechos humanos, delitos en contra de las personas, no hayan sido siquiera sugeridos en los títulos que llevan tal denominación en los Códigos Penales. La necesidad de reparar esta paradoja, en una nueva sistemática de las figuras penales, anticipa los múltiples cambios e innovaciones que corresponde hacer, en este caso en el derecho penal, a la luz de los derechos humanos sustantivamente incorporados a la legislación interna.

8. *El control político de las violaciones a los derechos humanos*

La importancia de los derechos humanos es, objetivamente, de tal trascendencia para las personas, para *todas* las personas, que no resulta aceptable, si de veras se quiere protegerlos, graduar la sanción criminal de acuerdo con la calidad del transgresor (funcionario público o particular) o con el motivo del acto criminal (razones de Estado o privadas). La importancia objetiva a que se alude impide realizar tales discriminaciones, las que sólo redundan en perjuicio de dichos derechos; ella exige, por el contrario, por lo menos la aplicación uniforme de la ley penal, cuando no un tratamiento más severo para el funcionario público delincuente, independientemente de las razones que hayan determinado la comisión del delito (por ejemplo, en la hipótesis más favorable para los violadores de los derechos humanos, un mal entendido exceso de celo en el deber de mantener el orden público).

Pero el sistema legal que se viene exponiendo, en lo que concierne a la protección penal de los derechos constitucionales, se funda además

en criterios distintos al de la represión criminal, los distintos mecanismos de control de los actos de la autoridad existentes en las democracias parlamentarias, que son de carácter político a los que se estima suficientes para disuadir de la comisión de estos delitos, y, en todo caso, más eficaces que el castigo criminal. Aparte de la sanción de la opinión pública, no desdeñable en un sistema donde la generación de las autoridades se realiza a través del sufragio universal y donde prevalece un más o menos irrestricto derecho de expresión e información, existen mecanismos de control de carácter político-jurídico; en especial, la acusación constitucional en contra de los más elevados personeros del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, y con ser importantes dichos medios de fiscalización, no parece que sean suficientes para lograr un adecuado amparo legal de los bienes jurídicos vulnerados en estos delitos. Aun desde el punto de vista solamente de la política criminal, el supuesto al parecer implícito del sistema que se expone no es verdadero. En efecto, no es cierto que la sola sanción política, o la amenaza de la misma, para los más altos funcionarios públicos, contribuya más eficazmente a la prevención general y especial de estos delitos que el castigo criminal de carácter corporal, similar o aun más grave que el contemplado para los particulares que atenten en contra de los derechos mencionados. A esto debe añadirse que, en el régimen de las democracias parlamentarias del tipo de las existentes en Chile hasta septiembre de 1973, la imposición de cualquier sanción política quedaba entregada al juego de las mayorías, de donde se sigue que no existía seguridad alguna de que en definitiva se impusiera. Cualquier arreglo político era suficiente para evitarla; así, consideraciones eventualmente subalternas y, en todo caso, de menor entidad que la protección de los valores esenciales de la persona humana, determinaban la ausencia de toda sanción jurídica, ya que la posibilidad misma de la acción criminal sólo surgía en el caso de acoger el Senado la acusación interpuesta por la Cámara de Diputados. Tal es, al menos, el sistema institucional previsto en la ley.

No se seguíere en el presente artículo que, de hecho, se haya incurrido tradicionalmente en violaciones abundantes de los derechos humanos que luego se encubrían con los mecanismos que se describen. Por el contrario, si esto justamente no ocurrió, quiere decir que los contrapesos extrajurídicos del sistema, y particularmente políticos, eran lo suficientemente sanos y vigorosos como para impedir que las tendencias negativas inscritas en el sistema institucional se actualizaran significativamente. El presente artículo, como se ha advertido, se mantiene en el nivel de análisis de los principios que inspiran y sustentan las instituciones tradicionales, sin que se haga en él aun una apreciación sobre la forma en que se hayan puesto en práctica. La determinación de la potencialidad negativa o positiva de un sistema institucional para el debido respeto a los derechos humanos es un asunto que tiene una importancia de por sí y que es previa a su consideración histórica. Con todo, hay que tener en cuenta que el hecho de que no se hayan provocado violaciones significativas a los derechos humanos bajo un sistema institucional que incluye aspectos potencialmente negativos al

respecto, no significa que no se hayan producido otras consecuencias dañinas menos ostensibles, entre las que debe incluirse la pérdida de una oportunidad valiosa para educar debidamente a la opinión pública en el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

Un examen del sistema político institucional vigente en Chile hasta el 11 de septiembre de 1973 muestra que se preveía en él que las violaciones de los derechos humanos, en el caso que tuvieran la connotación de ser medidas represivas contra los opositores al gobierno, quedarán generalmente impunes. En tales situaciones, en particular si se trataba de medidas de grave trascendencia social, el responsable de las mismas era el Ministro del Interior, quien debía ser previamente desaforado por el Parlamento para poder perseguirse su responsabilidad criminal (arts. 39 y 42 de la Constitución). De acuerdo con el último de estos artículos, el Senado resolvía como jurado y se limitaba a declarar si el acusado era o no culpable del *delito o abuso de poder* que se le imputaba. Como, por otra parte, según se señaló, se establece la exención de responsabilidad criminal para los funcionarios públicos que hayan obrado por orden de sus superiores en la ejecución de delitos atentatorios contra los derechos garantizados por la Constitución, se comprende que, en el caso de medidas de carácter delictivo ordenadas por el jefe del gobierno interior, estos hechos punibles quedarán impunes, a menos, naturalmente, de obtenerse una alianza política opositora al gobierno muy difícil de lograr en la práctica.

No es admisible, desde luego, que la sanción por la grave violación de bienes jurídicos fundamentales quede entregada al evento de que el gobierno pierda respaldo en el parlamento. Un gobierno que contara con apoyo político suficiente dispondría, de antemano, de una licencia para delinquir, en particular, contra los derechos humanos. Se trata de una singular fuente de exención de responsabilidad criminal.

9. *Los derechos humanos de las minorías institucionalmente supeditados a los intereses políticos de las mayorías*

De acuerdo con la lógica del supuesto anterior, las víctimas de esos delitos —imposibles, en la práctica, de ser sancionados—, eran miembros de las minorías políticas, en la defensa de cuyos derechos no estarían interesadas las mayorías parlamentarias. Esto significa que tal sistema jurídico es ineficiente en la protección de los derechos de las minorías, toda vez que ellos podrían ser desconocidos, aún por la vía criminal, sin que dichas violaciones pudieran sancionarse. Tal sistema no cumple, curiosamente, con el fundamento de la doctrina democrática liberal, bajo cuya inspiración existe, y que era, precisamente, el de defender a las minorías de los abusos de las mayorías. Pero en tal régimen jurídico, los derechos de las personas están subordinados a la razón de Estado.

El sistema político institucional resulta ser un reflejo, de carácter más general, de la situación penal examinada: en caso de conflicto entre los intereses de la autoridad y los derechos de las personas, prevalecen aquellos. Las consideraciones políticas en orden a mantener la estabilidad institucional privan por sobre la dignidad de la persona humana. Así, por ejemplo, si la admisión de una acusación constitucional en contra de altos personeros del gobierno puede debilitar a éste, difícilmente se dará lugar a ella. El sistema examinado, al convertir una cuestión delictual en un problema político, hace perder de vista la índole criminal del hecho y los valores afectados por esos delitos. Vale más, en esa perspectiva, la conveniencia política, que la persona humana —con la aclaración de que es el propio sistema el que crea las condiciones para que la alternativa se plantee en esos términos. Al desplazar los delitos al campo de la alta política, las acusaciones constitucionales motivadas en violaciones de derechos humanos podrán ser eventualmente transadas en atención a consideraciones subalternas. En cambio, si primara simplemente el claro principio (que se supone consustancial al estado de derecho: las autoridades responden por sus actos al igual que los gobernados) de que los delitos deben ser castigados aunque los cometan los agentes del Estado, el asunto desde un comienzo estaría ubicado en sus términos reales y no se haría de él un problema político.

El sistema institucional examinado repercute negativamente en toda la sociedad. El tiende a que el gobierno y los sectores que lo apoyan (incluidos sus aliados ocasionales) se solidaricen con un delito y busquen justificarlo, todo ello en detrimento del valor de la persona humana y de la conciencia colectiva sobre el mismo. Tales procedimientos tienen un efecto irradiador en la opinión pública; su percepción del asunto (la violación de los derechos humanos) será la misma que la de los círculos políticos y parlamentarios, lo que significa que por razones de conveniencia política se sacrificaría los derechos inalienables de la persona humana.

De acuerdo a esto, el sistema político institucional se funda, según la ley, en los intereses de la mayoría, a los cuales se supeditan los derechos básicos de las minorías. Pero los intereses de esas mayorías, en nombre de las cuales se desconocen los derechos humanos, no se fundan en valores, sino, como se ha dicho, en conveniencias políticas del momento: es un turno a ellas que se obtendrán las mayorías parlamentarias necesarias para rechazar acusaciones constitucionales por violación de las garantías constitucionales que, de acogerse, podrían poner en peligro la continuidad de un gobierno.

La conclusión que se extrae de lo anterior es que el sistema seguramente es eficaz en orden a resguardar dicha continuidad o estabilidad del gobierno, mas no para proteger y promover el respeto por los derechos de la persona y su dignidad esencial. Es igualmente claro que se trata de una estabilidad que no se funda en valores permanentes sino en otras consideraciones subalternas y ocasionales. Una estabilidad institucional así

concebida es incompleta, lo que implica que es parcialmente inestable. No se resguardan debidamente todos los derechos fundamentales en juego para lograr que la seguridad jurídica sea un patrimonio objetivo e inviolable de la sociedad como un todo, si se convierte este problema en una cuestión que definirá contingentemente sólo una parte de la sociedad, aunque mayoritaria, según su conveniencia circunstancial.

10. *La posibilidad institucional del encubrimiento de las violaciones gubernamentales a los derechos humanos*

La gravedad de lo anterior radica en que es el propio sistema institucional el que prevé la necesidad de que, por razones políticas, el gobierno deba recurrir a la comisión de delitos contra los derechos humanos, para lo cual crea los mecanismos jurídico-institucionales que dificultan cuando no imposibilitan la sanción de esos atropellos. Es el propio sistema, pues, el que nace asociado a la idea de la violación de los derechos humanos, por las dos razones fundamentales que aquí se han expuesto: al considerar la ley como menos graves las lesiones a los derechos humanos que provienen de la autoridad que las que provocan los particulares, mientras en los casos más significativos, cuando las violaciones emanan de órdenes impartidas desde el más alto nivel del Estado, se requiere de un juicio político previo como condición para un procesamiento criminal. Esto significa, en última instancia, que es conciben mecanismos para que una violación de derechos humanos, por relevante que sea, pueda quedar del todo impune: los inferiores se eximirán por haber recibido órdenes superiores, mientras los más altos representantes del gobierno buscarán amparo en un juicio político que les será tanto más favorable según el mayor apoyo parlamentario que usualmente puede manipular un gobierno. Todo esto implica prever la posibilidad de un encubrimiento institucional de la violación de los derechos humanos que lleve a cabo un gobierno. La contradicción es notable con un texto constitucional que a la vez proclama la vigencia inexorable de los derechos humanos para todos los habitantes de la República.

Es necesario observar que la falta adecuada de sanción para el evento de violaciones de derechos humanos, que puede llevar a que, como resultado de los mecanismos constitucionales del juicio político, no se castigue de ningún modo dichas infracciones (esto es, ni penal ni políticamente), constituye una desprotección permanente de los derechos básicos de las personas, o en otras palabras, es una condición estructural que favorece la vulneración de esos derechos. En último análisis, se dispone siempre, por parte del gobierno, de una verdadera "facultad" de abuso en contra de los derechos constitucionales. Esto es una prerrogativa más del gobierno, posiblemente más eficaz en razón de su misma permanencia, que las facultades excepcionales de las que goza durante los regímenes de emergencia.

La situación es tanto más inaceptable si se considera que el gobierno cuenta con mecanismos legales suficientes para la mantención del orden público y preservación de la seguridad interior. Distintas leyes (Código Penal, Código de Justicia Militar y Ley de Seguridad del Estado) protegen la estabilidad institucional en sus diversos aspectos y en forma muy completa. Lo mismo cabe decir de las facultades excepcionales que se confieren a la autoridad en el caso de verdaderas emergencias, que le permiten restringir o suspender importantes derechos de las personas. No puede suponerse, pues, que la autoridad se vea compelida, a falta de instrumentos legales adecuados y por celo del cumplimiento de su deber, a lesionar los derechos humanos para preservar el orden público.

11. *Una revisión del concepto de orden público*

Una breve consideración en torno al concepto de orden público en el que se fundamenta la ley tradicional puede ser pertinente como reflexión final del presente artículo, a la vez que como anticipación de un problema central que debe ser estudiado sistemáticamente en el curso de la investigación aludida.

Pareciera que lo que interesa por sobre todo al régimen tradicional es el dotar a la autoridad de cualesquiera facultades que sean eficaces para preservar una estabilidad institucional y un orden público que, por otra parte, en virtud de razones en las que no es del caso adentrar ahora, se reducen a las necesidades de la *seguridad interior*. El sentido de este último concepto, a su vez, se lo entiende referido exclusivamente a asegurar la estabilidad, continuidad y eficacia del propio gobierno. Son estas últimas necesidades, en definitiva, las que interesan predominantemente al régimen jurídico tradicional, ante las que debe ceder toda otra consideración, incluyendo el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana.

Planteadas así las cosas, el régimen tradicional supone una oposición entre dos términos: los intereses de la autoridad, por una parte, y los intereses de los particulares, por otra. El conflicto así formulado lo resuelve entonces el orden jurídico a favor de la autoridad, con lo cual entendiéndose estar protegiendo el "orden público". Pero es el presupuesto básico de este concepto de orden público, a saber, que la autoridad y los particulares se definen por intereses sustantivos opuestos, el que resulta cuestionable. Además, la atribución del concepto de orden público a la esfera de intereses de la autoridad, y no de la sociedad en su conjunto, parece igualmente cuestionable. Ambas posiciones del orden jurídico tradicional deben someterse a una crítica metódica y a su reforma legislativa correspondiente.

La relación básica entre la autoridad y la sociedad no puede concebirse como conflictiva, sino, al contrario, como armónica. Los fines de la