

EL INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y LA GESTIÓN DE SU AUCTORITAS

Raúl Letelier Wartenberg¹

“For a hungry person, positive and justiciable rights to food are to be sure better than abstract rights that are not justiciable: but those who know how to grow, harvest, store and cook food are more useful, and having the food is better still”.

ONORA O’NEILL²

Una vez implementado el Instituto Nacional de Derechos Humanos, cabe preguntarse acerca del espacio que este servicio ocupará en el entramado de órganos públicos con intereses en materia de derechos humanos. La forma en que este servicio se organizará, su actuación en procesos judiciales y la respuesta que entregue a algunos temas claves en esta materia serán vitales para la gestión de su auctoritas. De la posición que el Instituto adopte en estas materias derivará el fuerte o feble asentamiento de esta nueva institucionalidad en la sociedad civil.

Introducción

La tercera ola democratizadora nos dejó, entre muchas otras cosas, un fuerte reencantamiento con los Derechos Humanos. Las vejaciones y atropellos a estos derechos básicos desarrollados de manera sistemática por los gobiernos autoritarios que aparecieron en la segunda mitad del siglo XX y las tortuosas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, sembraron la desconfianza en los instrumentos legales –bajo los cuales aquellas infracciones se habían realizado– y renovaron las confianzas en derechos supraleales a cuyo amparo, suponemos, no será jamás posible repetir aquellas experiencias.

En esta nueva etapa, el rol de los tribunales se hizo más protagónico y las cortes constitucionales crecieron en competencias y relevancia. Ello ha

¹ Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Alberto Hurtado. Email: rleletier@uahurtado.cl.

² O’Neill, Onora, “The Dark Side of Human Rights”, en *International Affairs*, vol. 81, 2, (Blackwell) 2005, p. 427 y ss.

ocurrido, paradójicamente, pese a que el papel de los tribunales de justicia en muchas de la dictaduras latinoamericanas –incluida la nuestra– fue lamentable en lo que se refiere a la protección de aquellos derechos. La “sincronía” del poder judicial con el régimen fue patente y la colaboración entre ambos poderes se encuentra ampliamente estudiada³.

Al interior de este proceso de reconstrucción de la fuerza de los derechos humanos es que aparece, en instrumentos y discursos de diversos actores sociales, la necesidad de contar con una institución estable en materia de protección de Derechos Humanos.

Al mismo tiempo, el impacto a nivel mundial que dejaron los caídos gobiernos autoritarios provocó una especie de conciencia global en la generación de tratados, en la implementación efectiva de otros ya existentes y en la construcción de una institucionalidad supranacional que vigilase el cumplimiento de aquellos hoy más preciados derechos humanos. Rápidamente, entonces, comenzó a desarrollarse una presión internacional en todos los países –especialmente en los más infractores– por implementar más y mejores políticas públicas en la promoción y protección de aquellos derechos.

En lo que se refiere a la creación de instituciones de protección de estos derechos, una reunión desarrollada en octubre de 1991 entre diversas organizaciones nacionales bajo el auspicio de Naciones Unidas implicó un verdadero punto de inflexión. En dicha reunión se acordaron los llamados “Principios de París” (en adelante PP), los que por primera vez entregaron lineamientos internacionales para “tomarse en serio” este tipo de organizaciones. Hasta antes de esos principios, la formación de aquellas oficinas se había desarrollado de manera inorgánica, sin muchas facultades y con un rodaje permanente. Cuatro áreas temáticas fueron abordados por los PP, a saber: las competencias y responsabilidades de estas instituciones, su composición e independencia, los métodos de operación y una descripción de su rol procesal y de órgano de conciliación⁴.

En el caso chileno, nuestro retraso en el retorno a la democracia provocó que la institucionalidad pensada para proteger los derechos humanos se asociara en un comienzo no tanto al cumplimiento de los fines de los PP como

3 Así, Hunneus, Carlos, *El régimen de Pinochet*, 2° ed., (Ed. Sudamericana) 2002, p. 108 y ss. Del mismo modo, ver Cap IV del *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*. Sobre la opinión de la Corte Suprema acerca de estos hechos, ver “Respuesta de la Corte Suprema al Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”, en *Estudios Públicos*, 42, (Centro de Estudios Públicos) 1991, p. 237 y ss.

4 Ver Guiloff, Matías, “Instituciones nacionales de Derechos Humanos”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*, (Universidad Diego Portales) 2008, p. 543 y ss.

a servir más bien a los programas que cada uno de los primeros gobiernos democráticos podían construir “en la medida de lo posible” en materia de protección a los derechos humanos.

En ese sentido es que, a comienzos de 1990, se crea la llamada Comisión de Verdad y Reconciliación, cuyo objetivo, de acuerdo al decreto que la creó, fue “contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos, cometidas en los últimos años, sea en el país o en el extranjero, si estas últimas tienen relación con el Estado de Chile o con la vida política nacional, con el fin de colaborar a la reconciliación de todos los chilenos y sin perjuicio de los procedimientos judiciales a que puedan dar lugar tales hechos”. Dicha comisión, que en verdad tuvo una misión principalmente de investigación de infracciones, incorporó en su informe importantes recomendaciones para mejorar el tratamiento de los derechos humanos en nuestra sociedad. Ya en esa fecha, la Comisión abogaba por la “creación de una institución cuya función sea la promoción y protección de los derechos humanos”⁵.

Pretendiendo cumplir, al menos en parte, con aquella petición, se creó, mediante la promulgación de la Ley 19.123, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. A dicha Comisión se le otorgó la naturaleza de servicio público descentralizado, pero sometido a la supervigilancia del Presidente de la República. No obstante, en la misma ley se fijó su rápida extinción, a ocurrir a 24 meses desde la publicación de la ley. “Transcurrido este plazo [dice la ley] se extinguirá por su sólo ministerio”⁶.

En 1997, una vez terminada la vigencia de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y quedando todavía situaciones no aclaradas en materia de detenidos desaparecidos, se creó, mediante el DS N° 1005 del Ministerio del Interior, un Programa de continuación de la Ley 19.123 comúnmente conocido como Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior⁷. Junto a este programa, la Oficina de Derechos Humanos de la Corporación de Asistencia Judicial jugó un rol vital en la representación judicial de los derechos de las personas afectadas ante las instancias judiciales respectivas.

En agosto de 2003, el Presidente Ricardo Lagos presentó su propuesta en materia de Derechos Humanos: *No hay mañana sin ayer*. En dicho documento

5 El Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación puede verse en *Estudios Públicos*, 41, (Centro de Estudios Públicos) 1991, p. 293 y ss.

6 El Presidente puede, no obstante, prorrogar su vigencia por un plazo no superior a 12 meses.

7 Sobre este programa, ver Guilloff, Matías, op. cit., p. 546 y ss.

se propuso directamente la creación de un Instituto Nacional de Derechos Humanos, planteado como continuador legal de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y del Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior.

Producto de este compromiso, paralelamente a la creación del referido Instituto, nació la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, establecida en noviembre de 2003 como órgano asesor del Presidente de la República. Tal como su nombre lo indica, ella se enfocó principalmente en la individualización de las personas que sufrieron privación de libertad y tortura. Si bien esta Comisión también respondió a una lógica principalmente investigativa, al igual que su antecesora, sugirió propuestas de reparación. Dentro de las medidas propuestas se encuentra nuevamente la creación del Instituto Nacional de Derechos Humanos. “Dicho Instituto [dice el informe de la Comisión] debiera ser el organismo público que ayude a la sociedad chilena a reflexionar y profundizar en las lecciones del pasado, a impulsar iniciativas que ayuden a ir construyendo una convivencia respetuosa de los derechos de las personas, y a estar alerta frente a eventuales situaciones de discriminación o de violaciones de estos derechos”⁸.

Es así como finalmente la Ley 20.405 –ley redactada casi en su totalidad por el difunto diputado Juan Bustos– creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante INDH). Este Instituto tiene por objeto, como indica de manera expresa el artículo 2 de la referida ley, “la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional”.

Esta institucionalidad nacional de los derechos humanos ha sido seguida de cerca por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Tanto Matías Guilloff⁹ como Alberto Coddou¹⁰, han realizado

8 “También debiera ayudar a continuar la labor destinada a conocer la verdad sobre las violaciones pasadas y obtener justicia respecto de ellas. Debiera también promover el estudio y el desarrollo de buenas prácticas en materia de difusión y promoción de los derechos humanos, así como de resolución pacífica de controversias. Finalmente, debiera hacer el seguimiento de la materialización de las medidas propuestas por esta Comisión”. El *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura* puede verse en *Estudios Públicos*, 97, (Centro de Estudios Públicos), 2005, p. 314 y ss.

9 Guilloff, Matías, op. cit., p. 540 y ss.

10 Coddou, Alberto, “Institucionalidad de Derechos Humanos en Chile”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2010*, (Universidad Diego Portales) 2010, p. 449 y ss.

sendos e interesantes informes sobre la evolución de la institucionalidad de los derechos humanos en Chile. En las líneas que siguen, no haré referencia a este desarrollo –para lo cual me remito a estos trabajos¹¹–, sino que me centraré en tres puntos que considero relevantes en la actual institucionalidad establecida con la creación del Instituto. En primer lugar, haré referencia al tipo de organización administrativa elegida para esta oficina y a las ganancias o pérdidas que se obtienen con ella. Seguido de ello, me referiré al rol del INDH como sujeto procesal. Finalmente, me referiré a tres desafíos que creo deberá enfrentar el INDH en los años venideros. El *leit motiv* de estos tres puntos es la creencia de que en la arena de estas perspectivas –esto es, en su autocomprensión institucional, en la magnitud de su actuación procesal y en la ejecución de determinados desafíos–, se jugará el asentamiento en la sociedad civil del INDH como una institución fuerte y respetada. En ellos, al fin, descansará parte importante de la verdadera gestión de su *auctoritas*.

1. El Instituto como Corporación Autónoma de Derecho Público. Entre autonomía y ausencia de poder

Una de las preocupaciones iniciales y centrales de los PP fue la independencia o autonomía de las instituciones de protección de Derechos Humanos. Esa misma autonomía ha preocupado también de manera constante a la doctrina¹².

Tal como hemos visto, desde que estas comisiones comenzaron a crearse, ellas fueron ubicadas normalmente al alero del gobierno de turno. Ya sea como órgano sujeto a su directa fiscalización o como mera entidad asesora, estas comisiones estaban sujetas a una intervención inmediata del Poder Ejecutivo, hecho que provocaba gran desconfianza al momento de evaluar sus resultados y riesgos posibles. La independencia de estas oficinas ha llegado a concebirse como una precondition para su funcionamiento efectivo y para su credibilidad¹³. Esta necesidad de independencia

11 Además, sobre el desarrollo global de este tipo de institucionalidad, puede verse Pohjolainen, Anna-Elina, *The Evolution of National Human Rights Institutions*, (Danish Institute for Human Rights) 2006; Lindsnaes, Birgit, Lindholt, Lone y Yigen, Kistine, *National Human Rights Institutions*, (Danish Institute for Human Rights) 2001; Kjaerum, Morten, *National Human Rights Institutions Implementing Human Rights*, (Martinus Nijhoff) 2003.

12 Coddou, Alberto, op. cit., p. 466 y ss.

13 International Council on Human Rights Policy, *Performance & Legitimacy: National Human Rights Institutions*, 2a ed., (SADAG) 2004, p. 58.

se debe reflejar tanto en el tipo de composición¹⁴ como en la estabilidad de los miembros en sus cargos¹⁵.

Sin embargo, la forma más importante en virtud de la cual se ha pretendido garantizar esta autonomía se encuentra en la propia configuración de la naturaleza jurídica del INDH. En efecto, tal como indica el artículo 1 de la Ley 20.405, el Instituto asume la forma de una “corporación autónoma de derecho público”. Esta naturaleza jurídica no es algo común en la organización administrativa nacional. Varias razones confluyeron para asignarle al Instituto esta forma. En primer lugar, el origen de este tipo de oficinas tiene como antecedente inmediato dos tipos de organizaciones diversas: por un lado, se asemejan a la estructura de un ombudsman y, por otro, a las comisiones ad hoc que investigaron las principales infracciones a los derechos humanos. La primera organización es fuertemente independiente, pero es parte de su naturaleza la ausencia de potestades públicas en el desarrollo de sus funciones. La segunda, en cambio, posee una independencia bastante precaria, pero se le entregan competencias investigativas de alto impacto. Estos dos antecedentes se han tomado frecuentemente en consideración al momento de pensar la estructura administrativa de los institutos de este tipo, lo que hace que los productos finales tengan normalmente características de uno y otro modelo¹⁶.

En segundo lugar, si algo resulta evidente en la discusión de la ley es la férrea intención de sacar a este organismo de la Administración Pública. El mensaje del proyecto de ley fue enfático al indicar que se intentaba que la Corporación no formara parte de los cuadros orgánicos de la Administración ni que estuviera sujeta a controles jerárquicos, de supervigilancia o de tutela. Hay una intención explícita de evitar el ámbito del derecho administrativo¹⁷ toda vez que, como el mismo mensaje refiere, se le quiere dar flexibilidad operativa a esta institución, cosa que, *a contrario sensu*, el derecho administrativo no provee. Sus trabajadores están sujetos a contratos de trabajo y tienen el

14 Principios de París, B.1.

15 Principios de París, B.3.

16 Ver International Council on Human Rights Policy, op. cit., p. 3. En el mismo sentido, ver Guiloff, Matías, op. cit., p. 540 y ss.

17 Sobre esta tendencia, ver Borrajo I., Ignacio, “El intento de huir del Derecho Administrativo”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78, (Civitas) 1993, pp. 233-249; Martín-Retortillo B., Sebastián “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, 140, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1996, pp. 25-67; Meneguzzo, Marco De la, “New Public Management a la Public Governance: El péndulo de la investigación acerca de la Administración Pública”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, 10, (INAP) 1997, pp. 33-41; Parejo Alfonso, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, (Centro de Estudios Constitucionales) 1991.

carácter de trabajadores del sector privado. Existe flexibilidad presupuestaria y posee una regulación estatutaria que el mismo Instituto se da, aunque aprobada por el Presidente de la República.

Por otra parte, además de rehuir el derecho administrativo, también se ha querido evitar figuras jurídicas como sociedades, fundaciones y ONGs, por lo que se insiste en que la corporación sea “de derecho público” y no simplemente regulada por el derecho privado.

Como puede apreciarse, la forma elegida quiere, a fin de cuentas, esquivarlo todo. Evita el derecho administrativo que, se supone, la encasilla en un entramado de entes administrativos carentes de eficiencia e independencia, y evita también constituirse como una organización meramente privada, ya que ello supondría una infravaloración de los intereses en juego, al ser parte de un servicio que se encontraría en un plano de igualdad con empresas o simples organizaciones particulares.

En último término, me parece que el balance de esta huida general no puede sino arrojar un saldo negativo. La total ausencia de potestades públicas por parte del INDH es, a todas luces, excesiva. En efecto, la intención de privar al INDH de cualquier tipo de poderes públicos estuvo presente en todo el proceso de discusión de la norma de un modo casi majadero¹⁸. El argumento invariable fue ser “respetuoso” con la naturaleza jurídica del órgano en comento, como si cualquier discusión de las facultades estuviese siempre presa de una decisión previa inamovible. La discusión acerca de la obligatoriedad o no de la realización de informes solicitados por el INDH a los servicios públicos es una prueba gráfica de ello. La norma respectiva del proyecto indicaba, respecto a los informes solicitados por el INDH, que “el órgano requerido estará obligado a evacuar dicho informe en el plazo señalado en la solicitud del Instituto”. Tal como se muestra en la Historia de la Ley 20.405, la razón para no incluir esta última oración fue que “por tratarse [el INDH] de una Corporación no puede ejercer potestades públicas, por tanto, no tiene facultades para fijar un plazo a un organismo público para que evacue su informe”¹⁹. Este razonamiento fue acogido por unanimidad por los miembros de la Comisión que discutía el proyecto de ley. Otros actores, al parecer, pensaban que era el carácter de Corporación “de derecho público” el que habilitaba al INDH para ejercer

¹⁸ Ver, por todos, Historia de la Ley N° 20.405, p. 129.

¹⁹ *Ibid.*

potestades públicas. Así, por lo demás, parecía señalarlo el propio mensaje del Ejecutivo²⁰.

No obstante, más allá de la discusión sobre el particular, si se examinan las competencias entregadas al Instituto por la Ley 20.405, se ve con claridad la ausencia total de potestades públicas. Elaboración de informes, comunicación de opiniones, proposición de medidas, proposición de legislación, entre otras competencias, son los tipos de facultades más importantes que se le entregan al Instituto. Su similitud con la organización de una oficina de Ombudsman es evidente. Lo que se quiere, en definitiva, es entregar herramientas de actuación sin coercibilidad. En este estado de cosas, es vital para el INDH posicionarse fuertemente en el debate público –tal como deben hacerlo los defensores del pueblo– y adquirir una legitimación social que le permita rodear a sus decisiones de cierta coacción discursiva. Si no logra hacer esto último, sus decisiones y recomendaciones corren el riesgo de no ser siquiera leídas.

2. El Instituto como sujeto procesal

Una de las normas de mayor interés que incluyó la Ley 20.405 es la inclusión del Instituto como legitimado activo para deducir acciones legales ante los tribunales de justicia en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, indica el artículo 3.5, “además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución”. La representación judicial y extrajudicial, tanto en el ámbito nacional como internacional, le corresponde al Director del Instituto.

En este mismo sentido, la disposición transitoria 10° de la referida ley establece que el Programa de Derechos Humanos del Ministerio de Interior seguirá prestando la asistencia legal y judicial que requieran los familiares de las víctimas a que se refiere el artículo 18 de la ley N° 19.123 para hacer efectivo el derecho que les reconoce el artículo 6° de dicha ley, esto es, el de conocer la ubicación de las personas detenidas desaparecidas como igualmente la de los

20 El problema del ejercicio de potestades públicas fue tal vez una de las principales discusiones jurídicas en la discusión del proyecto de ley. El conflicto podía ser resumido así: si el INDH puede ejercer potestades públicas es entonces un servicio público y como tal requiere una ley de quórum calificado para ser creado. Este conflicto –aunque algo irrelevante por los niveles de acuerdo alcanzados entre las bancadas– motivó la petición de informes en derecho sobre el particular. En este sentido ver los informes en Derecho evacuados por los profesores Francisco Cumplido Cereceda y Enrique Silva Cimma en p. 270 y 271 respectivamente de la Historia de la Ley N° 20.405.

cuerpos de las personas ejecutadas y las circunstancias de dicha desaparición o muerte. En virtud de lo anterior, dicho Programa tendrá la facultad para ejercer todas las acciones legales que sean necesarias, incluidas las de presentar querellas respecto de los delitos de secuestro o desaparición forzada y de homicidio o de ejecución sumaria en su caso.

En materia probatoria, el Instituto será el órgano que guardará y custodiará en depósito los antecedentes reunidos por las diversas comisiones creadas para la investigación y reparación de los Derechos Humanos.

Ante la ausencia de potestades públicas explícitas —y atravesando nuestra cultura jurídica un momento de decidida y constante judicialización de los conflictos de interés social²¹—, la facultad entregada al Instituto de “deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia” puede ser una de las principales herramientas para provocar cambios fuertes en las prácticas privadas y gubernamentales sobre derechos humanos.

Resulta interesante constatar que, a través de la discusión legal, la referida facultad fue ampliándose en su contenido. Si en un primer momento existió discusión acerca del tipo de delitos que podían ser perseguidos o la clase de acciones que el Instituto podía interponer, se optó finalmente por una fórmula genérica que lo habilita para ejercer cualquier tipo de acción que persiga desarrollar sus fines y objetivos. En este sentido, el inciso segundo del número 5 del artículo 3, lejos de ser una norma limitativa de aquella facultad, se encarga simplemente de explicitar tres tipos de acciones que el Instituto puede entablar, a saber: querellas, recursos de protección y amparo. Esto, no obstante, en ningún caso puede interpretarse como una enumeración taxativa de las acciones posibles.

En este estado de cosas, resulta vital que el Instituto pueda habilitar un buen y efectivo sistema de representación procesal para participar de manera activa ya sea como tercero interesado o *amicus curiae* en procesos promovidos por otros o como actor principal en acciones jurídicas ante los tribunales más importantes del país.

21 Ver Couso, Javier, “The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America”, en J. Couso, A. Huneeus y R. Sieder (eds.), *Cultures of Legality*, (Cambridge University Press) 2010, p. 141 y ss.; Shapiro, Martin y Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, (Oxford University Press) 2002; Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, (Oxford University Press) 2000. Para una perspectiva más general, ver Blichner, Lars y Molander, Anders, “Mapping Juridification”, en *European Law Journal*, vol. 14, 1, (Blackwell) 2008, p. 36 y ss.

3. Tres desafíos para el INDH

Instalado el INDH en el marco institucional de la protección de los derechos humanos en Chile, deberá enfrentar los desafíos que su misión le impone. Es posible encontrar muchas de esas metas en su informe anual, que permite ir vislumbrando su autocomprensión institucional²². A propósito de ello, creo que tres problemas resultarán especialmente acuciantes para el trabajo del Instituto al menos en sus tres primeros años:

3.1. Delimitar la promoción y protección de los derechos humanos

El concepto de “derechos humanos” es uno de los términos más ambiguos que posee nuestro actual derecho. Desde una reserva para derechos básicos, pasando por derechos civiles y políticos, hasta derechos marcadamente sociales, todos pueden caer bajo el paraguas de los derechos humanos. La intensidad de la protección puede también variar. Puede entenderse que solo infracciones graves a aquellos derechos son realmente un problema de “derechos humanos”, mientras que regulaciones menores no cabrían en ese contenido. A fin de cuentas, cualquier regulación legal, por menor que sea, en tanto incide en los principales intereses que demanda la vida humana, puede ser reconducida siempre a una problemática de derechos humanos. En definitiva, todo depende de los límites que el usuario de ellos se imponga. En esto, el INDH se enfrenta a dos opciones .

Una primera opción es que el Instituto escoja una visión restrictiva de los derechos humanos, esforzándose por corregir aquellas infracciones donde existe un importante consenso social acerca de su significado y cuya gravedad y especial urgencia demanda acciones concretas y rápidas para revertirlas. El uso de un concepto como este puede reforzar la legitimidad del Instituto y, al mismo tiempo, aumentar la posibilidad de conseguir cambios importantes en el mapa de las decisiones públicas nacionales. La elección anual o bianual de focos de atención puede contribuir, por ejemplo, al desarrollo de una cultura de derechos humanos en el país, para que dejen de ser promesas vacías o solo una retórica atractiva y se conviertan en reglas jurídicas eficaces²³.

Por otra parte, el Instituto puede caer en la atractiva tentación de utilizar un concepto amplio de estos derechos. De asumir esta segunda opción,

22 INDH, *Informe Anual 2010, Situación de los Derechos Humanos en Chile*, (INDH) 2010.

23 Ver Hafner-Burton, Emilie y Tsutsui, Kiyoteru, “Human Rights in Globalizing World: The Paradox of Empty Promises”, en *American Journal of Sociology*, vol 110, 5, (University of Chicago) 2005, p. 1373 y ss.

pretenderá asumir un rol de motor social y de agente vital para el desarrollo futuro de nuestra mejor convivencia. Sin embargo, esta opción posee riesgos inherentes. El primero de ellos es que la protección ilimitada de los múltiples intereses que están en juego en el debate social –y que, como indicamos, pueden ser siempre reconducidos a la forma de los derechos humanos– puede generar un cuestionamiento importante de su legitimidad. En efecto, situar dentro de una lógica de “derechos humanos” problemas vivamente debatidos en la actualidad –como el aborto, el matrimonio homosexual, la eutanasia, distintos sistemas anticonceptivos, etc.–, asumiendo que sus respuestas vienen ya predeterminadas por la apelación a la dignidad o a la libertad, puede dañar seriamente la percepción del Instituto, rebajando su naturaleza a un mero interlocutor social entre muchos otros. Esta igualación con otros agentes u ONGs afectaría gravemente su posicionamiento institucional y su prestigio, siendo este último tal vez el único capital con que cuenta.

Además, la dispersión de su foco de atención hacia muchos tópicos podría atenuar tanto la fuerza del INDH para afrontar los problemas que se propone considerar como el impacto y seguimiento de las soluciones que proponga.

El Instituto parece haber escogido la segunda opción. En efecto, en su primer Informe del año 2010, aborda un cúmulo de materias que excede con creces una versión restrictiva de los derechos humanos. Y, en el presente año –en palabras del propio INDH–, pretende ampliar aun más su esfera de intervención. Es así como indica que “los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos de las personas que viven con alguna discapacidad; los derechos de los y las migrantes; el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el acceso a la justicia y el derecho a un juicio justo, así como la forma en que se ejercen las libertades entre otros, serán objeto de análisis y evaluación el año 2011”²⁴.

En lo que respecta a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, hay una clara preferencia por la inclusión de métodos anticonceptivos de emergencia²⁵, que, según otro custodio de los derechos fundamentales, los contraviene²⁶. Lo mismo ocurre a propósito del aborto, en coincidencia con lo recomendado por el Grupo de Trabajo del Examen Periódico Universal

24 INDH, op. cit., p. 17

25 INDH, op. cit., p. 86.

26 Ver TC, Requerimiento contra el Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud [2008] Rol 740-07-CDS.

(EPU)²⁷, y en sus extensos planteamientos a propósito de las deficiencias en nuestra legislación en materia indígena.

Reconducir todos estos temas a una cuestión de derechos humanos puede dañar una sana democracia procedimental, al mismo tiempo que continuar con una constante y nefasta tendencia a encontrar la solución a nuestros principales problemas sociales en documentos fundacionales, constituciones o tratados internacionales, antes de privilegiar un debate democrático sobre qué medidas concretas debemos tomar para vivir mejor.

3.2. Resolver el problema de las reparaciones en las infracciones a DDHH

En un capítulo especial de su Informe, titulado “Violaciones graves a los derechos humanos”, el Instituto se hace cargo de los principales problemas presentes en este tipo de asuntos. Si bien es cierto que, en algún momento, se pensó que este tipo de materias no cabía dentro de las obligaciones del INDH²⁸, es un hecho que éste ha asumido un rol en ese debate.

En este punto, el INDH confronta un gran desafío para el futuro: el problema de las reparaciones a los afectados. Esta reparación no debe abordarse en los simplistas términos de un mero restablecimiento de la situación de la víctima al momento anterior al ilícito²⁹, sino que debe realizarse dentro del complejo ámbito de la justicia transicional, donde es lícito para los estados determinar fórmulas tasadas de reparaciones que buscan reflejar un compromiso general de la comunidad para con los afectados³⁰.

Desde hace algún tiempo, la Corte Suprema se encuentra inmersa en una encrucijada que nos recuerda aquella afirmación de que en Chile no hay solo una Corte Suprema, sino tantas como salas existen. En efecto, en lo que concierne a las indemnizaciones solicitadas por diversos familiares de detenidos desaparecidos, la sala segunda y tercera se han enfrentado con soluciones diametralmente diversas para casos más o menos idénticos, ocasionando un extraño estado de evidente desigualdad en la resolución de los asuntos judi-

27 INDH, op. cit., p. 87.

28 En efecto, indicaba el ministro Viera Gallo: “parece fundamental mencionar que este organismo [el INDH] se ocupará de la situación actual y futura de los derechos humanos, en tanto que la del pasado seguirá en manos del Programa ad hoc del Ministerio del Interior. Por consiguiente, lo único que hará el Instituto respecto de hechos ocurridos con anterioridad será preocuparse de mantener la memoria de lo ocurrido, según lo establecido por las Comisiones Rettig y Valech”. Historia de la Ley N° 20.405, p. 553.

29 Nash, Claudio, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Lom) 2007, p. 25.

30 Sobre una visión completa de la política reparatoria chilena, es referencia obligada Lira, Elizabeth y Loveman, Brian, *Políticas de reparación. Chile 1990-2004*, (Lom) 2005.

ciales, desigualdad que refleja un grave atentado contra los mecanismos de justicia transicional y contra los derechos de los afectados.

Por una parte, en los casos en lo que se ha ejercido la acción civil de indemnización contra el Estado por infracción a los derechos humanos como anexa a un juicio penal, la segunda sala de la Corte ha dado lugar a la indemnización de perjuicios condenando al Estado a importantes sumas de dinero³¹. Por otra parte, en los casos en que se ha ejercido la acción civil de manera independiente al proceso penal y que, por ello, arriban en casación a la sala tercera de la Corte Suprema –sala por lo demás especializada en materias de responsabilidad extracontractual del Estado–, dichas pretensiones indemnizatorias han sido continuamente rechazadas³². Con anterioridad a la reestructuración de la Corte, la cuarta sala había llegado a la misma conclusión de rechazo³³. Argumentos sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y consecuentemente de las acciones civiles procedentes de ellos, sirven de apoyo a las primeras sentencias; la prescripción de aquellas acciones patrimoniales y la compensación con la reparación ya efectuada por el Estado, han sido los principales argumento de las segundas.

Esta situación resulta intolerable. Dejar este tipo de materias a un casuismo impredecible es una muestra gráfica de falta de voluntad en la solución de un problema. En este punto, el INDH debiese generar soluciones que eviten más atentados a la igualdad jurídica como los que está ocasionando el errático comportamiento de los tribunales de justicia. La participación como terceros en recursos de unificación de jurisprudencia y la presentación de reformas legales que resuelvan definitivamente este problema, son algunas de las acciones que el Instituto debiese realizar.

Tal como indica Lira, el rechazo a nuevas peticiones de indemnización fortalece los programas de justicia transicional. Lo contrario, esto es: dar lugar nuevamente a demandas de indemnización de perjuicios, genera inevitable-

31 Ver Corte Suprema, Rol 695-2008, 2009; Corte Suprema, Rol 4691-2007, 2009; Corte Suprema, Rol 3907-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 6212-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 4723-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 4662-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 6308-2007, 2008.

32 Corte Suprema, Rol 3540-2007, 2009; Corte Suprema, Rol 2797-2007, 2009; Corte Suprema, Rol 3028-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 2775-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 1852-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 743-2007, 2008; Corte Suprema, Rol 4065-2006, 2008; Corte Suprema, Rol 4067-2006, 2007; Corte Suprema, Rol 3458-2006, 2007; Corte Suprema, Rol 2301-2006, 2007; Corte Suprema, Rol 1133-2006, 2007; Corte Suprema, Rol 6049-2005, 2006; Corte Suprema, Rol 5914-2005, 2006; Corte Suprema, Rol 1963-2005, 2006; Corte Suprema, Rol 508-2006, 2006.

33 Corte Suprema, Rol 2246-2003, 2004; Corte Suprema, Rol 5169-2002, 2004; Corte Suprema, Rol 1558-2002, 2003; Corte Suprema, Rol 1234-2002, 2003; Corte Suprema, Rol 4753-2001, 2002.

mente un acceso desigual a la justicia y a las reparaciones, generando el efecto de debilitar la decisión política y administrativa de reparación³⁴. En la actualidad, la reparación patrimonial de las víctimas de infracciones a los derechos humanos se caracteriza precisamente por esa desigualdad.

3.3. Derechos humanos y modelo económico

La relación existente entre los derechos humanos y el modelo de distribución de recursos económicos imperante en nuestro país es a todas luces conflictiva. El Instituto, más temprano que tarde, deberá tomar parte de este conflicto. En general, impera una perspectiva que aleja el contenido de los derechos humanos del diseño económico que un país se ha dado de manera presuntamente democrática. El debate de estos derechos, entonces, se concentra en cuestiones de contenido valórico, como atentados a la libre expresión, la libertad sexual, los derechos de minorías oprimidas o los derechos procesales. El principal estadio donde estos derechos son perseguidos son los tribunales de justicia, donde batallones de abogados presentan demandas ante cambios en planes de salud o ante la aprobación de uno u otro método anticonceptivo. En todos estos casos, el lenguaje de los derechos humanos está presente de manera transversal.

Sin embargo, las mayores y más graves infracciones a los derechos humanos no tienen cobertura en los tribunales de justicia. Y es que el mayor cáncer de nuestra sociedad no es otro que la pobreza y la desigualdad, y son las reglas del diseño del modelo económico imperante las que sirven de silenciosos motores para la infracción permanente a derechos básicos.

Por un lado, existe un claro consenso en que los llamados “derechos anti-pobreza” contienen los intereses humanos más urgentes de nuestra sociedad³⁵. No obstante, también es claro que la manera de operacionalizar este tipo de derechos no es del todo fácil. Muchas veces no se sabe con claridad quiénes son los verdaderos responsables de las infracciones y, en otras, no se tiene certeza sobre los vínculos causales que las provocan³⁶. Sin embargo, es un deber de la sociedad actual tomar seriamente el hecho de que más seres humanos han muerto por

34 Lira, Elizabeth, “The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile”, en de Greiff, Pablo ed. *The Handbook of Reparations* (Oxford University Press) 2006, p. 94.

35 Beitz, Charles, *The Idea of Human Rights*, (Oxford University Press) 2009, p. 163

36 Paradójicamente, puede también sostenerse con razón que son algunos “derechos fundamentales”, o la interpretación que se hace de ellos, los que agravan o producen las infracciones a los derechos humanos. Ver Nicol, Danny, *The Constitutional Protection of Capitalism*, (Hart) 2010, p. 128 y ss.

causas relativas a la pobreza que en todos los conflictos o guerras del siglo XX³⁷ y que los principales incumplimientos a las promesas constitucionales siguen estando relacionados con la pobreza y la desigualdad.

Ahora bien, aunque siempre haya algún margen de duda sobre los causantes de aquellas infracciones, está bastante acreditado que muchos de los actuales acuerdos comerciales, grandes pactos financieros y tratados internacionales juegan un rol esencial en la perpetuación de un sistema económico que solo ha aportado inequidad y privación de recursos económicos a gran parte de la población³⁸.

Tan pronto tomemos conciencia del real impacto que la distribución desigual de los recursos económicos genera en la salud mental y física de las personas, en el consumo de drogas, la educación, la violencia, las condiciones carcelarias, la movilidad social, entre otros³⁹, podremos ir mirando con más detención las causas de aquella desigualdad, para comenzar a tratarla como la más temible y silenciosa infracción a los derechos humanos en las sociedades modernas⁴⁰.

Afrontar el desafío de hacer ver a los poderes del Estado la incompatibilidad entre el diseño económico actual y los derechos humanos, mostrando los innumerables saldos negativos en la justicia distributiva nacional, puede conducir a que la retórica de estos derechos deje de formar individuos políticamente apáticos, a una situación en que los derechos humanos no solo tengan relevancia en el plano de las promesas realizadas cuando las democracias arriban, sino también cuando ellas se están consolidando. En un corto o mediano plazo, la preocupación del Instituto por este tipo de infracciones puede hacer que se transforme en un verdadero motor de desarrollo social y que su *auctoritas* –tanto nacional como internacional– se consolide. Solo así se podrá contradecir a aquellos que piensan que, en los tiempos que corren, la autoridad tradicional como criterio de legitimación se ha perdido por completo⁴¹.

37 Ver Pogge, Thomas, “El Fondo de Impacto sobre la Salud: Cómo hacer que nuevas medicinas sean accesibles a todos”, en *El Cronista*, 19, p. 16 y ss.

38 Nicol, ob. cit. p., 47 y ss. Sobre el particular, la literatura es vasta. Ver, por todos, Stiglitz, Joseph, *Globalization and its Discontents*, (Penguin) 2002.

39 Para observar estos costos de la desigualdad puede leerse, entre diversos trabajos, Wilkinson, Richard y Pickett, Kate, *The Spirit Level*, (Bloomsbury Press) 2009.

40 Desde una perspectiva de desigualdad global, ver Pogge, Thomas, “Severe Poverty as a Human Rights Violation”, en Th. Pogge (ed.) *Freedom from Poverty as Human Right*, (Oxford University Press) 2007, p. 12 y ss.

41 Arendt, Hannah, *Entre el pasado y el futuro*, (Península) 2003, p. 145.