

¿PUEDEN LOS PARTICULARES VIOLAR LOS DERECHOS HUMANOS?*

I. Planteamiento

Desde octubre del año pasado, en nuestro país hemos visto una acalorada discusión en torno al concepto de derechos humanos. En particular, uno de los tópicos que ha generado más polémica es el de la posibilidad de que los particulares puedan violar los derechos humanos. Simplificando el panorama, podemos clasificar las posturas en dicho debate según el criterio de la sustantividad: por un lado, una postura es formalista y positivista, mientras que la otra es sustantiva y naturalista. La primera postura es formalista porque se basa en un concepto restrictivo de derechos humanos, que sería el de los derechos establecidos en los tratados internacionales de los derechos humanos, de ahí que también pueda decirse que esta postura es positivista¹, pues sólo reconocería los derechos establecidos positivamente en los tratados internacionales. La segunda postura, en cambio, se basaría en un concepto más amplio de los derechos humanos, que sería el de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sean o no reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos; como puede verse, se trata de un concepto sustantivo de los derechos humanos. Esta posición, por basarse en la dignidad natural de la persona, podemos llamarla naturalista o iusnaturalista.

Creemos que la diferencia entre las dos posturas es una confusión nominal. Vale decir, la división se produce entre dos sectores que en realidad no tienen posturas distintas, sino sólo una diferencia respecto del significado técnico del concepto de 'derechos humanos'. Por ser una diferencia de palabras técnicas, en realidad no existe una separación en cuanto al fondo de las posturas. Ahora bien, es cierto que sí existe una diferencia relevante en la cuestión de la ley natural —es decir, si acaso existe o no una objetividad ética que es anterior a la ley positiva y que es la fuente de obligatoriedad de toda ley—, pero esta división no es equivalente a la que nos atañe en este trabajo, porque es perfectamente aceptable para un iusnaturalista llamar 'derechos humanos' a los derechos establecidos en los tratados internacionales de los derechos humanos, y usar otro término para referirse a los derechos que emanan de la naturaleza humana (v.gr. 'derechos fundamentales', 'derechos inalienables', 'derechos naturales', etc.).

* Vicente Hargous, Coordinador del Área Legislativa, Comunidad y Justicia, marzo de 2020 (+56996615294 / vhargous@comunidadyjusticia.cl).

¹ En sentido estricto esto no es así, toda vez que es perfectamente posible referirse a un concepto técnico de derechos humanos, como veremos, sin que por eso se niegue la existencia de unos derechos naturales de la persona. El positivismo jurídico es aquella doctrina filosófico-jurídica según la cual no existe una justicia objetiva, una naturaleza de las cosas que viene dada, ni acciones que son malas *en sí mismas*, sino que la justicia o la injusticia sólo son determinadas por el acuerdo voluntario de los hombres establecido en las leyes y los contratos. Para el positivismo, no existen derechos naturales, porque no existe una naturaleza humana que ordena normativamente los actos humanos ni una dignidad esencial de las personas.

II. Distinciones conceptuales: derechos naturales, derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos

1) Los derechos humanos como derechos naturales

Para efectos de este trabajo, por motivos de espacio, hemos de principiar aceptando la premisa de que existe una ley natural, con todo lo que eso implica². Entre otras cosas, una de las consecuencias de esta premisa es la aceptación de la dignidad humana, la existencia de ciertas acciones que son malas en sí mismas y la existencia de unos derechos naturales. Estos derechos naturales de la persona humana son algo previo a cualquier ley y a cualquier tratado internacional: existen aunque nadie los reconozca. Se trata de derechos que cada individuo de la especie humana tiene sólo por el hecho de existir, de ser-humano, y no por su raza, condición económica o sexo. Precisamente porque *reconocemos* que estos derechos existen con anterioridad a la ley positiva, podemos decir que el genocidio cometido por el régimen nazi fue un acto injusto, ilícito, antijurídico y, en definitiva, intolerable, por mucho que se haya realizado dentro del marco constitucional y legal de la Alemania de la época. De hecho, los derechos humanos nacieron justamente como una respuesta frente a tales atrocidades, al finalizar la segunda guerra mundial. Lo que se buscó era dejar claro que existe una dignidad que todos tenemos por el hecho de ser personas humanas y que tal dignidad debe ser respetada aunque no esté establecida en ninguna ley positiva. Los mismos tratados internacionales, como nuestra Constitución, *reconocen positivamente* el carácter natural de los derechos humanos. Así, el preámbulo de la declaración universal comienza con esta consideración, de corte absolutamente iusnaturalista:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

² Para demostrar la existencia de la ley natural existen distintas vías y posiciones académicas, según el autor que se cite. A modo de resumen, podemos ver dos de ellas. Una de las formas que se ha hecho más famosa durante los últimos años es la argumentación usada por la *New Natural Law Theory*, según la cual existen ciertos bienes humanos básicos que son auto-evidentes para todos, y dado que es evidente que el bien ha de hacerse y perseguirse y el mal ha de evitarse, pueden deducirse unos preceptos naturales obligatorios con sus derechos naturales correlativos; un ejemplo paradigmático en la obra FINNIS, John (2011): *Natural Law and Natural Rights*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford. Otra forma comienza con la demostración de la existencia de Dios, lo que es equivalente a demostrar la existencia de la Ley Eterna y, por tanto, el orden del universo (un ejemplo de esta vía puede encontrarse en UGARTE, José Joaquín (2010), *Curso de Filosofía del Derecho*, t. I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile); el orden, la dirección de las cosas hacia fines, la teleología, permite deducir preceptos normativos obligatorios; también puede comenzar la argumentación a partir de modelos de excelencia humana (los de personas virtuosas), para aplicarlos casuísticamente, teniendo presente el carácter racional de los hombres. Existen autores que combinan ambas, otros que las consideran incompatibles y otros que estiman que ambas son válidas.

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión (...).³

Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos comienza con las afirmaciones siguientes:

Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables,

Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana (...).

También la Convención Americana de Derechos Humanos es bastante explícita en su preámbulo:

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Dado que los derechos humanos son *reconocidos*, y no *creados* u *otorgados* por los tratados internacionales o por la declaración universal, el concepto de DDHH es sustantivo, previo a todo tratado. Este concepto sustantivo se refiere a “los derechos esenciales” de la persona humana, que emanan de su naturaleza por su especial dignidad. Tales derechos, por ende, no sólo no se agotan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que son previos a todo tratado y a la Constitución misma.

2) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Es importante señalar que la declaración universal no es un instrumento vinculante desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Sus disposiciones son internacionalmente obligatorias para los Estados sólo por vía de

³ Declaración universal de los derechos humanos, preámbulo.

costumbre o de otros tratados que son vinculantes, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana. **La confusión terminológica, en consecuencia, viene dada porque ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (que es una rama del Derecho Internacional, con reglas propias) sólo pueden responder los Estados —que son sujetos de Derecho internacional, a diferencia de las personas naturales— por sus acciones y omisiones al infringir tratados internacionales.** Por eso, sólo pueden ser responsables, ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (y eso es lo importante), los Estados. Pero nada obsta que, fuera de los márgenes del vocabulario técnico de esta rama del Derecho, podamos afirmar que las personas tienen derechos naturales (y esos son los derechos humanos entendidos sustantivamente), que por cierto sí podrían ser violados por los particulares (los que, en todo caso, no pueden ser responsables ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero sí cometen un acto que es ilícito según el Derecho Natural y sí son responsables ante el Derecho Constitucional, el Derecho Penal Internacional e incluso el Derecho Penal interno de cada Estado).

3) Mecanismos de protección de los derechos humanos

Desde esta perspectiva es del todo razonable que se puedan proteger por distintos *mecanismos* nacionales o internacionales, distintos de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Existen mecanismos constitucionales, como el recurso de protección, y otros internacionales, como las sanciones del Derecho Penal Internacional. Incluso no parece tan descabellado decir que las normas internas de Derecho Penal existen para dar vigencia a los derechos humanos, protegiéndolos de las violaciones que cometan los particulares.

El recurso de protección es un mecanismo que se le franquea a los gobernados para exigir o asegurar la vigencia de los derechos humanos garantizados por la Constitución, frente al Estado o frente a otros particulares. El hecho de que los profesores de Derecho Constitucional identifiquen los ‘derechos humanos’ con los derechos garantizados por la Constitución muestra que se trata de un concepto sustantivo⁴.

⁴ Vid. ORREGO, Cristóbal (2010): “Supuestos conflictos de derechos y la especificación de la acción moral”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 N°2, 311-342 pp., pp. 318-325, donde el autor realiza un resumen de las posturas de una selección de constitucionalistas chilenos acerca de la denominación de ‘derechos humanos’. A partir de su descripción podemos concluir que **una abrumadora mayoría de la dogmática constitucional llama simplemente ‘derechos humanos’ a estos “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” reconocidos por la Constitución** (art. 5°, Constitución Política de la República; autores como Silva Bascuñán prefieren esta terminología o la de ‘derechos naturales’, aunque también usa la de ‘derechos humanos’; cfr. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I, Editorial Jurídica, 2ª ed., Santiago, p. 157), o usan indistintamente este término y otros semejantes: ‘derechos fundamentales’, ‘derechos esenciales’ (ambas son usadas ocasionalmente por CEA EGAÑA, José Luis (1999): *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica*, Ediciones Facultad de

El Derecho Penal Internacional, por su parte, sí castiga a personas naturales por ciertos hechos constitutivos de violaciones a los derechos humanos, como el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el llamado 'crimen de agresión'. Se trata de una rama del Derecho Internacional que es distinta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con sus reglas propias. Por eso, en estos casos una persona natural resulta castigada por un acto que efectivamente viola los derechos humanos, pero tal persona natural no es responsable ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino sólo ante el Derecho Penal Internacional.

El Derecho Penal interno, por su parte, que es el propio de cada Estado, establece delitos, que muchas veces serán constitutivos de violaciones a algún derecho natural de una persona determinada, es decir, a sus derechos humanos. Por ejemplo, un homicidio simple atenta contra el derecho a la vida de una persona y por ende viola su derecho a la vida, y lo mismo ocurre respecto del derecho de propiedad en el robo o el hurto, el derecho a la integridad física en la mutilación o las lesiones, etc. Ahora bien, de ahí en general no surge otra responsabilidad que la penal nacional, por lo que el culpable no puede ni debe responder ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A partir de estas distinciones se puede entender que el Estado tenga la obligación (exigible desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos) de garantizar los derechos humanos, es decir, de prevenir, investigar y sancionar *violaciones a los derechos humanos perpetradas por particulares*⁵. Por lógica, eso implica que los particulares sí pueden *perpetrar violaciones a los derechos humanos*, sin perjuicio de que no sean responsables internacionalmente por tales violaciones.

4) Responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene ciertos requisitos específicos para que se *configure* responsabilidad internacional como consecuencia de la acción u omisión de un Estado que vulnera los derechos humanos de sus nacionales. Para que se configure es necesario que el Estado no tome medidas frente a un hecho

Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile, Santiago, pp. 168 y 172, respectivamente), 'garantías constitucionales', 'derechos innatos' (Vivanco usa estas dos y también las anteriores: VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2007): *Curso de Derecho Constitucional*, tomo I, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª ed., pp. 419-420 y 434 y ss.); ciertos autores prefieren definir cada término (Ruiz-Tagle, Pablo, aunque generalmente prefiere el término de 'derechos fundamentales'). En todo caso, está claro que ninguno de estos profesores y casi la unanimidad de la doctrina constitucional tiene problemas en llamar 'derechos humanos' a estos derechos esenciales, entendidas en una noción sustantiva que no se agota en los tratados internacionales. En consecuencia, su aplicación no debería verse restringida por los tecnicismos propios del Derecho Internacional de los DDHH cuando operen sistemas distintos (como las discusiones nacionales en tribunales internos o en el Congreso Nacional).

⁵ Esto necesariamente significa que los particulares pueden perpetrar violaciones a los DDHH, aunque eso no lleve envuelta responsabilidad internacional del Estado directa. Vale decir, el Estado tiene una obligación internacional de protección de los DDHH, pero también los particulares tienen obligaciones nacionales de no atentar contra los DDHH de los demás (por eso la acción de protección puede admitirse como legitimado pasivo a un particular).

que constituye una violación a los derechos humanos. Dado que el Poder Judicial forma parte del Estado, es necesario que a la víctima se le niegue justicia en su país, sea porque no tiene medios para acceder a ella o no se le permita hacerlo, sea por otras causas semejantes. Por eso, la Convención Americana de Derechos Humanos exige que se hayan agotado los recursos internos para iniciar el procedimiento ante la comisión (por eso, consideramos que el agotamiento de los recursos internos, salvo que se renuncie expresamente, es un presupuesto o requisito para que se configure responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención Americana⁶).

⁶ Esta tesis es discutida, puesto que la Convención Americana no enumera requisitos para que se configure responsabilidad internacional. “Las normas específicas sobre responsabilidad contenidas en tales instrumentos son lacónicas (...) no precisan (...) los supuestos en que sería admisible la atribución o la exclusión o, eventualmente, la exoneración de la responsabilidad estatal” (AGUIAR, Asdrúbal (1985): “La responsabilidad internacional del estado por violaciones a los derechos humanos”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N°1 (enero/junio), 9-46 pp., p. 10). No obstante, dicho autor es de la opinión de que “la responsabilidad internacional del Estado se compromete de manera subsidiaria una vez agotados los recursos de su derecho interno” (*Ibid.*, p. 28). El agotamiento de los recursos internos como requisito de admisibilidad indica que es necesario que el asunto haya sido juzgado a nivel nacional, donde el Estado, a través del Poder Judicial, podría detener y reparar la violación a los derechos humanos de que se trate (art. 46, Convención Americana de Derechos Humanos). Álvaro PAÚL DÍAZ, profesor de Derechos Humanos y Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, y Gonzalo CANDIA FALCÓN, profesor de Derechos Humanos y de Derecho Constitucional de la misma casa de estudios, sostienen esta tesis (Comunicaciones personales con Álvaro PAÚL DÍAZ y Gonzalo CANDIA FALCÓN, 18 de febrero de 2020). Esto se explica no sólo por la exigencia del agotamiento de los recursos internos a nivel de admisibilidad, sino también por las excepciones a dicha norma: “Artículo 46 (...) 2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando: / a. no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; / b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y / c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”. Tales excepciones dan a entender que lo esencial es que el Estado, de alguna manera, haya tenido parte en esta violación, al menos al no sancionar a los culpables. El profesor Claudio NASH, por el contrario, cree que la responsabilidad internacional se *atribuye* desde que se realiza el hecho que atenta contra los derechos humanos, pero que no puede *ser exigida* a nivel supranacional hasta que se hayan agotado los recursos internos. Así, sostiene en sus apuntes de clases: “Una cuestión interesante que aborda la Corte en la sentencia del caso Mapiripán es la determinación sobre el momento en que se produce la responsabilidad internacional y cuándo esta puede ser exigida a nivel supranacional. La Corte señala que la ‘[L]a responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios’. / Pareciera que con esta postura se abre una posible discusión acerca de la responsabilidad internacional a la luz de los criterios que se han establecido en el ámbito internacional público. Es claro que la responsabilidad sólo puede ser exigida a nivel internacional una vez que el Estado ha podido actuar a nivel interno (este es el sentido del principio del agotamiento de los recursos internos). Pero la responsabilidad del Estado ha surgido antes, al momento del ilícito atribuible al Estado y con ello, se hacen aplicables al acto en cuestión todos los criterios internacionales sobre obligaciones del Estado por violación de derechos humanos (obligación de investigar, sancionar y reparar), determinando qué y cómo debe reparar el Estado en el ámbito interno” (NASH, Claudio (2009): *La protección internacional de los derechos humanos. Apuntes de clases*, texto base del curso optativo “Derecho internacional de los derechos humanos”, Universidad de Chile, Santiago, p. 47). En NASH, Claudio y MEDINA, Cecilia (2007): *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Centro de Derechos Humanos-Facultad de Derecho-Universidad de Chile,

Además, es importante destacar que el Estado no sólo puede llegar a ser responsable por las *acciones* que cometan sus funcionarios contra los particulares, sino también por *omitir* actuar en aquellos casos en que algunos particulares violan los derechos de otros.

La distinción fundamental, en conclusión, es entre el concepto de violación a los derechos humanos (sustantivo), la vía para hacer efectiva la responsabilidad de alguien por dicha violación (que incluye tribunales chilenos) y el concepto de responsabilidad internacional de los derechos humanos (que es un concepto técnico). Los particulares puede que no puedan ser demandados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero el concepto de derechos humanos no se restringe únicamente a esta cuestión procesal.

Baste con un ejemplo para clarificar aún más esta distinción: el genocidio cometido durante el régimen nazi no atentó contra ningún tratado internacional. ¿Suena acaso sensato decir que no existió violación a los derechos humanos, sólo porque el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existía, porque no había ningún tratado que obligase en aquel entonces al Estado alemán a respetar la dignidad humana? Tal conclusión sería tan aberrante como absurda, dado que precisamente con ocasión de tales violaciones a los derechos humanos se redactó la declaración universal, que fue el texto que dio origen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

III. Conclusiones y consecuencias prácticas

Si no nos ahogamos en el vaso de agua de las palabras técnicas, por un lado, y reconocemos que cada persona tiene ciertos derechos naturales por su dignidad, por otro, la conclusión de que los particulares pueden violar los derechos humanos no tiene ningún problema. Cuando decimos que un particular viola los derechos humanos queremos decir que ha atentado contra los derechos naturales de una persona, hecho por el que normalmente será responsable ante el Derecho interno de su Estado.

Entre otras consecuencias útiles, podemos mencionar la siguiente: el Instituto Nacional de los Derechos Humanos (INDH) debe abocarse, conforme con sus estatutos y la ley que lo regula, a aquellas violaciones a los derechos humanos que tengan una cierta gravedad o entidad (porque de otro modo su labor es imposible), pero sin distinguir si las realiza el Estado o un particular. Los estatutos de este organismo establecen su competencia con estas palabras:

Artículo 2º. Objeto. El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, así como los emanados

Santiago, pp. 63-66 y 42-45, no se trata expresamente el problema, sino que sólo se menciona el agotamiento de recursos internos sólo como requisito de admisibilidad, sin referirse a él dentro de la Atribución de Responsabilidad. En todo caso, la distinción parece puramente nominal.

de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional. En su organización interna se regirá por lo establecido en la ley 20.405, en adelante la ley, y en estos estatutos.

Puesto que el mecanismo constitucional para proteger los derechos humanos establecidos en la Constitución puede ejercerse contra los particulares, nada obsta que el INDH se aboque a estos casos, sin perjuicio de que también lo haga respecto de los casos en que el agente sea el Estado. No se ve por qué no podría el INDH actuar cuando la violación sea cometida por un particular, si no se ve constreñido por las estructuras que rigen la operación del sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según las leyes que le otorgan competencia.

Esto nos debe llevar a reflexionar sobre el uso antojadizo del concepto de derechos humanos, que no es sino el abuso de un tecnicismo de ciertos especialistas de un área específica del Derecho Internacional. Pretender aprovecharse de que sólo los actos cometidos por los funcionarios policiales podrían eventualmente hacer responsables a los Estados ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sólo producirá una reacción política en contra de los derechos humanos, perdiendo así su finalidad inicial: ser un conjunto de normas indiscutibles y compartidas por todos. Esta actitud, por lo demás, es absolutamente arbitraria, ya que el Estado también puede llegar a ser responsable por omisión, por ejemplo, al *omitir el uso de la fuerza legítima* para restablecer el orden público y así *evitar* que algunos particulares violen derechos humanos. Vale decir, no sólo es legítimo en ciertos casos el uso de la fuerza (y en tales casos no constituye violación a los derechos humanos), sino que además *omitir* este uso puede llegar a ser constitutivo de violación a los derechos humanos *por omisión*.

El provecho político de estos tecnicismos en torno a los derechos humanos sólo puede causar desprestigio al concepto mismo de derechos humanos, destruyendo valiosos consensos en la materia cuya recuperación no será fácil.