



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Internacional

---

**EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS:  
ANÁLISIS DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA Y LOS  
FUNDAMENTOS DE SU INSUFICIENCIA**

Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas y Sociales

PATRICIA LUCÍA CAREVIC TORRES  
CARLA ALEJANDRA ENCALADA CONTRERAS

Profesor Guía: Claudio E. Nash Rojas

---

Santiago, 2012

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
<b>CAPÍTULO I:</b>	
<b>El delito de Desaparición Forzada de Personas. Recepción en el derecho internacional y su regulación en Chile.....</b>	<b>13</b>
1. Antecedentes históricos.....	13
1.1. Manifestación del delito de desaparición forzada en estados de excepción constitucional.....	15
1.2. Tratamiento de la Desaparición Forzada de Personas antes de la Convención Interamericana de 1994.....	17
1.2.1. La “solución simbólica” en Argentina.....	19
1.2.2. La “transición lógica” en España.....	20
2. Aproximación conceptual del delito de Desaparición Forzada de Personas.....	20
2.1. Tratamiento normativo en el derecho internacional.....	23
2.1.1. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.....	23
2.1.2. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.....	24
2.1.3. Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.....	26
2.1.4. Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	27
2.1.5. Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.....	29
2.2. Elementos del delito.....	30

2.2.1. Violación de derechos de carácter múltiple y continuada o permanente.....	30
2.2.2. Privación ilegal y/o arbitraria de libertad.....	31
2.2.3. Participación del Estado o de sus agentes, en forma directa o indirecta.....	32
2.2.4. Ocultamiento de la víctima o negativa a dar información sobre su paradero.....	34
2.2.5. Intencionalidad.....	35
2.2.6. Desprotección de la víctima.....	36
2.2.7. Impunidad.....	37
2.3. Adecuación típica del delito.....	38
2.3.1. Tipo objetivo.....	38
2.3.1.1. Verbo rector.....	39
2.3.1.2. Objeto jurídico (o bien jurídico protegido por el delito).....	40
2.3.1.3. Sujetos de la acción.....	41
2.3.2. Tipo subjetivo.....	41
3. Derechos violados por el delito de Desaparición Forzada de Personas.....	42
3.1. Derecho a la vida.....	44
3.2. Integridad personal.....	47
3.3. Libertad personal.....	52
3.4. Debido proceso .....	56
3.5. Derecho a la personalidad jurídica.....	61
4. Figuras afines al delito de Desaparición Forzada de Personas en el derecho chileno.....	62
4.1. Delito de raptó (artículo 360 del Código Penal).....	63

4.2. Figuras delictivas reguladas en el Código Penal chileno que protegen esencialmente la libertad personal.....	64
4.3. Ley N° 20.357: La Desaparición Forzada de Personas entre los Crímenes de lesa humanidad.....	66

**CAPITULO II:**

<b>El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Desaparición Forzada de Personas en Latinoamérica y la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.....</b>	<b>69</b>
---	-----------

1. Introducción.....	69
----------------------	----

2. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.....	70
---	----

3. La Desaparición Forzada de Personas en América Latina.....	82
---	----

3.1. Argentina.....	84
---------------------	----

3.2. Colombia.....	86
--------------------	----

3.3. Perú.....	88
----------------	----

3.4. Chile.....	90
-----------------	----

3.5. Conclusiones de la situación de la Desaparición Forzada de Personas en Latinoamérica.....	97
--	----

4. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en el sistema jurídico de Chile.....	99
---	----

5. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.....	105
---	-----

5.1 La necesidad de una Convención Interamericana sobre	
---	--

Desaparición Forzada de Personas.....	105
5.2 La estructura de la Convención Interamericana.....	106
5.2.1. Los objetivos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.....	108
5.2.2. La Definición del delito de Desaparición Forzada de Personas.....	109
5.2.3. Deberes que la Convención Interamericana establece a los Estados que la ratifican.....	113
5.2.4. Exclusión de causales de justificación y eximentes.....	116
5.2.5. La extradición en la Convención Interamericana.....	117
5.2.6. La prescripción del delito de Desaparición Forzada en el marco jurídico de la Convención Internacional.....	118
5.2.7. Sobre quién tiene la jurisdicción para juzgar los delitos sancionados por la Convención Interamericana.....	119
5.2.8. Procedimientos en caso de petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	120
5.2.9. Sobre la interpretación de la Convención Interamericana y otras normas.....	121

### **CAPÍTULO III:**

<b>La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas: un análisis comparativo.....</b>	<b>124</b>
1. Introducción.....	124
2. Antecedentes de la Convención Internacional.....	126
2.1. Gestación de la Convención.....	126
2.2. Estados partes y situación de Chile.....	130

3. Análisis comparativo entre las Convenciones Interamericana e Internacional.....	135
3.1. Fundamentos y diferenciación entre las Convenciones a partir de sus consideraciones preliminares.....	135
3.2. Análisis comparativo.....	137
3.2.1. Concepto y calificación del delito.....	137
3.2.1.1. Concepto de Desaparición Forzada de Personas.....	137
3.2.1.2. Carácter de crimen de lesa humanidad y sus alcances.....	138
3.2.2. Las víctimas del delito.....	140
3.2.2.1. Concepto de “víctima” y sus derechos.....	140
3.2.2.2. Las situación especial de los niños.....	143
3.2.3. Deberes de los Estados con motivo de la Desaparición Forzada de Personas.....	145
3.2.3.1. El deber de prevenir su realización. ....	145
3.2.3.2. El deber de buscar la verdad.....	148
3.2.3.3. El deber que tiene el Estado de investigar toda noticia que tenga de la práctica de Desaparición Forzada de Personas.....	150
3.2.3.4. El deber de tipificar el ilícito y los compromisos legislativos.....	152
3.2.3.5. Deber de cooperación entre los Estados partes.....	153
3.2.3.6. Deber de mantener información actualizada y a disposición de los interesados sobre las personas privadas de libertad.....	155
3.2.3.7. El deber de respetar condiciones mínimas de una privación de libertad conforme a derecho.....	159
3.2.3.8. El deber de perseguir y sancionar a los responsables de la práctica de Desaparición Forzada de Personas.....	162
3.2.3.9. Deberes en el procesamiento de los responsables.....	165
3.2.3.10 El deber de adoptar medidas y sanciones contra otras conductas relacionadas con la Desaparición Forzada de Personas.....	167
3.2.4. Aspectos procedimentales.....	168

3.2.4.1. Exclusión de causales de justificación y eximentes.....	168
3.2.4.2. Pronunciamiento sobre la imprescriptibilidad de la desaparición forzada.....	170
3.2.4.3. Requisitos para establecer la jurisdicción de los Estados.....	171
3.2.4.4. Extradición.....	174
3.2.4.5. Órgano competente para conocer la transgresión de las Convenciones.....	177
CONCLUSIONES.....	181
BIBLIOGRAFÍA.....	188

## INTRODUCCIÓN

En Chile, actualmente se encuentran en vigor dos Convenciones Internacionales respecto al delito de desaparición forzada de personas: El primer instrumento es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita por Chile el 10 de junio de 1994 y que entró en vigor en el país el día 25 de febrero de 2010. El segundo instrumento es la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, suscrita por Chile el 6 de febrero de 2007 y que entró en vigor en el país el 16 de abril de 2011.

Cada instrumento legal cuenta con sus propios procedimientos y órganos competentes en caso que un Estado parte viole alguno de los derechos y libertades personales consagrados en sus textos. Sin embargo, existe una considerable cantidad de aspectos en que ambas convenciones coinciden, a pesar de no desarrollar las aristas con la misma profundidad. Estas concordancias son comprensibles si entendemos que, en principio, regulan la prevención, investigación, procesamiento y castigo del mismo delito, la desaparición forzada de personas.

El delito de desaparición forzada de personas, en su realización, se puede presentar de dos maneras: Como un hecho aislado o como una práctica sistemática. Por otra parte, desde una perspectiva teórica, este delito no se circunscribe a una ideología determina, por el contrario, ha sido utilizado como una forma de control social de la población civil y como una práctica en la guerra antisubversiva, tanto por gobiernos autoritarios como por gobiernos democráticos como ocurrió en Perú bajo el gobierno de Alberto Fujimori o en el caso particular de Brazzaville Beach en República del Congo.



En el presente trabajo, se desarrollará el análisis de tres figuras jurídicas: El delito de desaparición forzada en abstracto, sin limitar el análisis a un caso en particular; y su consagración en La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Realizamos este análisis con el objeto, primero, de determinar qué debemos entender por el delito de desaparición forzada. Segundo, analizaremos la primera convención que Chile suscribió en la materia, y que se inscribe dentro de Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con el objeto de entender el contexto regional en que la práctica de la desaparición forzada se desarrolló y el importante paso que dio Chile al suscribirla y ratificarla. Finalmente, con el análisis de la segunda convención suscrita por Chile, dejamos en consideración las limitaciones del sistema interamericano, concluyendo que, al encontrarse ambas en vigor y ser ambas jurisdicciones aplicables, pareciera ser más completa y favorable la última Convención ratificada.

Para realizar estos objetivos, hemos dividido nuestro trabajo en tres capítulos y un apartado con nuestras conclusiones del mismo.

En el primer capítulo, donde se analiza el concepto abstracto del delito de desaparición forzada, comenzamos señalando los antecedentes históricos de su práctica, que comienza con la Alemania del Tercer Reich en 1941, y que a lo largo de la década de los sesenta se expandió por todo el mundo, desde África hasta Latinoamérica. En este punto, analizamos la conexión que existe entre los estados de excepción constitucional, donde los derechos y libertades personales consagrados en el sistema jurídico se ven limitados, y el delito de

desaparición forzada, entendiendo el primero como campo fértil para su práctica. Examinaremos dos ejemplos, Argentina y España, como dos sociedades que pasaron por períodos donde sistemáticamente se violaron derechos humanos, vuelven a la democracia de manera diversa.

Posterior a esto, se expondrá el tratamiento que ha recibido el delito de desaparición forzada en diversos cuerpos normativos internacionales, como la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Cada uno de estos textos internacionales posee su propia definición del delito, y a partir de todos ellos señalamos lo que consideramos los elementos esenciales que configuran el delito de desaparición forzada de personas.

Analizar los elementos del delito nos sirve para entender las falencias que presenta cada instrumento internacional en su definición, así como también para comprender el carácter terrible del ilícito en estudio y su calificación como crimen de lesa humanidad. Además, se configura el delito con un sujeto activo más amplio, que deja de manifiesto en la situación de desprotección en que se encuentran las víctimas.

En seguida, se analiza la adecuación típica de la desaparición forzada de persona, lo que nos permite precisar la conducta en concreto del delito a través del análisis de su verbo rector, lo que favorece la legislación interna que del mismo, como un mandato que tiene todo Estado que suscribe cada una de

estas convenciones. Por otra parte, al analizar el bien jurídico protegido por el delito determina los derechos afectados por su práctica.

Determinado esto, se analizan de manera particular los derechos violados por la desaparición forzada de personas, clasificándolo como un delito pluriofensivo de carácter permanente o continuado.

El segundo capítulo tiene como objetivo analizar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Para esto, presentamos el contexto en que ésta se desarrolló, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y los dos órganos encargados de la protección y fomento de éstos en la región: La Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Posteriormente, se expondrá, por medio de casos ejemplares, como se desarrolló la práctica sistemática de desaparición forzada en Latinoamérica. Estos dos puntos buscan exponer la necesidad que existía de tener un cuerpo legal, de carácter internacional, que regulara de manera especial el delito de desaparición forzada en la región y el ánimo general, por parte de los Estados de la Organización de Estados Americanos, de adoptarlo.

A continuación, se expone la tramitación que tuvo la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en el Congreso de Chile. Con esto se busca explicar por qué Chile se demoró dieciséis años en ratificar dicha convención, a pesar que en su historia política reciente, vivió un periodo de diecisiete años en que se violaron sistemáticamente los derechos humanos, siendo la desaparición forzada de personas usadas una de las formas de control social más utilizada en aquella época.

Finalmente, en este capítulo analizamos la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dividiendo su análisis en nueve puntos, cada uno con sus respectivos artículos, de manera que se tenga una comprensión global de la misma.

El tercer y último capítulo de este trabajo, tiene como objeto el análisis comparativo de la Convención Interamericana con la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Con el fin de permitir un análisis completo, se presenta la gestación de la Convención Internacional en los grupos de trabajo de las Naciones Unidas, nuevamente se coloca especial énfasis en su tramitación en el Congreso chileno. Con esto, se tiene una idea general de dónde viene la Convención Internacional y los objetivos de la misma.

En último lugar, se realiza el análisis comparativo de ambas convenciones, sobre la base de una división de su estructura en aquel punto que se trata de la definición y calificación del delito de desaparición forzada, el trato que se les da a las víctimas, los deberes que de ambos textos emanan y ciertos aspectos procedimentales.

Es en este análisis que se funda nuestra tesis: la insuficiencia de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas frente a la práctica sistemática de este delito. Esta tesis nace de la idea de que existe una necesidad de ampliar los instrumentos de derechos humanos para dar una efectiva protección a los derechos y libertades individuales que son fundamentales para el desarrollo de la persona humana, por lo que preferir la jurisdicción de la Convención Internacional es dar mayor viabilidad a éstos mediante un instrumento más amplio y más específico.

## **CAPÍTULO I:**

### **El delito de Desaparición Forzada de Personas. Recepción en el derecho internacional y su regulación en Chile.**

La comunidad internacional ha venido preocupándose en las últimas décadas de la ocurrencia de un hecho especialmente repudiable, la desaparición forzada de personas, que lejos de constituir una práctica aislada, ha sido empleada sistemáticamente durante gobiernos dictatoriales como herramienta contra los grupos opositores. Nuestro país, por cierto, no ha estado ajeno a la comisión del delito, ni tampoco a su regulación tanto a través de instrumentos internacionales, como instituyendo la figura en su legislación interna, aunque recién en el año 2009.<sup>1</sup>

#### **1. Antecedentes históricos.**

Los primeros antecedentes sobre la práctica de la desaparición forzada de personas se encuentran en la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial. El 7 de diciembre de 1941, el mariscal Wilhelm Keitel, alto comisionado alemán, promulga el decreto “Nacht und Nebel”<sup>2</sup>, que sirvió como método de intimidación dejando a las familias de las víctimas y a la población en general, en total ignorancia sobre su suerte.<sup>3</sup>

En efecto, dicho decreto establecía que las personas detenidas en zonas ocupadas por Alemania debían ser trasladadas a ese país, en el que

---

<sup>1</sup> Ley N° 20.357. Ver *infra* Capítulo I.4.3.

<sup>2</sup> Decreto Nacht und Nebel (noche y niebla) sobre Directrices para procesar a las personas que hubieren cometido crímenes contra el Reich de la Potencia Ocupante en los Territorios Ocupados, de 7 de diciembre de 1941

<sup>3</sup> PARAYRE, Sonia. *La Desaparición Forzada De Personas Como Violación Continuada De Los Derechos Humanos Y Su Incidencia En La Determinación De La Competencia Ratione Temporis De La Corte Interamericana De Los Derechos Humanos*. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 29, Enero-Junio, 2000. p.26

desaparecían sin que se volviese a tener noticias de su paradero, siendo prohibido entregar alguna información al respecto, con el fin de asegurar la intimidación.<sup>4</sup>

A partir de la década de los sesenta, la desaparición forzada pasa a configurar un mecanismo de política gubernamental característico de las dictaduras y gobiernos autoritarios.

En este sentido, destacan casos como el de Irak, donde se aplicó como medida gubernamental durante el gobierno de Saddam Hussein, especialmente a partir de 1978. En este país se registra un número indeterminado de desapariciones forzadas, cuyas víctimas pertenecen a distinto grupos étnicos y culturales.<sup>5</sup>

En Marruecos, durante el reinado de Hassan II (1959 y 1991) se contabilizaron más de un millón de desaparecidos. Sin embargo, lo característico de este caso es que, en 1991, varias de las personas que figuraban como desaparecidas fueron liberadas por intervención de ciertas potencias y organizaciones internacionales.

Por lo anterior, la especial importancia de mencionar el caso de Marruecos, es que en este país se produjo el fenómeno de la “reaparición” de las personas privadas de libertad. Numerosas víctimas fueron liberadas después de años, y aunque no existe información respecto a su paradero

---

<sup>4</sup> GÓMEZ, Juan José. *La Desaparición Forzada De Personas: Avances Del Derecho Internacional*. Revista Mexicana de Política Exterior, N° 76-77, Junio, 2006. p. 37

<sup>5</sup> MEDINA, Gonzalo. *La Desaparición Forzada De Personas Como Forma Calificada De Detención Ilegal Cometida Por Funcionario Público*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2001. p. 5

actual, Amnistía Internacional señala que es posible que muchas de estas personas se encuentren aún con vida.<sup>6</sup>

Desde los años 80, surge como represión de movimientos revolucionarios en el Tíbet, en la República Popular China.

Se distingue el caso de Bosnia y Herzegovina, donde la fundamentación de esta práctica fue la etnia, llevándose a cabo entre los años 1992 y 1995.

En Argelia, se utilizó como arma frente a otro partido político, el Frente Islámico de Salvación, que había ganado las elecciones por anulación de resultados entre los años 1992 y 1998.

Producto de una guerra civil entre los años 1997 y 1999, se utilizó la desaparición forzada como método de represión en la República del Congo, tanto por parte de los aliados de Sassou-Nguesso como de Lissouba.

Finalmente, en Rusia se contabilizan más de dos mil desaparecidos durante el conflicto checheno entre los años 1999 y 2000.

### **1.1. Manifestación del delito de desaparición forzada en estados de excepción constitucional.**

Si bien la desaparición de personas viene siendo materia de preocupación a partir de los actos nazis durante la Segunda Guerra Mundial, el fenómeno cobra aún mayor importancia por su frecuencia en los múltiples períodos de dictaduras que vio el siglo XX. En este sentido, resultan

---

<sup>6</sup> Ibíd., p. 6

emblemáticos los ejemplos de España y Argentina, a los que además podemos añadir la experiencia chilena a partir de 1973.

Lo que caracteriza a los casos de América Latina, es que se utilizó la desaparición forzada como método para erradicar al bando político opositor y que los Estados implicados niegan, en primera instancia, su participación en este tipo de hechos.

Durante la década de los setenta, tanto Chile como Argentina se encontraban bajo un gobierno militar y autoritario, donde la desaparición de personas fue utilizada como instrumento de contención de los partidarios contrarios al régimen imperante.

Este escenario tuvo como antecedente el gobierno del Coronel Enrique Peralta Azurdia en Guatemala, durante la década de los sesenta. En las décadas siguientes, la práctica de la desaparición forzada se extendería a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.<sup>7</sup>

Pues bien, en períodos de dictadura, sea militar o política, es común encontrarnos con vulneraciones masivas de derechos humanos que se fundan esencialmente en la eliminación de los opositores políticos, amparadas además en principios como la seguridad nacional. Por ejemplo, en Argentina, a partir de 1974, se crearon organizaciones terroristas de extrema derecha, que actuaban como “Alianza Argentina Anticomunista”, y que perseguían tanto a los “subversivos” al régimen, como a sospechosos de oponerse intelectualmente al mismo. La situación se volvió aún más crítica desde el año 1976 con la llamada

---

<sup>7</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo. *El Delito De Desaparición Forzada De Personas Y El Derecho Penal Brasileño*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXXIV, Valparaíso, Chile, 1er semestre 2010. p. 162



“guerra sucia”; en ella, la simple sospecha de pertenecer a grupos armados subversivos daba lugar al secuestro, la tortura, internación en prisiones clandestinas, confiscación de bienes, sustracción de niños y a la “desaparición”.<sup>8</sup>

Para la comisión de dichos ilícitos, las fuerzas armadas podían invocar dos decretos que legitimaban su actuar<sup>9</sup>, ya que les encomendaban el “aniquilamiento de la subversión”.

Por el contrario, en España, la persecución política fue perfectamente “legal”, y es que, a partir del Código Penal de 1944, las libertades fueron sustancialmente restringidas, incluso dictándose leyes que, retroactivamente, incriminaban a personas contrarias al Movimiento Nacional.<sup>10</sup>

## **1.2. Tratamiento de la Desaparición Forzada de Personas antes de la Convención Interamericana de 1994.**

Como hemos visto, la comisión del delito de desaparición forzada de personas está directamente relacionada con gobiernos autoritarios, en las que el delito no se presenta como un caso aislado, sino que constituye una práctica sistemática.

Una vez restablecido el orden democrático, los países que han superado períodos dictatoriales deben enfrentar importantes reformas legislativas, y en este contexto cobra especial relevancia el Derecho Penal, pues será la modificación de sus principios legitimantes, la que derive en el establecimiento

---

<sup>8</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Hacia El Nuevo Derecho Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006. pp. 522-523

<sup>9</sup> Decretos 261 de 5/2/75 y 2772 de 6/10/83

<sup>10</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.* (n. 8), p. 531

de un nuevo marco –democrático- en el que el Estado se encuentre autorizado a limitar la libertad de los ciudadanos aplicando sanciones penales.<sup>11</sup>

Antes de 1994, año en que se adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas – o en adelante CIDFP-, no existía en el derecho internacional la posibilidad de someter a un tribunal –internacional-, los delitos relacionados a la desaparición de personas cometidos en ese tipo de gobiernos. Por ello, será necesario examinar distintos procesos de transición a la democracia para determinar cómo era tratado el delito sin una normativa específica.

No obstante lo anterior, cabe mencionar que sí existieron intentos de tipificar el delito de desaparición forzada de personas en legislaciones locales, siendo el ejemplo más antiguo el del Código Penal español de 1822, que en su artículo 667 sancionaba gravemente el delito de raptó cuando “la persona robada (...) no hubiere parecido al tiempo de determinarse el juicio.” Esta disposición, con diversas modificaciones, se ha mantenido en los Códigos Penales de España, incluido el de 1995<sup>12</sup>. En Chile, por cierto, se adoptó la agravante de desaparición de la persona para el caso del raptó –hoy derogado-, pero no para los delitos de privación de libertad y sustracción de menores.

El principal problema que han debido enfrentar los Estados para resolver los abusos y crímenes cometidos en una anterior etapa dictatorial, está en los mismos principios fundamentales del derecho penal. En un Estado democrático, rige el principio de legalidad, siendo una de sus manifestaciones, la prohibición

---

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 519

<sup>12</sup> BASCUÑÁN, Antonio. *Agravios Inferidos Por Funcionarios Públicos A Las Libertades Garantizadas Por La Constitución*. 2ª versión, Materiales de Estudio Curso de Derecho Penal II, 2008. p. 71

de aplicar retroactivamente la ley penal (exigencia de *lex praevia* del principio en cuestión).

Sobre el principio de legalidad, basta señalar, para poder referirnos a ejemplos de Estados que han enfrentado la vuelta a la democracia sancionando el delito de desaparición forzada de personas; que se trata de un principio limitador del derecho penal, normalmente consagrado constitucionalmente.

La esencia del principio ordena que sólo una ley puede declarar delito a una acción, y sólo antes que la acción sea ejecutada. Asimismo, la pena debe estar determinada previamente en la ley (lo que se conoce como *nullum crimen, nulla poena, sine lege*).<sup>13</sup> Por su parte, la ya mencionada exigencia de *lex praevia* implica que todo comportamiento, para ser considerado delito, deberá estar descrito como tal en una ley promulgada con anterioridad a la realización del hecho. La consecuencia práctica será la irretroactividad de la ley penal que castiga nuevos delitos o agrava su punición.

En cuanto a los Estados que han enfrentado el delito en estudio, siempre en períodos de transición a la democracia, destacan los casos de Argentina y España.

### **1.2.1. La “solución simbólica” en Argentina.**

En 1983, Argentina retorna a la democracia y surgen dos concepciones respecto a las ilicitudes de la dictadura: por un lado, las organizaciones de derechos humanos reclamaban una “reparación justa”, es decir, la retribución del mal causado era el criterio con que se juzgaría al nuevo gobierno. En

---

<sup>13</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997. p. 22

cambio, la clase política dirigente optaba por una “solución limitada”, reduciendo el enjuiciamiento a los altos mandos de las Juntas Militares.<sup>14</sup>

La alternativa adoptada por el gobierno del presidente Alfonsín fue entregar la competencia para juzgar las ilicitudes cometidas, a las mismas fuerzas armadas, siendo consecuencia inevitable, la impunidad de la mayoría de los responsables directos de las vulneraciones de derechos humanos.<sup>15</sup>

### **1.2.2. La “transición lógica” en España.**

La transición a la democracia en España se diferencia por el transcurso del tiempo y el desvanecimiento de la oposición al régimen franquista. Finalmente, las fuerzas de oposición y la clase política gobernante vieron como inevitable la vuelta a la democracia, solución que fue posible porque “el tiempo ya había eliminado a los protagonistas contendientes de la guerra ocurrida cuarenta años antes”<sup>16</sup>.

## **2. Aproximación conceptual del delito de Desaparición Forzada de Personas.**

La importancia que reviste para nosotros el tratamiento de la desaparición forzada de personas deriva de la sensibilidad del tema tanto para los Estados, la comunidad internacional y, en forma especialmente devastadora, las familias de quienes han sido víctimas del delito. Y es que, “*una desaparición es una forma de sufrimiento doblemente paralizante: para las víctimas, muchas veces torturadas y siempre temerosas de perder la vida, y*

---

<sup>14</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.* (n. 8), p. 524

<sup>15</sup> Para sostener la impunidad de los autores inmediatos se fundaron en la concurrencia de las causales de justificación de error de prohibición, obediencia debida y estado de necesidad coactivo. En *Ibíd.*, pp. 525-527

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 535

*para los miembros de la familia, que no saben la suerte corrida por sus seres queridos y cuyas emociones oscilan entre la esperanza y la desesperación, cavilando y esperando, a veces durante años, noticias que acaso nunca lleguen. Las víctimas saben bien que sus familias desconocen su paradero y que son escasas las posibilidades de que alguien venga a ayudarlas.”<sup>17</sup>*

La comisión de este delito normalmente se ha encontrado vinculada a Estados donde rigen gobiernos dictatoriales; así ha ocurrido en Sudamérica, donde fue muy extendida su práctica como forma de represión política<sup>18</sup>, tal como se expuso es lo apartados anteriores. Lo anterior condujo al esfuerzo de prevenir la comisión del delito en la zona, estableciéndose un marco regulativo internacional en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en 1994; instrumento –en cuanto a su contenido y deficiencias- que inspira el presente trabajo.

En lo que respecta al concepto del delito en cuestión, cabe señalar que, si bien nos referimos a él como “un delito”, la realidad demuestra que su comisión involucra distintas fases que, en rigor, configuran múltiples figuras delictivas, siendo la de mayor gravedad, el asesinato (u homicidio calificado, según corresponda).

En esta primera aproximación conceptual sobre lo que se entiende por “desaparición forzada de personas”, diremos que un concepto amplio de la misma cubre todas las transgresiones de derechos que se cometen con el “delito”.

---

<sup>17</sup> *Desapariciones Forzadas O Involuntarias*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Folleto informativo N° 6/Rev.3. p. 1 [en línea] <[http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs6rev2\\_sp.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs6rev2_sp.htm)> [consulta: 15 de agosto de 2011]

<sup>18</sup> BASCUÑÁN, Antonio. *Op. Cit.* (n. 12), p. 71

La primera de las fases mencionadas estará normalmente constituida por la aprehensión de personas, por lo que los actos cometidos importan formas agravadas de privación de libertad (*v. gr.* detención ilegal y secuestro), que además pueden involucrar violaciones de domicilio o allanamientos de morada, si la detención se efectúa en el domicilio de la víctima o un tercero.

Luego, la segunda fase es la que se centra en el delito de asesinato, puesto que normalmente se da muerte a las personas en forma alevosa, y en los casos en que ello no ocurre, al menos se verifican supuestos de lesiones corporales.<sup>19</sup>

En cambio, en un sentido estricto, la conducta que se tipificaría con este delito es la sola “desaparición de personas”; el asesinato con eliminación de todo rastro físico de la víctima, subsumiendo en este acto las otras conductas ilícitas cometidas.

Por otro lado, y no obstante el contenido del delito al que hemos hecho referencia, en el discurso político y jurídico propio de los derechos humanos se ha desarrollado una noción del delito estructurada a partir de los elementos que componen la figura. En este sentido, debemos entender por desaparición forzada, “la privación de libertad de una persona cometida por agentes del Estado, seguida de una negativa del Estado a reconocer el hecho y de la pérdida de información sobre el paradero del detenido.”<sup>20</sup>

Lo que llama la atención del concepto que hemos transcrito, y que además constituye la idea central de la definición que la misma CIDFP ofrece, tal como veremos más adelante<sup>21</sup>; es que a partir de la desaparición de una

---

<sup>19</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Op. Cit.* (n. 8), p. 541

<sup>20</sup> BASCUÑÁN, Antonio. *Op. Cit.* (n. 12), p. 70

<sup>21</sup> Ver *infra* Capítulo I.2.1.2.

persona y el consiguiente transcurso del tiempo sin que ella aparezca, se presume el homicidio y ocultamiento del cadáver.<sup>22</sup>

Es por lo anterior que no han faltado las posiciones doctrinarias que se oponen a la tipificación de la desaparición forzada de personas como un delito específico, principalmente fundados en la eventual transgresión al principio de culpabilidad que representa presumir una parte de los elementos de la conducta –el homicidio y ocultamiento del cadáver–, remediando así la dificultad de prueba de estos hechos.<sup>23</sup>

## **2.1. Tratamiento normativo en el derecho internacional.**

A nivel internacional, distintos instrumentos han definido el delito de desaparición forzada de personas y, pese a que en el siguiente capítulo nos centraremos en el análisis de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, creemos pertinente referirnos a éste y otros textos internacionales, para ofrecer una conceptualización que desarrolle los elementos del delito.

### **2.1.1. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.** <sup>24</sup>

Constatada la práctica del delito de desaparición forzada de personas, surge a partir de la década de los setenta la preocupación en la comunidad internacional por tipificarla en instrumentos internacionales “como una forma de concientizar a los Estados de la gravedad de la práctica y de impedir su

---

<sup>22</sup> BASCUÑÁN, Antonio. *Loc. Cit.*

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 71

<sup>24</sup> Declaración sobre la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992

desarrollo.”<sup>25</sup> Resultado de dicha preocupación es la adopción de la Declaración de Naciones Unidas.

En esta declaración, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1992, no se contiene expresamente una definición del delito de desaparición forzada de personas, pero en el apartado preliminar manifiesta su preocupación por la frecuencia con que en muchos países ocurren estos hechos; en sus términos, “que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así de la protección de la ley”.

De acuerdo a la definición anterior, los elementos que conforman la desaparición forzada de personas son: (1) privación de libertad, (2) autoría vinculada al Estado en forma directa o indirecta, y (3) negativa a informar sobre el paradero de las personas desaparecidas.

### **2.1.2. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.**<sup>26 27</sup>

Dicha Convención, aprobada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su artículo II considera como desaparición forzada: “la privación de la libertad a una o más personas,

---

<sup>25</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo. *Op. Cit.* (n. 7), p. 162

<sup>26</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en Belén do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994

<sup>27</sup> Ver *infra* Capítulo II.5.2.2.



cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad, o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

Además de hacer referencia al concepto de la Convención, cabe destacar que en el preámbulo de la misma se cataloga la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas como “crimen de lesa humanidad”, categoría de delitos que tiene su origen al crearse el Estatuto del Tribunal de Nuremberg a través de la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, siendo reiterada en los estatutos de otros tribunales creados con posterioridad.

Distinto fue el panorama que enfrentó durante la década de los ochenta la Corte Interamericana. En el caso Velásquez Rodríguez, cuya sentencia es de 1988, se señalaba que “si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad.”<sup>28</sup>

Ya en el contexto actual, entendemos que se trata de una categorización aceptada por la comunidad internacional, a través de los distintos tratados y convenciones que se encuentran vigentes, como es el caso de las Convenciones Internacional e Interamericana que se refieren a este delito.

---

<sup>28</sup> Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 1988, párrafo 153

Lo que caracteriza a las desapariciones forzadas y que justifican la calificación de crimen de lesa humanidad es que, en primer lugar, su práctica constituye un hecho grave que no puede quedar impune; luego, que estamos frente a una práctica sistemática con fines racionales, principalmente políticos; y finalmente, que corresponden a actos de soberanía estatal.<sup>29</sup>

La consecuencia para el Estado es que la categoría de crimen de lesa humanidad le exige un estándar de responsabilidad mayor frente a la comisión de este tipo de hechos, y no puede valerse de situaciones como el estado de excepción para justificar su práctica.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido constante en el sentido de responsabilizar a los Estados por la reiteración de la conducta: “(...) ésta constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos. La responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. Se trata, en suma, de un delito de lesa humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano.”<sup>30</sup>

### **2.1.3. Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad.**

Este proyecto, que proviene de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y que tuvo su origen en una propuesta de la delegación de Chile, modificada por la comisión de India, define el delito de desaparición

---

<sup>29</sup> PARAYRE, Sonia. *Op. Cit.* (n. 3), p.36

<sup>30</sup> Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006, párrafo 82

forzada de personas como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarla fuera del amparo de la ley por un período prolongado.”<sup>31</sup>

De esta definición podemos extraer los siguientes elementos constitutivos del delito: (1) privación de libertad, (2) participación –directa o indirecta- del Estado o de una organización política, (3) negativa a informar sobre el paradero de la persona desaparecida, y (3) “desamparo legal” de la víctima por un período prolongado.

La referencia al tiempo en que permanece “desaparecida” la víctima del delito, es fruto de una enmienda de la delegación india, que creyó más conveniente la expresión “período prolongado”, que la voz “indefinidamente”, de la propuesta original chilena.<sup>32</sup>

#### **2.1.4. Estatuto de la Corte Penal Internacional.**<sup>33</sup>

La Comunidad de los Estados adoptó el Estatuto en la Conferencia de Roma en julio de 1998 y calificó el delito de desaparición forzada de personas como un crimen de lesa humanidad, que corresponde a una de las categorías de delitos sobre los que tiene competencia.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> PARAYRE, Sonia. *Op. Cit.* (n. 3), pp. 30-31

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 31

<sup>33</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

<sup>34</sup> Artículo 7 n° 1 letra f

Para la Corte, los delitos enumerados en el artículo 7 N° 1 son considerados crímenes de lesa humanidad, en la medida que se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.”

En lo que respecta a la desaparición forzada de personas, el Estatuto la define como la “aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.”<sup>35</sup> Concepto que es exacto al que se contiene en el Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, y que, por lo mismo, difiere del proporcionado por la Declaración y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

La cualidad más relevante de esta definición es que amplía el ámbito de protección de las personas al considerar también como agente activo de este delito a organizaciones políticas no estatales. Antes de este concepto, la desaparición forzada era atribuida exclusivamente al Estado.<sup>36</sup>

Cabe destacar que el Estatuto en el párrafo cuarto de su preámbulo, señala que la gravedad de los crímenes que en definitiva sanciona, y que afectan a la comunidad internacional en su conjunto, “no deben quedar sin castigo” y, para ese fin, deben adoptarse medidas “en el plano nacional e

---

<sup>35</sup> Artículo 7 n° 2 letra i

<sup>36</sup> 1.2. *Desaparición Forzada De Personas Por Agentes Del Estado*. Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI. Sección cuarta: los crímenes y violaciones de los derechos humanos. Capítulo 1: Patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos, Perú. p. 58 [en línea]  
<<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>> [consulta: 15 de agosto de 2011]

intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.”

### **2.1.5. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.<sup>37</sup>**

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas –o en adelante “Convención Internacional”- se estatuye teniendo presente diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Su fundamento se encuentra en la gravedad del delito y que, en determinadas circunstancias constituye crimen de lesa humanidad.<sup>38</sup>

Una particularidad de relevancia es que la misma Convención proclama los derechos protegidos, siendo el caso del derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada, el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación, el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, y el derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin.

La Convención Internacional señala en su artículo 2 que debe entenderse por desaparición forzada: “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha

---

<sup>37</sup> Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006

<sup>38</sup> Ver Preámbulo de la Convención

privación de libertad o del ocultamiento de la suerte de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.”

A diferencia del Estatuto de Roma y del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, no se hace referencia al elemento temporal de la privación de libertad.

## **2.2. Elementos del delito.**

A partir de los diferentes conceptos que proporcionan, tanto los instrumentos internacionales que han tratado la desaparición forzada de personas, así como del análisis de la doctrina que se dedica a la materia y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, podemos desprender los elementos constitutivos de la conducta. En este sentido existen, inevitablemente, múltiples criterios para determinar dichos elementos, como el que se funda en los rasgos comunes de las definiciones y “cuya presencia colectiva permite entender la mecánica del fenómeno y anticipar la magnitud de su gravedad.”<sup>39</sup>

### **2.2.1. Violación de derechos de carácter múltiple y continuada o permanente.**

El primer elemento característico de la desaparición forzada, y que está directamente relacionado con el análisis que haremos más adelante sobre los derechos violados por el delito, es que en su ejecución se vulneran múltiples bienes jurídicos que afectan tanto a la víctima directa, como a sus familiares.

En el caso Velásquez Rodríguez, al que nos referimos continuamente, la Corte Interamericana manifestó explícitamente el carácter múltiple y continuo de

---

<sup>39</sup> GÓMEZ, Juan José. *Op. Cit.* (n. 4), pp. 31-35

la violación de derechos reconocidos por la Convención<sup>40</sup> y que los Estados están obligados a respetar y a garantizar.<sup>41</sup>

### **2.2.2. Privación ilegal y/o arbitraria de libertad.<sup>42</sup>**

Lo que caracteriza a toda desaparición forzada, y que constituye la primera fase dentro de su comisión, es la existencia de una privación de libertad –normalmente ilegal-, independientemente de la forma que adopte<sup>43</sup> (ya sea detención, arresto, plagio, secuestro, u otros).

La privación de libertad será ilegal cuando no se ajuste a los estándares regulados por la legislación interna y por las convenciones pertinentes que se encuentren vigentes en el Estado de que se trate. Así lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>44</sup>

Sin embargo, también ocurre que la privación de libertad se manifiesta como una acción legal del Estado, ejemplo de lo cual es la ejecución de órdenes de aprehensión en contra de presuntos delincuentes, o la detención en flagrancia. Así también consta en algunos casos tramitados ante la Corte

---

<sup>40</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>41</sup> Caso Velásquez Rodríguez (n. 28), párrafo 155

<sup>42</sup> Ver *infra* Capítulo I.3.1.

<sup>43</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo. *Op. Cit.* (n. 7), p. 170

<sup>44</sup> Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006, párrafo 109. La Corte concluye dicho párrafo señalando que “Evidentemente la detención de dichas personas constituyó un acto de abuso de poder, no fue ordenada por autoridad competente y el fin de la misma no era ponerlos a disposición de un juez u otro funcionario autorizado por la ley para que decidiera acerca de la legalidad de la misma, sino ejecutarlos o forzar su desaparición. Es decir, su detención fue de carácter manifiestamente ilegal y arbitrario, contrario a los términos del artículo 7.1 y 7.2 de la Convención.”

Interamericana, en los que víctimas de desapariciones forzadas, fueron en un principio legalmente detenidas.<sup>45</sup>

### **2.2.3. Participación del Estado o de sus agentes, en forma directa o indirecta.**

Otro elemento que recorre todos los instrumentos internacionales sobre la materia, es la participación del Estado o de un grupo político. Sin embargo, también es posible que la desaparición sea cometida por entes no estatales, como se desprende del Estatuto de Roma y de la Convención de Naciones Unidas.

Por lo anterior, diremos que la participación del Estado puede ser directa o indirecta; directa cuando se realice por agentes del Estado, e indirecta si la conducta es ejecutada por personas o grupos apoyados o autorizados por las autoridades.<sup>46</sup>

La colaboración que el Estado preste a los organismos que directamente cometen el ilícito, puede ser material, esto es, otorgando los medios para su ejecución, o económica. Ejemplo de la primera forma de apoyo es el caso La Cantuta, en que “la compleja organización y logística asociadas a la práctica de la desaparición forzada exigía el empleo de recursos y medios del Estado como por ejemplo: vehículos motorizados, combustible, instalaciones para recibir al detenido y mantenerlo oculto para impedir o dificultar su ubicación.”<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de enero de 1995, párrafo 3. En este caso, los desaparecidos “se encontraban detenidos en el establecimiento penal San Juan Bautista, conocido como “El Frontón”, en calidad de procesados como presuntos autores del delito de terrorismo.”

<sup>46</sup> GÓMEZ, Juan José. *Op. Cit.* (n. 4), p. 32

<sup>47</sup> Caso La Cantuta (n. 44), párrafo 80.7



Por otro lado, en aquellos supuestos donde la participación del Estado parece poco clara, porque quienes ejecutan el delito no portan símbolos o emblemas que permitan distinguir su pertenencia a algún cuerpo de seguridad del Estado, la Corte Interamericana ha determinado la participación estatal a través de indicios que permitan suponerla.<sup>48</sup>

Conforme a lo anterior, han sido indicios concluyentes para la Corte Interamericana:<sup>49</sup> que las personas se encontraban previamente detenidas<sup>50</sup>, que fueron vistas por última vez mientras eran interrogadas o arrestadas por órganos estatales<sup>51</sup>, o el hecho de que los secuestradores empleen armas o herramientas de uso exclusivo de la autoridad y que, identificándose, pueden continuar libremente su marcha si son detenidos por agentes del orden público.<sup>52</sup> No obstante, en los últimos años de desarrollo del Estatuto de Roma, la tendencia internacional es aceptar que la práctica de esta conducta puede llevarse a cabo por organismos no gubernamentales, siempre que estén a cargo del manejo y control de la población civil. Con lo anterior se amplía el ámbito de protección de las víctimas.

Por último, existe la opinión de considerar como un elemento específico de la desaparición forzada la “coparticipación”; pero como lo esencial en la

---

<sup>48</sup> GÓMEZ, Juan José, *Loc. Cit.*

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 33

<sup>50</sup> Caso La Cantuta (n. 44)

<sup>51</sup> Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de noviembre de 1997, párrafo 43 letra d): “del vehículo patrullero bajaron dos policías vestidos con uniforme verde y con boina roja. Uno de ellos detuvo a Ernesto Rafael Castillo Páez, quien no opuso resistencia, y pocos minutos después fue introducido en la maletera del vehículo patrullero.”

<sup>52</sup> Caso Velásquez Rodríguez (n. 28), párrafo 147 letra d): “ii) Las armas empleadas eran de uso reservado a las autoridades militares y de policía y se utilizaban vehículos con cristales polarizados, cuyo uso requiere de una autorización oficial especial. En algunas oportunidades las detenciones se realizaron por agentes del orden público, sin disimulo ni disfraz; en otras éstos habían previamente despejado los lugares donde se ejecutarían los secuestros y, por lo menos en una ocasión, los secuestradores, al ser detenidos por agentes del orden público, continuaron libremente su marcha al identificarse como autoridades.”

comisión del delito es que los responsables suelen estar vinculados al Estado, como hemos visto, sólo creemos pertinente añadir que la complejidad que reviste la ejecución del delito –debido a sus fases de desarrollo-, implica necesariamente la participación de más de un individuo. Requiere la organización de un conjunto de personas para llevar a cabo la conducta; natural consecuencia de lo anterior es que se vuelve aún más difícil determinar responsabilidades ante los tribunales de justicia.

En efecto, la coparticipación se refleja en la dificultad de tipificar la desaparición como delito grave, y es que “si al momento de legislar no se toma en cuenta que difícilmente puede ser una sola persona la que comete el delito y que por fuerza requiere la participación de más sujetos, se corre el riesgo de que sea imposible sancionar a una persona por este crimen, puesto que su conducta en particular no cubre todos los elementos del tipo penal.”<sup>53</sup>

#### **2.2.4. Ocultamiento de la víctima o negativa a dar información sobre su paradero.**

En los casos de desaparición forzada es común la falta de información sobre el paradero de la víctima, como también la negativa expresa por parte de las autoridades de otorgar información al respecto. Esta situación ha sido considerada un elemento específico de la desaparición forzada.<sup>54</sup>

La situación –prolongada- de ignorancia para las familias de quien ha desaparecido, les genera un gran daño, siendo privados muchas veces de la posibilidad de investigar su suerte por el contexto de violencia e inestabilidad

---

<sup>53</sup> GÓMEZ, Juan José. *Op. Cit.* (n. 4), p. 35

<sup>54</sup> Se refiere a este elemento como “la “falaz negativa ulterior de las autoridades de haber participado (y de tener conocimiento de la suerte corrida por el desaparecido)” PARAYRE, Sonia. *Op. Cit.* (n. 3), p. 30

política que les impide, o directamente rechaza, las acciones de *habeas corpus*,<sup>55</sup> en efecto, la Corte Interamericana ya señalado que “la angustia y la incertidumbre que la desaparición y la falta de información sobre el paradero de la víctima causan a sus familiares constituye un daño inmaterial para éstos.”<sup>56</sup>

Estos hechos en definitiva, influyen en que se le reconozca el carácter “pluriofensivo” a la desaparición forzada, conducta que ya que no sólo vulnera el derecho a la libertad de la víctima inmediata.

La tendencia en el ámbito internacional, por el contrario, es considerar a los familiares cercanos del desaparecido también como víctimas, así al menos se plasma en la CIDFP<sup>57</sup> y la Convención Internacional.

### **2.2.5. Intencionalidad**

Este elemento está relacionado a la forma de comisión de la conducta, es decir, si los instrumentos internacionales admiten o no la modalidad omisiva de la misma.

---

<sup>55</sup> En el caso La Cantuta (n. 44), párrafo 111, la Corte reitera el argumento sostenido en el caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, de que “en situaciones de privación de la libertad, como las del presente caso, el *habeas corpus* representaba, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

<sup>56</sup> Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2002, párrafo 88 letra a.

<sup>57</sup> *Ibíd.* En el mismo párrafo 88 letra a), la Corte establece que “(...) En efecto, las circunstancias de la desaparición del señor José Carlos Trujillo Oroza causaron a sus padres y hermanos sufrimiento y angustia intensos, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas bolivianas de investigar los hechos.”

En este tipo de delito, la gravedad y complejidad de la conducta impiden que sea realizada por omisión; siempre se requerirá entonces una acción material o física destinada a producir el resultado de desaparición.

Más aún, cuando los textos hablan de la “aquiescencia del Estado”, se refieren a una “omisión deliberada que tiene como objetivo permitir o facilitar la desaparición de la víctima.”<sup>58</sup>

#### **2.2.6. Desprotección de la víctima.**

A los elementos desarrollados precedentemente, creemos necesario añadir la imposibilidad que tiene la víctima de acceder a la justicia para interponer las acciones legales que correspondan, o hacer valer las garantías judiciales que son procedentes cuando se ha privado de libertad a una persona.

En lo que se refiere a la desprotección de la víctima, existe una directa relación con los deberes de los Estados que, tal como ha señalado la CIDFP , deben tomar las medidas necesarias para evitar la perpetración de estos actos y además garantizar la protección judicial de la persona afectada, principalmente a través del ejercicio del *habeas corpus*.

En este sentido, la Corte no admite situaciones como las del caso La Cantuta, donde las acciones de *habeas corpus* fueron rechazadas, “en dos de las cuales se limitaron a aceptar las justificaciones o silencio de las autoridades militares, que alegaban estado de emergencia o razones de “seguridad nacional” para no brindar información.” Aún más, sostiene que “las autoridades estatales no se pueden amparar en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad

---

<sup>58</sup> *Ibíd.*

nacional, para dejar de aportar la información requerida por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes.”<sup>59</sup>

### **2.2.7. Impunidad.**

Este elemento que caracteriza los casos de desapariciones forzadas de personas se constata porque dentro de las obligaciones de los Estados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), a propósito de la protección del derecho a la vida,<sup>60</sup> existe la obligación de investigar, procesar y sancionar los hechos que la infringen.

En el caso de la “Panel Blanca”, la Corte Interamericana definió la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.”<sup>61</sup>

La forma más típica de impunidad se produce por la pasividad de los Estados cuando deben conocer de un caso de presunta violación del derecho a la vida, “pero la más evidente es la que se produce como consecuencia de la dictación de leyes de amnistía.”<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> Caso La Cantuta (n. 44), párrafo 111 (ver además párrafos 112 y 115)

<sup>60</sup> Ver *infra* Capítulo I.3.4.

<sup>61</sup> Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de marzo de 1998, párrafo 173.

<sup>62</sup> MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría Y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso Y Recurso Judicial*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003. p. 103

### **2.3. Adecuación típica del delito.**

Antes de analizar los elementos del delito de desaparición forzada de personas desde la perspectiva de su tipicidad es preciso indicar que, si bien desde el año 2009 existe en nuestro país una ley que regula los “crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra”, entre los que se encuentra una figura que recoge los elementos de la desaparición forzada; creemos más apropiado desarrollar la adecuación típica del delito a partir de la concepción del mismo que tiene el derecho internacional –cuyos elementos acabamos de analizar-, y a partir de ella destacar algunos aspectos de relevancia. Para ello, cabe recordar que si por “tipo penal” entendemos la descripción legal de la conducta prohibida u ordenada por una norma, la “tipicidad” es la cualidad del hecho concreto en cuanto a subsumirse en la descripción legal.<sup>63</sup> Todo lo anterior en el marco de una concepción del delito que entiende por tal “una acción *típica*, antijurídica y culpable”.

La importancia de la adecuación típica de una conducta está en que la incompleta configuración, sea del tipo objetivo o del tipo subjetivo conlleva que la conducta en cuestión no es típica y, por ende, no delictiva.<sup>64</sup>

#### **2.3.1. Tipo objetivo.**

El tipo objetivo es el segmento de la descripción legal que se refiere al hecho mismo, sin considerar el dolo o la culpa del agente en su actuar, que es el contenido esencial del tipo subjetivo. Y, si por “acción” debemos entender

---

<sup>63</sup> BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso De Derecho Penal. Tomo II. Parte General*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. p. 9

<sup>64</sup> *Ibíd.*, p. 20

toda conducta humana exterior evitable,<sup>65</sup> su contenido queda fijado esencialmente por el verbo rector.

### 2.3.1.1. Verbo rector.

Por las especiales características de la desaparición forzada, el verbo rector que rige la conducta no puede consistir en un solo comportamiento. Por el contrario, si dentro de la comisión del delito existen actos de distinta naturaleza como son, privar de libertad, ocultar, torturar y, en definitiva, matar a la persona desaparecida; cada una de esas conductas configura el tipo. En consecuencia, el verbo rector de la acción es, en primer término, privar de libertad a una persona, actuar que por sí solo no constituye desaparición forzada, sino que alguna hipótesis de delito que afecta la libertad personal.<sup>66</sup>

Luego, el agente deberá ocultar a la víctima forzadamente, es decir, sin la voluntad de aquélla. Este ocultamiento implica sustraer a la persona de su mundo normal, por lo que se ignorará su paradero.<sup>67</sup> Por lo anterior, el ocultamiento se configura con dos actos: negar la captura por parte de los agentes y omitir dar información sobre su suerte.<sup>68</sup>

Los demás actos que conciernen a la desaparición forzada de personas –la tortura y el homicidio- son esencialmente presumibles, es decir, conductas específicas que suelen estar comprendidas en el delito, pero cuya efectiva ocurrencia queda entregada en gran medida al criterio del órgano competente que sanciona el hecho.

---

<sup>65</sup> Ibíd.

<sup>66</sup> Ver *infra* Capítulo I.4.

<sup>67</sup> BRIJALBO, María y LONDOÑO, Catalina. *Análisis Del Delito De Desaparición Forzada*. Tesis de grado, Universidad Javeriana, Colombia, 2004. p. 30 [en línea]

<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS55.pdf>>

[consulta: 15 de agosto de 2011]

<sup>68</sup> Ibíd. pp. 30-31

Conforme a lo anterior, y respecto a la conducta de ocultar a la víctima a la que nos hemos referido, la Corte Interamericana, en concordancia con la definición que ofrece el Estatuto de Roma, ha señalado que este tipo de conductas –la prolongación de la desaparición forzada-, que se traducen en “(...) el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima”, son hechos que constituyen “por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano”<sup>69</sup>, reconociendo que en el actuar del sujeto activo se manifiesta el verbo rector torturar –o alguna conducta análoga como la referida tratar cruel e inhumanamente-.

### **2.3.1.2. Objeto jurídico (o bien jurídico protegido por el delito).**

El objeto jurídico del delito no debe confundirse con el objeto material de la acción (cosa o persona en que recae la acción, normalmente vinculado a los instrumentos o medios empleados para perpetrar el delito), o con el objeto material del resultado (cosa o persona en que recae el efecto de la acción)<sup>70</sup>, elementos que en el caso de la desaparición forzada se configuran en los instrumentos con que se comete el delito y en la persona del desaparecido, respectivamente.

Cuando hablamos del objeto jurídico nos referimos al bien jurídico protegido por la figura delictiva, y que en la desaparición forzada de personas tiene un carácter múltiple por significar la violación de distintos derechos.<sup>71</sup> En efecto, el delito que estudiamos infringe la libertad personal (al privar ilegal y/o arbitrariamente la misma), la integridad personal (cuando se ejecutan actos de

---

<sup>69</sup> AMBOS, Kai et al. *Desaparición Forzada De Personas. Análisis Comparado E Internacional*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009. p. 189

<sup>70</sup> Para un marco conceptual más amplio sobre los elementos que configuran el tipo penal ver BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Op. Cit.* (n. 63), pp. 20-21

<sup>71</sup> Ver *infra* Capítulo I.3.



tortura o tratos crueles e inhumanos), y la vida (en el supuesto de que nunca aparezca la víctima); junto a ello, consideramos que la desaparición forzada infringe el derecho al debido proceso por la amplia infracción de garantías procesales que representa, como veremos cuando se analicen los derechos violados por el delito.<sup>72</sup>

### **2.3.1.3. Sujetos de la acción.**

La desaparición forzada no es un delito común, debido a que lo cometen agentes del Estado o personas que actúan con su autorización o aquiescencia, por lo tanto, se trata de una conducta de sujeto activo calificado. Según lo anterior, “sujeto activo de este delito nunca podría ser un miembro de una organización sublevada contra el Estado, esto es, grupos guerrilleros que buscan derrocar al Gobierno.”<sup>73</sup> El Estatuto de Roma utiliza un criterio más amplio al definir la desaparición forzada de personas y contempla la posibilidad de que el sujeto activo pueda pertenecer a una “organización política”.

Por el contrario, el sujeto pasivo del delito es indeterminado, podrá ser cualquier persona natural.

### **2.3.2. Tipo subjetivo.**

La conducta que constituye el delito de desaparición forzada es dolosa, sea que consideremos que el dolo recae en la privación de libertad o directamente en el ocultamiento de la persona.

---

<sup>72</sup> Conforme a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada que contempla una atenuante para los responsables que contribuyen a la aparición con vida de la víctima, “el injusto penal de la desaparición forzada de personas se mantiene aun en el caso de que posteriormente aparezca con vida la víctima. Para la consumación de este delito no es necesaria la muerte de la persona.” En AMBOS, Kai et al. *Op. Cit.* (n. 69), p. 186

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 191

Por otro lado, si la privación de libertad fue legal, el dolo del agente –en el caso de ser éste un funcionario público- será sobreviniente. Mientras que si la detención fue ilegal, no mediando ninguna orden de aprehensión por autoridad competente, la conducta será también ilegítima desde el principio.<sup>74</sup>

### **3. Derechos violados por el delito de desaparición forzada de personas.**

Dentro de los aspectos que interesan a la comunidad internacional al momento de tipificar la desaparición forzada de personas, destaca el carácter “pluriofensivo” de la conducta –y que afecta al núcleo esencial de derechos de la persona-, ya que “es de suma importancia la determinación del interés protegido en la desaparición forzada de personas, pues ayuda a establecer el alcance de la conducta punible y el momento de su consumación.”<sup>75</sup>

En términos generales, se entiende que el delito es “pluriofensivo” o de violación múltiple, porque en ningún caso es un único bien jurídico el que protege; incluso se ha dicho que en la desaparición el bien jurídico se muestra en una doble expresión, una personal y otra colectiva: en la expresión “personal”, la desaparición forzada afecta el ejercicio de acciones para la salvaguardia de derechos como la integridad física, la libertad, el derecho a no ser sometido a tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; mientras que, en lo “colectivo”, se ve afectado el interés social en el normal funcionamiento de la administración de justicia.<sup>76</sup>

Por último, antes de analizar en detalle los principales derechos que infringe la conducta en estudio, es pertinente señalar que la misma Convención

---

<sup>74</sup> BRIJALBO, María y LONDOÑO, Catalina. *Op. Cit.* (n. 67), p. 31

<sup>75</sup> ALFLEN DA SILVA, Pablo. *Op. Cit.* (n. 7), p. 170

<sup>76</sup> *Ibíd.*

Interamericana establece en un considerando preliminar que “la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos.”

En una primera etapa, la Corte Interamericana determinó que la figura constituía una afectación a tres derechos humanos: el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personal.<sup>77</sup>

Más recientemente, el enfoque se ha visto ampliado al incluir los deberes de los Estados de investigar y sancionar este delito, más que meramente enumerar sus características y elementos. Así, en el caso Goiburú, la Corte señala que es imperativo que la figura sea tratada “integralmente” en virtud de su carácter múltiple y continuo; además de calificarlo como un delito de lesa humanidad.<sup>78</sup>

A continuación desarrollaremos los derechos vulnerados por el delito de desaparición forzada de personas que, además de no ser objeto de cuestionamientos, han sido reiteradamente examinados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Según el orden cronológico, conforme a su desarrollo por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, corresponden a: derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y derecho a la personalidad jurídica.

---

<sup>77</sup> Caso Velásquez Rodríguez (n. 28), párrafos 186 a 188

<sup>78</sup> Caso Goiburú (n. 30), párrafos 81 a 85

### **3.1. Derecho a la vida.**

Analizando la jurisprudencia de la Corte Interamericana nos encontramos con que la práctica de desapariciones ha significado, con frecuencia, la ejecución de los detenidos “en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida.”<sup>79</sup>

La norma que los actos de desaparición forzada infringen, finalmente, es el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el que prescribe la protección del derecho a la vida en los siguientes términos:

#### “Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

---

<sup>79</sup> Caso Velásquez Rodríguez (n. 28), párrafo 157

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.”<sup>80</sup>

En principio, examinando el inciso primero del artículo transcrito podría pensarse que este derecho consiste únicamente en no ser privado de vida en forma arbitraria, pero esto no es tan así, considerando que el artículo 1 de la Convención citada obliga a los Estados a garantizar el ejercicio de acciones que permitan el goce efectivo de ese derecho.<sup>81</sup>

Lo anterior ha quedado demostrado a lo largo del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana que en diversas decisiones ha establecido el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, y así también ha requerido que el Estado adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones de derechos humanos.

En lo que a nosotros concierne, la infracción del artículo 4 se produce porque se ejecuta a los detenidos, tal como ejemplificamos con el caso Velásquez Rodríguez, en que la impunidad de los responsables aumenta la gravedad del hecho y explica la importancia que le asigna el derecho internacional al regular la materia en instrumentos dedicados especialmente a ella.

---

<sup>80</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (n. 79)

<sup>81</sup> MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.* (n. 62), p. 61

Frente al actuar de los Estados, en cuanto niegan sus actos o se muestran indiferentes a ellos, la Corte ha expresado la obligación de prevenir las violaciones al derecho a la vida.<sup>82 83</sup>

Un asunto que debe ser tratado a propósito del derecho a la vida, es el de los efectos de la falta de cuerpo del delito para probar el homicidio. Naturalmente las posiciones serán, por un lado, sancionar igualmente el delito y, por el otro, negar este último por no existir pruebas del hecho de la muerte.

En general somos partidarios de la posibilidad de sancionar el delito sin que exista un cadáver para acreditar en un proceso judicial el hecho de la muerte, sobre lo que se ha sostenido que “el cuerpo del delito se prueba por cualquier medio de prueba siempre que no esté expresamente prohibido”<sup>84</sup>; aludiendo a las posibilidades de medios probatorios que ofrece el proceso penal.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana avala en cierta medida la postura anterior al establecer que el derecho a la vida se ve violado cada vez que existe una desaparición, sea la muerte probada o no en el proceso, ya que ésta presumiblemente ocurre cuando se pone a una persona en manos de agentes que tienen “reputación” de asesinar a aquéllos que tienen detenidos; la

---

<sup>82</sup> Ver *infra* Capítulo II.5.2.3.

<sup>83</sup> En el contexto del deber de “prevención” de los Estados, la Corte señala que “el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto.” Caso Velásquez Rodríguez (n. 28), párrafo 175.

<sup>84</sup> POZO, Nelson et al. *El Cuerpo Del Delito En El Homicidio*. Doctrinas Esenciales Gaceta Jurídica, Tomo I, Derecho Penal, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011. p. 392

Corte extiende a la sola amenaza clara e inminente de la vida, un caso de violación del derecho en cuestión.<sup>85</sup>

Finalmente, en relación al tratamiento del derecho a la vida en nuestra legislación, a propósito de la falta de cadáver para acreditar un delito de homicidio, existe la opinión de establecer una nueva circunstancia agravante en el Código Penal chileno, precisamente para el caso en que existe destrucción total o parcial, u ocultamiento o desaparición forzada del cadáver; lo anterior fundado en la relevancia de la víctima para la moderna concepción del derecho penal.

En este sentido, “el atentado al bien jurídico de la vida en el delito de homicidio, mediante la manipulación total o parcial del cadáver, es un atentado a los derechos de la víctima, ante lo cual el derecho penal responde al *jus puniendi* y también, al reconocimiento de los derechos de la víctima”, incluso cuando no exista cadáver, o sólo exista parcialmente.<sup>86</sup>

### **3.2. Integridad personal.**

La Convención Americana se preocupó expresamente de la protección del derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral, además de prohibir determinadas conductas que afectarían el derecho.

---

<sup>85</sup> “El contexto en que se produjo la desaparición y la circunstancia de que siete años después continúe ignorándose qué ha sido de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que Manfredo Velásquez fue privado de su vida. Sin embargo, incluso manteniendo un mínimo margen de duda, debe tenerse presente que su suerte fue librada a manos de autoridades cuya práctica sistemática comprendía la ejecución sin fórmula de juicio de los detenidos y el ocultamiento del cadáver para asegurar su impunidad.” Lo que representa para el Estado de Honduras una infracción al deber de “garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual implica la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho.” Caso Velásquez Rodríguez (n. 28), párrafo 188.

<sup>86</sup> POZO, Nelson et al. *Op. Cit.* (n. 115), p. 393

La consagración de este derecho trae aparejadas, al menos, la obligación para el Estado de no realizar ninguna acción u omisión de las prohibidas por el artículo 5 y de impedir que otros las realicen; mientras que para los individuos representa la cualidad de ser merecedor de respeto, “sin que nadie pueda, en principio, interferir con él o con sus decisiones (respecto de sí mismo).”<sup>87</sup>

Los términos en que la Convención protege este derecho son los siguientes:

“Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.* (n. 62), p. 138

<sup>88</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (n. 79)



El artículo aborda también las condiciones en que deben mantenerse las personas privadas de libertad, disponiendo cuál debe ser el objetivo de dicha privación; pero la idea central detrás de la protección de la integridad personal, es sin duda, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>89</sup>

Si pensamos en las dificultades que pueden derivar del artículo 5, la determinación de las conductas que concretamente afectan la integridad personal cobra especial importancia. Y es que existe un relativo consenso en la comunidad internacional sobre lo que se entiende por “torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, pero es difícil establecer los criterios con que se considere una determinada conducta como uno de esos actos prohibidos.

Examinando los instrumentos internacionales<sup>90</sup>, destaca la preocupación por el tratamiento de la tortura, principalmente debido a su uso extendido como método para obtener información por parte de la persona privada de libertad.

El artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, por su parte, sí define expresamente lo que se entiende por tortura<sup>91</sup>, norma que se complementa con el artículo 3 de la misma Convención; y si bien

---

<sup>89</sup> MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.* (n. 62), p. 139

<sup>90</sup> Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (9 de diciembre de 1975); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (10 de diciembre de 1984); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (9 de diciembre de 1985); y Convención Europea para Prevenir la Tortura y las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (26 de noviembre de 1987).

<sup>91</sup> Para esta Convención se entiende por tortura “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.”

en la jurisprudencia de la Corte Interamericana existen múltiples ejemplos de acciones u omisiones que infringen el artículo 5 de la Convención Americana; aquélla no se ha sentido en la obligación de fijar un concepto propio de una o todas las conductas prohibidas.<sup>92</sup>

En este sentido, y a propósito de la violación del artículo 5 de la Convención Americana, en el caso Loayza Tamayo, la Corte Interamericana señaló que “la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.”<sup>93</sup>

Por su parte, en el caso Bámaca Velásquez, al que ya nos hemos referido anteriormente, se califica como tortura el sometimiento de la víctima a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo y, en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica.<sup>94</sup>

Distinto es el razonamiento en el caso Myrna Mack; en él se establece que la integridad personal puede violarse respecto de los familiares de la víctima cuando el Estado incumpla su obligación de investigar y castigar. Así también amplía el concepto a hostigamientos y amenazas que los familiares puedan experimentar como consecuencia de la investigación.

---

<sup>92</sup> MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.* (n. 62), p. 158

<sup>93</sup> Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 1997, párrafo 57

<sup>94</sup> Caso Bámaca Velásquez (n. 80), párrafo 158

En efecto, para la Corte Interamericana, la lesión de un derecho puede afectar directamente a una persona por obra del “golpe” que el acto o la omisión del agente significan, como también de manera indirecta (como ocurre a una madre por el intenso sufrimiento que significa el secuestro, la tortura, desaparición o muerte de un hijo). En este último caso, “el resultado lesivo que proviene de esta afectación indirecta no ha sido querido o producido inmediatamente por el hecho violatorio. Dicho de otra manera, no es el fin buscado por el agente del Estado, ni constituye el motivo o la razón de ser de la conducta violatoria, como lo es, en el supuesto anterior, la privación de la vida.”<sup>95</sup>

Aún más, en esta sentencia la Corte sostuvo que la indemnización por el daño moral causado a personas distintas de la víctima inmediata, refleja que éstas poseen también un título jurídico que les permite ser acreedoras de esa indemnización.<sup>96</sup>

Para finalizar, en relación al derecho a la vida que examinaremos a continuación, y aunque no existe jurisprudencia asentada sobre el tema, han surgido votos disidentes que consideran la amenaza del derecho a la vida, como violación al derecho a la integridad personal.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2003, párrafo 56

<sup>96</sup> *Ibíd.*, párrafo 60

<sup>97</sup> En el caso Durand y Ugarte, el voto disidente del juez de Roux Rengifo sostuvo la vulneración del artículo 5 fundado en que, aún a falta de pruebas que acreditasen en el proceso los malos tratos que dicha norma sanciona; “atendidas las circunstancias del caso, es muy probable que entre el momento en que los agentes del Estado emprendieron contra los presos el tipo de ataque del que dan cuenta las pruebas recaudadas, y el momento en que murió cada uno de los reclusos, casi todos, si no todos éstos, sufrieron momentos –cuando no horas- de angustia, de la mayor severidad.” Y a partir de los hechos acreditados puede concluirse “con un alto grado de certidumbre, que Durand y Ugarte, sufrieron graves padecimientos psíquicos y morales, y probablemente serios sufrimientos físicos, antes de morir, como resultado de un

### 3.3. Libertad personal.

La protección del derecho a la libertad personal se encuentra en diversos instrumentos internacionales como el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica. Por nuestra parte, Chile lo reconoce como una garantía constitucional, consagrada en el artículo 19 n° 7 de la Constitución Política.

En cuanto al contenido del derecho a la libertad personal, nos remitiremos al artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el que prescribe:

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales;
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas;
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios;
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella;
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio;

---

tratamiento cruel e inhumano por parte del Estado.” Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de agosto de 2000.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona;

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”<sup>98</sup>

La Corte Interamericana, por su parte, ha señalado que “un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado.”<sup>99</sup>

Pues bien, la libertad, en términos generales, se asocia a la posibilidad de autodeterminarse, es decir, de conducirse en la vida como a la persona le parezca, teniendo siempre como límite los derechos de terceras personas.

La libertad personal que protege el artículo 7 de la Convención Americana pareciera estar circunscrita a la posibilidad de ser confinada una persona a un espacio pequeño, con las características de una cárcel. Lo

---

<sup>98</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, Artículo 7

<sup>99</sup> Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2000, párrafo 140

anterior se debe a que la norma pone énfasis en la privación de libertad que se traduce en prisión. Pero esta interpretación no es correcta, por el contrario, cualquier privación de libertad que implique detener a una persona en un espacio reducido representa una afectación a este derecho.

Lo anterior se debe a que, “en la interpretación de cualquier derecho humano es indispensable ver cuál es su esencia, el núcleo que protege (sic), y no las conductas mencionadas como hipótesis de afectación, porque éstas son sólo el reflejo de lo que en el momento en que se escribió el catálogo aparecía como posible de afectar el derecho.”<sup>100</sup>

A partir de los términos con que el artículo 7 establece el derecho a la libertad personal, podemos señalar que la norma exige que se cumplan dos requisitos en toda privación de libertad para que no se infrinja el mencionado derecho; a saber, el requisito de legalidad, esto es, que en todo Estado existan normas con categoría de ley que regulen todo lo relativo a la privación de libertad, “desde las causales que la permiten hasta el procedimiento a que debe sujetarse la acción de privar de la libertad a una persona.”<sup>101</sup>

Respecto a la legalidad de la privación de libertad, los términos del artículo 7.6 de la Convención obligan a que en los Estados no sólo existan acciones o recursos procesales para determinar la legalidad de una detención; el derecho protegido en dicho artículo “no se cumple con la sola existencia formal de los recursos que regula. Dichos recursos deben ser eficaces, pues su propósito, según el mismo artículo 7.6, es obtener una decisión pronta “sobre la

---

<sup>100</sup> MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.* (n. 62), p.213

<sup>101</sup> *Ibíd.*, p. 219

*legalidad [del] arresto o [la] detención” y, en caso de que éstos fuesen ilegales, la ejecución, también sin demora, de una orden de libertad.”*<sup>102</sup>

La Corte Interamericana se ha pronunciado además sobre la transgresión a los derechos reconocidos por la Convención Americana que representa la inexistencia de un recurso efectivo contra sus violaciones. En este sentido, “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.”<sup>103</sup>

Por otro lado, encontramos el requisito de ausencia de arbitrariedad, por el que toda privación de libertad no sólo debe ajustarse al principio de legalidad, como hemos dicho, sino que además implica que no puede existir arbitrariedad en la ley que regula la privación de libertad, ni tampoco en la conducta de los agentes que la aplican.<sup>104</sup>

Distintos casos de la Corte Interamericana se han referido a la arbitrariedad en la conducta por la que se priva de libertad a una persona, reforzando la idea que en toda privación de este derecho el requisito de ausencia de la misma es tan determinante como el de la legalidad.

---

<sup>102</sup> Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de septiembre de 1999, párrafo 125

<sup>103</sup> *Ibíd.*

<sup>104</sup> MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.* (n. 62), p. 221

Así, en el caso Gangaram Panday, la Corte indica que el artículo 7 de la Convención Americana contiene garantías específicas, como las de sus incisos 2 y 3, esto es, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. En lo que se refiere al segundo supuesto, el de la ausencia de arbitrariedad, en la opinión de la Corte Interamericana, “se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.”<sup>105</sup>

Por otro lado, en el caso Bámaca Velásquez, la Corte Interamericana señaló que la desaparición de personas es precisamente un acto de privación de libertad arbitraria al considerar el derecho a la libertad personal como uno de los objetos de afectación de la conducta; “la desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos.”<sup>106</sup>

### **3.4. Debido proceso.**

El derecho al debido proceso suele ser materia de discusión por su contenido difuso, y el hecho de estar consagrado como garantía, tanto en

---

<sup>105</sup> Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1994, párrafo 47.

<sup>106</sup> Caso Bámaca Velásquez (n. 80), párrafo 128



instrumentos internacionales como en nuestra Carta Fundamental<sup>107</sup>, nos obliga a intentar precisar su contenido.

En el plano internacional, la Convención Americana<sup>108</sup> establece una serie de “garantías judiciales” en el artículo 8, señalando la Corte Interamericana al respecto que, su aplicación “no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.”<sup>109</sup> Lo que en definitiva exige el mencionado artículo 8, es que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.”<sup>110</sup>

Al ser el artículo 8 de la Convención Americana el que establece las “garantías judiciales” que en el derecho internacional se conocen como el derecho al debido proceso, a continuación transcribiremos dicha norma, para luego analizar los aspectos más relevantes referidos a la desaparición forzada de personas.

#### “Artículo 8. Garantías Judiciales

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

---

<sup>107</sup> Artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República

<sup>108</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (n. 79)

<sup>109</sup> Caso Baena Ricardo vs. Panamá. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2001, párrafo 124.

<sup>110</sup> *Ibíd.*

derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

La Convención Americana, en definitiva establece una serie de requisitos que deben ser cumplidos en todo proceso y, atendida la especial vulnerabilidad de la persona frente al Estado –privada de libertad en el caso de la desaparición forzada-, el artículo 8.2 contiene las garantías mínimas que le aseguran un debido proceso.

Este derecho al debido proceso en concreto, es el derecho básico en el sistema de protección de los derechos humanos “y un requisito *sine qua non* para la existencia de un Estado de Derecho.”<sup>111</sup>

Los requisitos esenciales que debe cumplir todo proceso judicial para no vulnerar la garantía en comento son de dos tipos, por un lado se encuentran las garantías que se refieren al proceso mismo (artículo 8.1), mientras que, por el otro lado, se consagran una serie de derechos directamente relacionados con el imputado (artículo 8.2).

Sobre la infracción del derecho al debido proceso en el contexto de las desapariciones forzadas de personas, la Corte Interamericana ha sostenido que el rol de los órganos judiciales no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que “debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables.”<sup>112</sup>

Conforme a lo anterior, un Estado que respeta el derecho al debido proceso de quienes han sido privados de libertad, debe contar con jueces “que

---

<sup>111</sup> MEDINA, Cecilia. *Op. Cit.* (n. 62), p. 267

<sup>112</sup> Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de septiembre de 2003, párrafo 114

dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos.”<sup>113</sup>

Otro caso emblemático en lo que se refiere a la infracción del artículo 8 sobre debido proceso es Cantoral Benavides vs. Perú, donde se afirmaba la violación de un alto número de garantías contempladas en dicha norma.

En primer lugar, la Corte Interamericana establece que los tribunales militares del Estado que juzgan a una persona –presunta víctima de desaparición forzada- por el delito de traición, no satisfacen los requerimientos de independencia e imparcialidad establecidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Esto se debe a que la imparcialidad del juzgador queda comprometida por la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y la de juzgar e imponer penas a los miembros de dichos grupos.<sup>114</sup>

Luego, en relación a la presunción de inocencia, la Corte Interamericana sostiene que los términos en que la consagra el artículo 8.2 de la Convención Americana reflejan la exigencia de que “una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.”<sup>115</sup> Naturalmente se infringe la garantía si el detenido fue exhibido ante los medios de comunicación con “un traje infamante”, sindicándole la autoría del delito de traición a la patria –sin existir proceso ni condena-.<sup>116 117</sup>

---

<sup>113</sup> *Ibid.*, párrafo 115

<sup>114</sup> Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000, párrafo 114

<sup>115</sup> *Ibid.*, párrafo 120

<sup>116</sup> *Ibid.*, párrafo 119

<sup>117</sup> La misma sentencia sostiene en los párrafos 127 y 128, la infracción del artículo 8.2 letras c), d) y f), y en los párrafos 132 y 133, la del artículo 8.2 letra g) y 8.3

### **3.5 Derecho a la personalidad jurídica.**

Finalmente, como parte de la evolución del derecho internacional y de su jurisprudencia, diversos instrumentos internacionales han sostenido una relación existente entre el delito de desaparición forzada de personas y el derecho a la personalidad jurídica. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos señala en su artículo 3: “Toda persona tiene el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Por esta última debemos entender el reconocimiento de una persona en cualquier parte del mundo como sujeto de derecho y obligaciones, a gozar de los derechos civiles fundamentales que consagran las cartas fundamentales de cada Estado y los instrumentos internacionales, lo que implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes (obligaciones), por lo que su violación significa manifestar la negación a este reconocimiento.

En este mismo sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2009, en el caso Anzualdo Castro vs. Perú, donde en su párrafo 88 señala que del artículo 3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, respecto al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas, nace el correlativo deber para el Estado parte de procurar los medios y condiciones jurídicas para que efectivamente este derecho pueda ser ejercido de manera libre y plena por sus titulares, especialmente si son personas en situación de marginalidad, riesgo social o víctimas de discriminación.

En la misma sentencia, la Corte Interamericana señala las condiciones que la Comisión de Derechos Humanos ha señalado como una manifestación de la violación del derecho a la personalidad jurídica en la comisión del delito de desaparición forzada de personas. De esta forma, en su párrafo 97 la sentencia

enumera tres consideraciones: Primero, que el delito de desaparición forzada de personas priva a las personas de su capacidad de ejercer sus derechos, incluyendo todos los demás derechos del Pacto, y el acceso a cualquier recurso posible como consecuencia directa de las acciones del Estado. Segundo, se afecta este derecho cuando el Estado no ha conducido de manera pronta y diligente una investigación respecto a la desaparición de una persona, o rechaza un recurso legal encaminado en la misma dirección. Finalmente, la víctima del delito de desaparición forzada de personas es colocada fuera de la protección de la ley.

Por todo lo anteriormente manifestado, es claro que el delito de desaparición forzada de personas limita al punto de anular la posibilidad que tiene su víctima, como persona, de ejercer todos los derechos garantizados en las leyes y tratados internacionales, creando para ésta una situación jurídica indeterminada al estar al margen de cualquier tipo de protección legal, creando un grave caso de incumplimiento del deber fundamental que tiene todo Estado como garante de las libertades civiles, violando los derechos humanos de las víctimas al desconocer su personalidad jurídica.

#### **4. Figuras afines al delito de desaparición forzada de personas en el derecho chileno.**

En nuestro ordenamiento jurídico existe a partir de 2009 con la Ley N° 20.357, una figura que sanciona específicamente la desaparición forzada de personas. Pese a ello, y por tratarse de una innovación legislativa bastante reciente, queremos referirnos a la situación en que se encontraba Chile antes de su entrada en vigencia, para luego abordar los alcances de esta ley.

En el marco legislativo anterior al año 2009 podíamos abordar la regulación de la desaparición forzada, en primer lugar, a partir de la figura –hoy derogada- del rapto, delito más cercano a la formulación “en cuanto delito de atentado contra la libertad calificada por omisiones.”<sup>118</sup> Para luego, en un segundo lugar, examinar los distintos ilícitos comprendidos en el Código Penal chileno que sancionan en forma independiente, los derechos vulnerados por la desaparición forzada de personas.

No obstante lo anterior, existe la opinión que rechaza la tipificación del delito específico de desaparición forzada y que derechamente renuncia a la persecución del homicidio, ya que este ilícito en concreto no podrá ser probado ante los tribunales;<sup>119</sup> en este orden de ideas, la conducta sólo podrá castigarse en lo que se refiera a privación de libertad o infracción de garantía constitucional del detenido, aplicándose las sanciones correspondientes a los delitos de detención ilegal.

#### **4.1. Delito de rapto (artículo 360 del Código Penal).**

El Código Penal chileno sancionaba en los Arts. 358 a 360 el rapto de una mujer ejecutado contra su voluntad y con “miras deshonestas”.

En cuanto al contenido de la figura que se asemeja a la desaparición forzada de personas, el artículo 360 se refería a la pena aplicable para los casos en que el procesado no diera razón del paradero de la persona. En efecto, los términos de la norma eran: “Los procesados por delito de rapto que no dieran razón del paradero de la persona robada, o explicaciones satisfactorias sobre su muerte o desaparición, incurrirán en la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.”

---

<sup>118</sup> MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.* (n. 5), p. 54

<sup>119</sup> A propósito del derecho a la vida (ver *supra* Capítulo I.3.4.) revisamos la postura de la Corte Interamericana frente a la prueba del delito de homicidio.

En general, el delito estaba orientado a proteger la honra de las mujeres de “buena fama” –incluso el artículo 359 consideraba como elemento esencial, “la doncellidad” de la víctima-, con lo que nos alejamos bastante de la materia que se analiza en este trabajo; por ello sólo nos parece relevante la norma que agravaba la responsabilidad de quien oculta información sobre la suerte de la persona desaparecida.

Una vez derogados los artículos referidos al rapto, se entiende que todo atentado contra la libertad ambulatoria será sancionado conforme a los tipos penales del secuestro y la sustracción de menores.

#### **4.2. Figuras delictivas reguladas en el Código Penal chileno que protegen esencialmente la libertad personal.**

Si bien el delito de desaparición forzada de personas atenta en sus “fases de comisión” contra distintos derechos –y que nuestra legislación eleva a la categoría de garantías constitucionales-, en este apartado creemos pertinente referirnos a los ilícitos sancionados por el Código Penal que afectan directamente la libertad personal, por ser el primer derecho violado en toda desaparición, y porque escapa de nuestros objetivos analizar los delitos que afectan la vida y la integridad personal –materia por lo demás tratada extensamente por la doctrina penal-.

Sin embargo, el bien jurídico “libertad” tiene un contenido mucho mayor al que pretendemos abordar en esta sección, por lo que cabe precisar que nos referimos a los delitos que afectan la libertad en su aspecto material, es decir, la “libertad individual ambulatoria”.



En consecuencia, nos referiremos brevemente a los delitos de secuestro, sustracción de menores, detenciones irregulares, violación de prerrogativas y condenas irregulares. Figuras que tienen en común, el hecho de que afectan al mismo bien jurídico, como hemos dicho, la libertad en su aspecto material, es decir, el derecho de toda persona “a decidir sin interferencias coactivas de terceros su propia ubicación espacial”.<sup>120</sup> En concreto, nos referimos a la libertad ambulatoria protegida por el artículo 19 n° 7 de la Constitución Política de nuestro país.

En primer lugar, el delito de secuestro se sanciona en el Código Penal chileno en el artículo 141 en los siguientes términos “El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.” Luego, en el inciso 4° se agrava la responsabilidad para el caso de durar más de quince días la privación de libertad, o que de ella resulte un daño grave en la persona o intereses del secuestrado. Por último, en el inciso final se contempla una pena aún mayor para el supuesto de que con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 n° 1, en la persona del ofendido.

En segundo lugar, el artículo 142 regula el delito de sustracción de menores, donde el requisito que exige la ley penal es que la víctima sea menor de 18 años, y la pena varía dependiendo del objetivo perseguido con la privación de libertad.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso De Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2005. p. 177

<sup>121</sup> Así, en el numeral 1, cuando la sustracción se ejecuta para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si de ella resulta un grave daño para el menor, la pena es de presidio mayor en su grado máximo (15 años y un día a 20 años) a presidio perpetuo. Mientras que, en los demás casos ésta baja a presidio mayor en su grado medio a máximo (10 años y un

Una tercera figura delictiva que atenta contra la libertad personal la constituye la detención ilegal. En los Arts. 143 y 148 del Código Penal encontramos dos supuestos de ella.

Por los elementos que tiene en común con el delito de desaparición forzada destaca la segunda de dichas normas. Efectivamente, el artículo 148 sanciona el destierro, arresto o detención de una persona cometido en forma ilegal o arbitraria por un empleado público, y su pena aumenta para el caso en que la privación de libertad se prolonga por más de 30 días.

En cuarto lugar, existe un delito que sanciona específicamente la conducta del funcionario público durante la privación de libertad (se refiere al arresto) viola las prerrogativas “que la ley le acuerda”.<sup>122</sup>

Por último, y para cerrar en definitiva la sección y este primer capítulo, el artículo 152 del Código Penal se refiere a las condenas irregulares, delito con el que se castiga a los empleados públicos que, arrogándose facultades judiciales, imponen castigos equivalentes a pena corporal –proscritas en nuestro ordenamiento jurídico-.

#### **4.3. Ley N° 20.357: La Desaparición Forzada de Personas entre los Crímenes de lesa humanidad.**

El 18 de julio de 2009 se publica en el Diario Oficial y entra en vigencia la Ley que “Tipifica Crímenes de lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra”; texto a través del cual nuestro país tipifica una serie de

---

día a 20 años). Esta norma también aplica la agravación de responsabilidad del inciso final del artículo anterior referido al secuestro.

<sup>122</sup> El artículo 151 del Código Penal castiga la violación de prerrogativas en los siguientes términos: “El empleado público que en el arresto o formación de causa contra un senador, un diputado u otro funcionario, violare las prerrogativas que la ley les acuerda, incurrirá en la pena de reclusión menor o suspensión en cualesquiera de sus grados.”

conductas –entre las que se encuentra la desaparición forzada- que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) son considerados delitos y crímenes.

El principal motivo para dictar esta nueva ley fue adecuar la legislación nacional al Tratado de Roma; esto, con la finalidad de que Chile pudiera ratificar dicho instrumento, lo cual se concretó a través del Decreto Supremo N° 104 dictado bajo el gobierno de Michelle Bachelet. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en 2002 señaló que, “para que Chile pudiera adherir a dicho tratado, se requería reformar la Constitución”, hecho frente al cual el gobierno de entonces despachó al Senado un proyecto de reforma constitucional<sup>123</sup>, el cual fue publicado en el Diario Oficial de 30 de Mayo de 2009.

La Ley N° 20.357 regula en el Título I los “Crímenes de lesa humanidad”, y considera conductas de esta naturaleza, además de la desaparición forzada, el exterminio, la esclavitud, el aborto y la esterilización forzados, la tortura, entre otras. Asimismo, establece los requisitos que debe cumplir el acto para ser considerado crimen de lesa humanidad; debe haberse realizado concurriendo las circunstancias de, cometerse “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (artículo 1 N° 1) y, que “responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detentan un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos” (artículo 1 N° 2).<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> Historia de la Ley N° 20.357. Primer Trámite Constitucional: Senado. pp. 4-23

<sup>124</sup> Artículo 1 de la Ley N° 20.357

Por tanto, los elementos del delito que lo elevan a la categoría en cuestión, y que en consecuencia lo vuelven de mayor gravedad en relación a los casos aislados, son su práctica sistemática y la comisión por parte de agentes vinculados al Estado o a alguna instancia de autoridad.

En cuanto a la desaparición forzada, el artículo 6 señala que: “Con la misma pena será castigado el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º y con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa.

En los casos a que se refieren los dos últimos incisos del artículo 141 del Código Penal, se estará a la sanción ahí contemplada.”

De acuerdo a los términos de la norma transcrita, la pena con que en Chile se castiga la desaparición forzada será la misma que se contempla para las conductas sancionadas en el artículo 5, presidio mayor en cualquiera de sus grados, es decir, una privación de libertad que va desde los 5 años y un día, a los 20 años.

Por último, a partir de la figura que establece el artículo 6, podemos reconocer como elementos constitutivos de la desaparición forzada en Chile: la privación de libertad, el ocultamiento de la víctima y negativa a dar información sobre su paradero, y la consecuente desprotección o desamparo legal, además de ser cometida en forma sistemática y por parte de organismos estatales o vinculados a la autoridad, como todo crimen de lesa humanidad. Por lo tanto, en términos generales, la tipificación de la desaparición forzada en Chile se ajusta en cuanto a su contenido a los distintos conceptos que ofrecen los tratados internacionales, como vimos al examinar la aproximación conceptual del delito.

**CAPÍTULO II:**  
**El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Desaparición  
Forzada de Personas en Latinoamérica y la Convención Interamericana  
Sobre Desaparición Forzada de Personas.**

**1. Introducción.**

El presente capítulo tiene como objetivo, en un primer punto, presentar de manera sucinta los mecanismos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde sus inicios post Segunda Guerra Mundial, presentando la evolución tanto de sus objetivos como de sus instituciones, a la luz de algunos ejemplos de perpetraciones sistemáticas del delito de desaparición forzada de personas cometidos en América Latina desde los años setenta en adelante, de manera que se pueda entender la necesidad que existe de medios de protección supranacionales de derechos humanos en nuestro continente.

En un segundo punto, se presentará el contexto histórico e institucional en que se adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (en adelante: “la Convención Interamericana” o “CIDFP”) en Belem do Para, Brasil el 9 de junio de 1994, y que comenzó a entrar en vigor en nuestro país el día 25 de febrero de 2010, treinta días luego de realizado el depósito del segundo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA), según lo contenido en el artículo XX de la Convención Interamericana.

En un tercer punto, se analizará la estructura y características de la Convención Interamericana, señalando los Estados en que ésta se encuentra

actualmente en vigor, en especial la historia legislativa que tuvo en el Congreso Nacional de Chile. Posteriormente, se analizará el delito de desaparición forzada de personas y su tratamiento en sus diferentes aspectos, según se encuentre tipificado en la Convención Interamericana, señalando sus características y elementos esenciales, reservándonos el grueso de la crítica a de este cuerpo legal para el capítulo tercero del presente trabajo, donde se contrastará con la configuración que se le ha dado al mismo delito de desaparición forzada de personas en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

El examen que este capítulo hace a la Convención Interamericana servirá de base para el análisis comparativo<sup>125</sup> que se realizará entre ésta y la Convención Internacional, donde se señalarán las deficiencias que presenta la primera respecto a esta última y que, en definitiva, nos llevan a sostener la necesidad que tiene Chile, ante la posibilidad de que vuelvan a ocurrir la perpetración de este delito en el país, de regirse por la Convención Internacional.

## **2. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.**

Podemos entender el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos como un conjunto de instrumentos internacionales que los Estados de la región, en uso de su soberanía, han ido suscribiendo con el objeto de formar una base de un sistema de protección y promoción de los derechos humanos, recogiendo los derechos y libertades reconocidos a todas las personas que son parte de los Estados miembros<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Ver *infra* Capítulo III.3.2.

<sup>126</sup> Los principales instrumentos legales que conforman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos son: Convención sobre la nacionalidad de la mujer (1933); Convención sobre asilo político (1935); Declaración Americana de Derechos y Deberes del

Actualmente, la Convención Americana de Derechos Humanos consta de dos instituciones, con labores específicas y diferenciadas, que tienen como deber la promoción y protección de los derechos humanos, que junto con una serie de tratados e instrumentos internacionales han ido conformando lo que conocemos como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Lo primero que se debe saber del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es que viene ha ser el fruto de una constante revisión y evolución de sus instituciones y métodos a partir de la década de 1940, especialmente con posterioridad a los hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial. Esta guerra, como todos entendemos, fue una muestra fáctica de grandes proporciones sobre como el gobierno de las mayorías se podía equivocar y

---

Hombre en 1948; Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (1948); Convención Interamericana Sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (1948); Convención sobre asilo territorial (1954); Convención sobre asilo diplomático (1954); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando estos tengan trascendencia internacional (1971); Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1979); Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979); Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987) Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (1988); Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990); Carta de la Organización de los Estados Americanos (1993); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para" (1995); Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación (1996); Convención Interamericana contra la Corrupción (1997); Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores (1997); Reglamento de la Comisión Interamericana de Mujeres (1998); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" (1999); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000); Carta Democrática Interamericana (2001); Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008); Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres (2008); Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009); y Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010).

perpetrar crímenes tan atroces como de los que es responsable el Tercer Reich.

Se tiene conciencia de la necesidad sobre una especial preocupación por los derechos y libertades de las personas como tales, independiente de cualquier característica étnica, cultural o económica, y que esta protección deba de ser supranacional, en la medida que existe la posibilidad de que el propio Estado no ofrezca las garantías suficientes y persiga a sus ciudadanos, con discursos como el de la pureza de la raza o el enemigo interno, a través de sus funcionarios o grupos de personas que actúen con su autorización. Por este, entre otros motivos, al finalizar la Segunda Guerra Mundial se fundó, el 24 de octubre de 1945, la Organización de Naciones Unidas (ONU), en la ciudad de San Francisco, Estados Unidos, y que actualmente es la más grande organización de países, con 193 Estados miembro<sup>127</sup>, que promueve una educación sobre los derechos humanos, así como su promoción y protección, además de encargarse de mediar por la paz y seguridad mundial, canalizar la cooperación económica, etc. La protección de los derechos humanos estaba en el rango de primer orden de prioridades al momento de fundarse la ONU, y es por esto que el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia, su Asamblea General adopta la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>128</sup>.

Por otra parte, en América Latina, en el año 1945 se realizó la Conferencia Interamericana Sobre Problemas de Guerra y de la Paz, en Ciudad de México, donde se examinó lo que hasta entonces era un sistema interamericano<sup>129</sup> que carecía incluso de una Carta Fundamental que diera

---

<sup>127</sup> Información disponible [en línea]:

<<http://www.un.org/es/members/>> [consulta: 15 de agosto de 2011]

<sup>128</sup> Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), año 1948

<sup>129</sup> Se denominaba "Sistema Panamericano" o "Unión Panamericana" en 1945. Ha sido reformada por: Protocolo de Buenos Aires (27 de febrero de 1967); de Cartagena de Indias (5



cierta coherencia orgánica a la región. Ante la necesidad de organización, y el compromiso de los Estados que en ese entonces formaban el sistema panamericano de querer someter su conducta y relaciones mutuas al derecho internacional<sup>130</sup>, se encargó al Consejo Directivo de la Unión Panamericana la redacción de la preparación de un proyecto que satisficiera estas expectativas y que terminaría con que el 30 de abril de 1948, durante la Novena Conferencia Internacional Americana, en la ciudad de Bogotá, Colombia, se otorgara por parte de los Estados miembros del sistema la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, “Carta de la OEA”)<sup>131</sup>, Carta Fundamental del sistema interamericano, que en su primer artículo, bajo el Capítulo de Naturaleza y Propósitos, fija como meta lograr un ambiente de paz y justicia en la zona<sup>132</sup>. Junto con la adopción de la Carta de la OEA, en esta misma Conferencia, mediante su Resolución XXX se adopta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>133</sup>, en clara concordancia con la preocupación internacional respecto a los derechos esenciales de las personas.

Hay que entender estos primeros pasos hacia un Sistema Interamericano de Derechos Humanos en su contexto político. La Carta de la OEA y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se adoptaron cuando recién el mundo estaba recuperándose de los efectos devastadores, tanto a nivel personal como económico, de la Segunda Guerra Mundial, a la vez que un nuevo fenómeno político dominaba el globo, la Guerra Fría. En este

---

de diciembre de 1985); de Washington (14 de diciembre de 1992); de Managua (10 de junio de 1993).

<sup>130</sup> Sin embargo, el sistema internacional en la región, aun no estaba lo suficientemente desarrollado para imponer obligaciones vinculantes a sus Estados parte.

<sup>131</sup> Entró en vigencia el 13 de diciembre de 1951.

<sup>132</sup> Carta de la Organización de Estados Americanos, Artículo 1, inciso 1º: “Los Estados americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia.”

<sup>133</sup> En 1945, durante la Conferencia Interamericana Sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, mediante su resolución XL, se había encargado la redacción de esta declaración al Comité Jurídico Interamericano.

escenario, el sistema que pretenden imponer estos dos documentos se encuentra en las fases iniciales de su desarrollo, y ninguno de los 21 países suscriptores en 1948 tenía la confianza o el ánimo de contraer obligaciones vinculantes con estos textos legales, ni existían mecanismos para el control de su cumplimiento, así “la mayoría de los Estados se inclinó por adoptar sólo una declaración, es decir, un documento que contendría un conjunto de principios para guiar la conducta de los Estados en el ámbito de los derechos humanos (...) Esto determinó, naturalmente, la decisión de no crear un mecanismo internacional para la protección de los derechos en ella incorporados”<sup>134</sup>. Tanto la Convención de la OEA como la Declaración Americana de Derechos y Deberes Políticos del Hombre tuvieron que esperar a 1959, cuando se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>135</sup> (en adelante, “la Comisión”), para que se comenzaran a utilizar sus disposiciones que, aunque vigentes con anterioridad, no tenían aplicación.

La Comisión fue implementada con el objetivo de promover el respeto por los derechos humanos en el continente, formular recomendaciones y realizar estudios e informes para la OEA y los Estados miembros, en materias tanto académicas como de asesoramiento. Los estatutos de la Comisión no contemplaban un catálogo o definición de lo que se entendería por “derechos humanos”, sino se optó por hacer referencia a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre<sup>136</sup>.

El estatus no vinculante, que caracterizó al cuerpo normativo que regía tanto la protección de derechos fundamentales como la relación de los Estados

---

<sup>134</sup> MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Editorial Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2007, p. 15

<sup>135</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue establecida por la Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, y se reunió por primera vez en el año 1960.

<sup>136</sup> Ver Artículo 1 número 2 de los Estatutos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

miembros de la OEA en Latinoamérica, fue sacudido el 22 de noviembre de 1969, cuando en la ciudad de San José de Costa Rica se adoptó la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención Americana”)<sup>137</sup> durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos que se realizaba en esta ciudad. Se ha señalado que “la Convención Americana es fruto del progresivo desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”<sup>138</sup> y se entiende de suma importancia en el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en cuanto estipula una serie de obligaciones para los Estados parte y fija un repertorio de derechos y libertades fundamentales para las personas. Además, señala normas sobre interpretación, suspensión de derechos en forma temporal por causales calificadas, restricciones permitidas, todas de carácter sustantivo. En su parte orgánica, establece mecanismos de control para las obligaciones en ella estipulada, a la vez que crea los órganos encargados de ejercer dicho control, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte Interamericana”), y que deben velar tanto por la promoción con el respeto por los derechos fundamentales<sup>139</sup>.

Respecto de la Comisión y la Corte Interamericana, el artículo 33 de la Convención señala que tendrán competencia en todas las materias relativas al cumplimiento de los compromisos adquiridos en virtud de la suscripción del Estado a ella. La Comisión Interamericana, con anterioridad a ser incorporada en la Convención Americana, había creado por medio de la práctica procedimientos propios, que no eran los mismos que se le otorgaron ésta. Para solucionar el problema, el Consejo permanente de la OEA decidió mantener la

---

<sup>137</sup> También conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”.

<sup>138</sup> MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Op. Cit.*, (n. 134), p. 17

<sup>139</sup> La Convención Americana entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

vigencia de los procedimientos anteriores a la Convención Interamericana<sup>140</sup>, proponiendo que su aplicación se dé en ciertos casos en que es indiferente si el Estado es parte o no de la Convención Americana, y otros procedimientos exclusivamente para casos de Estado no miembros de la Convención. Así, los procedimientos de la Comisión que se encuentran consagrados en la Convención Americana se aplicarán exclusivamente a Estados que hayan suscrito ésta.

El artículo 41 de la Convención señala que la función principal de la Comisión Interamericana es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, otorgándole una serie de atribuciones numeradas en este artículo que permiten este propósito. Entre las señaladas en la mentada disposición se encuentran el deber general de estimular la conciencia en la región respecto a los derechos humanos, facultándola para hacer recomendaciones, estudios o emitir informes que conlleven a adoptar medidas por parte de los Estados miembros de la Convención Americana tendientes al perfeccionamiento de sus sistemas internos y del sistema interamericano en general. También, permite atender consultas, prestar asesoramiento y solicitar informe a los Estados respecto a alguna situación relacionada con la observancia de los derechos y deberes señalados en la Convención que exista en su jurisdicción. La Comisión funciona en base a dos instituciones, las Relatorías y los Grupos de trabajo<sup>141</sup>, además de dos tipos de sesiones: Las

---

<sup>140</sup> Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, Resolución CP/RES.253 (343/78), 20 de Septiembre de 1978.

<sup>141</sup> Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 15: "1. La Comisión podrá crear relatorías para el mejor cumplimiento de sus funciones. Los titulares serán designados por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión, y podrán ser miembros de dicho órgano u otras personas seleccionadas por ella, según las circunstancias. La Comisión establecerá las características del mandato encomendado a cada relatoría. Los relatores presentarán periódicamente al plenario de la Comisión sus planes de trabajo.  
2. La Comisión también podrá crear grupos de trabajo o comités para la preparación de sus períodos de sesiones o para la realización de programas y proyectos especiales. La Comisión integrará los grupos de trabajo de la manera que considere adecuada."

sesiones ordinarias, que se celebran por lo menos dos veces al año; Las sesiones extraordinarias, que se celebran cuantas veces sean necesarias a fin de solucionar una situación específica<sup>142</sup>. Sesionan con una mayoría absoluta de asistencia de sus siete miembros, funciona de manera privada y sus acuerdos, por regla general, se deciden con votación de mayoría<sup>143</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>144</sup>, por su parte, como segundo gran órgano para la promoción y protección de los derechos, puede conocer de cualquier caso que le presenten los Estados miembros de la Convención Americana o la Comisión Interamericana, una vez que se hayan agotado las otras vías<sup>145</sup>, como señala el artículo 61 de la Convención. Tiene como funciones el resolver los casos contenciosos que le son presentados respecto a una presunta violación de los derechos y deberes consagrados en el texto<sup>146</sup>, así como la de emitir opiniones consultivas solicitadas por los Estados miembros u otros órganos de la OEA<sup>147</sup>, es decir, una función contenciosa y otra consultiva. En cuanto a su función contenciosa, la Corte Interamericana ha de determinar si un Estado miembro de la OEA ha incurrido en responsabilidad internacional por no respetar o violar algún derecho o libertad que se encuentra consagrado en la Convención Americana u otro instrumento internacional aplicable al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por medio de un procedimiento contencioso que garantice un debido proceso y que resuelve con

---

<sup>142</sup> *Ibíd.*, artículo 14.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, artículo 18.

<sup>144</sup> En el caso nacional, el 21 de agosto de 1990, Chile realizó la declaración de reconocimiento de “pleno derecho” de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>145</sup> Por “otras vías”, entendemos el haber realizado una reclamación frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según lo prescribe el artículo 48 de la Convención Americana, no se haya llegado a una solución y la Comisión Interamericana haya hecho un informe de la situación, con su opinión y recomendaciones, y sin ver una respuesta por el Estado requerido, sea elevado a Corte Interamericana.

<sup>146</sup> PARAYRE, Sonia. *Op. Cit.* (n. 3), p. 26: Recién en abril de 1986 la Corte Interamericana comenzó a conocer los primeros casos contenciosos relativos a desaparición forzada de personas.

<sup>147</sup> Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 64.

una sentencia, que de encontrar responsable al Estado acusado, le impondrá formas de reparación a las víctimas y medidas provisionales de protección<sup>148</sup>. En su función consultiva, la Corte Interamericana responde a cuestiones de interpretación de la Convención Americana o de otro instrumento internacional aplicable al sistema interamericano, además de pronunciarse sobre la compatibilidad de estos instrumentos con disposiciones de derecho interno, cuando sea solicitada su opinión por alguno de los Estados miembros de la OEA o alguno de sus organismos. La Corte funciona en un periodo ordinario, que no se encuentra expresamente estipulado, pero suelen ser ocho semanas al año, divididas en 4 periodos, y asimismo un periodo extraordinario en que la Corte funciona fuera de su sede en San José de Costa Rica y se traslada a alguno de los países miembros por circunstancias calificadas<sup>149</sup>. Sus audiencias son públicas, pero no así la deliberación de sus siete jueces<sup>150</sup> que es privada.

Señalamos que una de las principales novedades de la Convención Americana radica es contener un catálogo de derechos y libertades esenciales, los cuales se encuentran divididos en Derechos Civiles y Políticos (artículos 3 a 25)<sup>151</sup> y Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 26)<sup>152</sup>, ambos

---

<sup>148</sup> Para supervisar el cumplimiento de la sentencia, la Corte Interamericana podrá solicitar información al Estado condenado respecto a las medidas que ha tomado para cumplir con las reparaciones, así como también podrá recopilar información de las víctimas y de la Comisión Interamericana. Periódicamente, la Corte debe informar a la Asamblea General de la OEA respecto al cumplimiento de los casos que conoce.

<sup>149</sup> Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 11 y 12.

<sup>150</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 56: El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

<sup>151</sup> Simplemente enunciados, los derechos civiles y políticos que establece la Convención Americana en sus Artículo 3 a 25 son los siguientes: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, garantías judiciales, a los principios de legalidad y retroactividad, a ser indemnizado, a la honra y la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a libertad de pensamiento y expresión, a rectificación de los medios, a reunirse, a la libre asociación, a la protección de la familia, al nombre, derechos especiales para los niños, a la nacionalidad, la propiedad privada, a la libre circulación y residencia, los derechos políticos, igualdad ante la ley y protección judicial.

<sup>152</sup> El Artículo 26 de la Convención Americana, no menciona de manera expresa los derechos económicos, sociales y culturales, sino que se refiere a los contenidos en la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires del 27 de febrero de 1967.

ubicados en su Primera Parte, Capítulo II y Capítulo III, respectivamente. Los titulares de estos derechos son todos los seres humanos. Esto proviene del artículo 1 número 1 de la Convención Americana, el cual señala que los beneficiados por las obligaciones que se le impone al Estado parte son todas las personas sujetas a su jurisdicción y, en su número dos, el mismo artículo prescribe que para los efectos de la Convención Americana persona es todo ser humano. Todo esto acorde a los principios generales que han estado inspirando al derecho internacional, especialmente a los derechos humanos, al ofrecer una protección amplia y exenta de toda discriminación.

Como además mencionamos, la Convención Americana establece una serie de obligaciones para los Estados parte de la Convención, que se pueden sistematizar en tres clases:

Primero, el artículo 1 N° 1 estipula el compromiso que hacen los Estados de respetar los derechos y libertades que contiene la Convención Americana y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona, sin que sea posible forma de discriminación alguna<sup>153</sup>. Estas obligaciones requieren del Estado una actitud pasiva en cuanto a no violar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción y, a la vez, un complemento con actividades positivas que garanticen que las mismas personas, puedan ejercer sus derechos libremente.

Segundo, el artículo 2 impone una obligación a los Estados parte de la Convención en la medida que el derecho interno de éstos no garantice los

---

<sup>153</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 1 número 1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."

derechos y libertades fundamentales consagradas en el texto legal<sup>154</sup>. Para cumplir esto, el Estado debe tomar las medidas legislativas de derecho interno necesarias para garantizar el libre ejercicio de los derechos, creando un sistema normativo interno que especifique y garantice de mejor forma los derechos y libertades consagradas en la norma internacional y, además, evite que exista un conflicto entre una norma de sus sistema jurídico y lo dispuesto en la Convención Americana<sup>155</sup>.

Tercero, existe el deber que tiene todo Estado parte de la Convención de cooperar con los órganos encargados de la promoción y protección de los derechos humanos, específicamente la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana. El artículo 41 letra d) faculta a la Convención Americana de Derechos Humanos a solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derecho humanos. Al mismo tiempo, el Estado está obligado a que esa información sea entregada en un tiempo prudente y sea veraz. Esta obligación de cooperación también compele al Estado a dar facilidades a la Comisión Interamericana en caso de que decida comenzar una investigación sobre un hecho de su jurisdicción.

---

<sup>154</sup> *Ibíd.*, Artículo 2: “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 que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

<sup>155</sup> Respecto a esta obligación, existe en Chile una disputa respecto a la existencia en su sistema normativo del Decreto Ley 2.191 viola la obligación contenida en los Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que proporciona amnistía a quienes cometieron crímenes durante la dictadura militar de Augusto Pinochet, entre los años 1973 y 1978 Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, párrafo 92. Además se pueden consultar los informes periciales que ante la Corte Interamericana ofrecieron los juristas nacionales NOGUERIA, Humberto y MATUS, Jean Pierre que se encuentran en la Revista *Ius Et Praxis*, año/Vol. 12, número 001, Universidad de Talca Chile, p. 251-274 y 275-296, respectivamente. Además, ver *supra* Capítulo II.3.4.



Finalmente, cabe señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la posibilidad de que se restrinjan temporalmente los derechos y libertades dispuestas en dicho documento, pero “la facultad de restringir no es discrecional para el Estado, sino que está limitada por el derecho internacional”<sup>156</sup>. Además, el artículo 27 de la Convención permite suspender las obligaciones que los Estados contraen al formar parte de ella, bajo la hipótesis de amenazas a su independencia o seguridad del Estado, como una guerra; esta suspensión debe ser temporal y en concordancia a las circunstancias que se están invocando, obligando al Estado afectado a informar a los demás Estados miembros de la Convención Americana respecto de esta situación y qué derechos se están afectando. El límite está trazado por ciertos derechos civiles y políticos que no pueden ser nunca vulnerados. Adicionalmente, el artículo 29 contiene cuatro normas de interpretación de la misma Convención Americana.

Como se verá a continuación en el punto tres de este capítulo, específicamente respecto al delito de desaparición forzada de personas, la situación política y económica a partir de la década de 1960 en Latinoamérica distaba mucho de ser una de respeto por los derechos fundamentales de las personas, y por tanto, aunque existía un desarrollo institucional tendiente a crear mecanismos de protección de estos derechos, Estados en dictaduras o gobiernos totalitarios se encontraban reticentes a admitir violaciones a los

---

<sup>156</sup> MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Op. Cit.* (n. 134), p. 32: Los autores señalan que existen tres límites a esta facultad de restricción que tienen los Estados signatarios de la Convención Americana. Primero, las condiciones generales y circunstancias deben estar establecidas en una ley, de manera que se evite la arbitrariedad de quienes gobiernan. Segundo, la causal de la restricción debe ser de aquellas que se encuentran presentes en la Convención Americana, donde se usan conceptos generales como interés general o seguridad pública, e hipótesis en que se presentan para un derecho en particular. Tercero, se señala que la restricción debe estar dentro de la lógica de una sociedad democrática, lo que se traduce en que en su extensión debe ser eficaz en comprender sólo los derechos atingentes a la situación en particular, en intensidad proporcional al contexto que se está atravesando y debe ser determinada en un marco de tiempo racional.

derechos humanos, y en caso de hacerlo, las justificaban aparándose en el *ius cogens*.

### **3. La Desaparición Forzada de Personas en América Latina.**

Se suele presentar América Latina como una zona especialmente sensible respecto a la violación de los derechos humanos, no sin cierta razón. Esta parte del territorio americano fue un foco importante del momento histórico que se vivió desde que terminó la Segunda Guerra Mundial en 1945 y que perduró hasta la caída de la Unión Soviética, la Guerra Fría. Desde la década de 1960 en adelante se experimenta un uso sistemático de la fuerza en general, y de la desaparición de personas en particular, como método de control social y práctica antisubversiva. Ya en la introducción a este trabajo sostuvimos que el delito de desaparición forzada de personas no está ligado exclusivamente a una ideología, sino que se entiende como un método que, como expondremos a continuación, ha servido a fines similares en contextos diferentes.

La desaparición forzada de personas, junto con la tortura, ha sido usada en América Latina tanto por gobiernos democráticos, como en Colombia y Perú, como en gobiernos militares, presentando casos paradigmáticos como el chileno. Los motivos de su aplicación van desde el eliminar partidarios de movimientos políticos y sociales contrarios al régimen gobernante hasta la desaparición de terroristas e insurgentes. De estos diversos motivos surgen diferentes explicaciones, y conceptos como “Seguridad del Estado”, “Enemigo Interno”, “Subversivos”, “Terrorismo de Estado”, se hicieron cada vez más comunes en el discurso de gobernantes y gobernados en la América Latina de 1960 en adelante. Una de las principales justificaciones es la lucha contra movimientos subversivos, es decir, la lucha contra el enemigo interno. Sin embargo, no siempre se comenzó ahí, en Colombia, Chile y Argentina

existieron periodos previos a la desaparición selectiva de activistas políticos, donde hubo un conjunto de personas que vieron sus derechos fundamentales violados por ser considerados, por el gobierno, “elementos indeseables para la sociedad”, por lo que gente desaparecía en base a su prontuario criminal.

La calidad de las víctimas de desaparición forzada es diversa, debido a que bajo objetivos tales como “obtener información” o “desarticular movimientos sociales” se detuvo tanto a civiles, políticos, dirigentes sociales, etc., en base no sólo a lo que habían hecho, sino también a quién conocían, que sabían y qué habían visto.

Hemos señalado previamente<sup>157</sup> que la desaparición forzada de personas es un crimen de lesa humanidad<sup>158</sup>, y América Latina es un perfecto ejemplo de aquello. Las violaciones a los derechos humanos, sólo bajo el uso de la desaparición forzada de persona, fueron numerosas, al nivel de decenas de miles. Por otra parte, se configura una práctica sistemática del delito en base a las numerosas y diversas ocasiones en el tiempo en que un Estado hizo uso de ésta como forma de control social, por ejemplo, en Perú se suele hablar de un periodo de cinco años desde 1983 a 1989, o en Chile que, aunque en diferente intensidad, se práctico por más de quince años. Los derechos violados, como previamente señalamos<sup>159</sup>, son el debido proceso, la integridad física, libertad personal y el derecho a la vida. Eventualmente, la mayoría de los países latinoamericanos han vuelto a regímenes democráticos y han terminado, en la actualidad, con la desaparición forzada de personas<sup>160</sup>. Sin embargo, su término abre un nuevo capítulo en la historia política e institucional de los

---

<sup>157</sup> Ver *supra* Introducción

<sup>158</sup> Para conocer las consecuencias que se derivan de este hecho ver *Infra* Capítulo III.3.2.1.2.

<sup>159</sup> Ver *supra* Capítulo I.3

<sup>160</sup> Sin embargo, en países como Colombia, donde la desaparición forzada de personas se da en el contexto de un gobierno democrático, y es cometido no sólo por agente del Estado sino también por la guerrilla, existen cientos de casos anuales de desaparecidos en el siglo XXI. Ver: AMNISTIA INTERNACIONAL. *Déjennos en paz*. Editorial Amnistía Internacional, Madrid. 2008.

países afectados en relación evitar que se produzcan nuevamente dicho delito y para esclarecer la verdad sobre lo acontecido en tales períodos. A modo de ejemplo podemos citar los casos de Chile donde se creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación o “Comisión Rettig”, y Argentina la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas o CONADEP<sup>161</sup>, constituidas como comisiones especiales para que investigar, dadas las especiales características del delito de desaparición forzada de personas, lo que sucedió con las víctimas y su paradero, como una forma de tener una “verdad oficial” y dar cierta paz y reparación a sus familiares.

A continuación, expondremos brevemente para efectos de ejemplificar lo que hasta aquí se ha sostenido respecto al delito de desaparición forzada de personas, su práctica sistemática en diversos países de América Latina. Con esto queremos acentuar la necesidad que hay de un sistema supranacional de promoción y protección de los derechos humanos, de la necesidad que existió para que se desarrollara la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la insuficiencia de este instrumento ante la evidencia histórica, concluyendo que es recomendable para todos los Estados el perfeccionar sus mecanismos internos de protección de los derechos y buscar la forma que la tutela internacional sea más efectiva.

### **3.1. Argentina.**

El 24 de marzo de 1976 se produjo un golpe de estado por parte de las fuerzas armadas argentinas al mando de Jorge Rafael Videla en contra del gobierno de María Estela Martínez<sup>162</sup>. Los problemas sociales se venían

---

<sup>161</sup> FARSON, Stuart y PHYTHIAN, Mark. *Comissions of Inquiry and National Security: Corporative Approaches*. Editorial ABC-CLIO, LLC., Estados Unidos, 2011. pp. 250 y ss.

<sup>162</sup> María Estela Martínez había asumido el gobierno argentino el 01 de julio de 1974 luego de la muerte del presidente Juan Domingo Perón, quien era su esposo.

arrastrando desde principios de la década de 1970, existía un clima de violencia principalmente propiciado por grupo políticos-sociales como el Ejército Revolucionario del Pueblo y la Organización Guerrillera Montoneros.

Con el pretexto de comenzar el denominado Proceso de Reorganización Nacional, la Junta Militar a cargo del gobierno comenzó la práctica sistemática de desaparición forzada de personas y la tortura. Se ha señalado que “las Fuerzas Armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor que el combatido, porque desde el 24 de marzo de 1976 contaron con el poderío y la impunidad del Estado absoluto, secuestrando, torturando y asesinando a miles de seres humanos (...) Con la técnica de la desaparición y sus consecuencias, 'todos los principios éticos; que las grandes religiones y las más elevadas filosofías erigieron años de sufrimientos y calamidades fueron pisoteados y bárbaramente desconocidos”<sup>163</sup>. En el periodo que duró el gobierno militar en Argentina, de 1976 a 1986, gobernaron cuatro juntas de gobierno, encabezadas por los comandantes en jefe del ejército, la armada y la fuerza aérea. Ante este clima de violencia y la reiterada perpetración de abusos por parte del Estado, el poder judicial estuvo impotente, debido a que la Junta de Gobierno destituyó a todos los miembros de la Corte Suprema Argentina y los reemplazó por abogados partidarios del régimen militar.

Las víctimas de la aplicación sistemática de la desaparición forzada de personas fueron principalmente miembros de grupos subversivos o que tenían vinculaciones con éstos. La ejecución del delito estaba a cargo de las fuerzas militares y policiales, además de ciertos grupos parapoliciales que contaban con la aquiescencia del gobierno, como la Alianza Anticomunista Argentina o Triple

---

<sup>163</sup> Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Informe CONADEP. Editorial Universitaria de Los Andes, 5 ed., 1984, Buenos Aires, p.3; Disponible [en línea]: <<http://eltallerliterario.com.ar/libros/nunca-mas-el-informe-de-la-conadep-en-pdf/>> [consulta: 15 de agosto de 2011]

A. La forma en que realizaban las detenciones era organizada, se realizó durante un periodo prolongado de tiempo y con métodos violentos<sup>164</sup>.

Con la vuelta a la democracia se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), el 15 de diciembre de 1983 durante el gobierno de Raúl Alfonsín. Era presidida por el escritor Ernesto Sábato, y tenía como objetivo establecer los hechos sucedidos durante la dictadura militar a partir de 1976, recibir las denuncias de víctimas e informe sobre la desaparición de personas, secuestro y torturas. El 20 de septiembre de 1984 se entregó el informe final de la CONADEP, conocido como "El informe Sábato", donde en su primera nómina se registraron 8.961 casos de desaparición de personas, 1.300 personas vistas en centro de detención identificadas, y más de 800 casos de personas de las que sólo se sabe su apodo.<sup>165</sup> Posteriormente, el informe sirvió como una forma de encausar las causas judiciales contra los integrantes del gobierno militar.

### **3.2. Colombia.**

En Colombia se vive un conflicto armado desde la década de 1960, cuando en 1964 se forma la Fuerza Armada Revolucionaria de Colombia (FARC). El Conflicto armado se agudizó a partir de 1970 cuando se extendió del radio urbano a las zonas rurales del país<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> *Ibíd.*, p. 4: "Los operativos de secuestro manifestaban la precisa organización, a veces en los lugares de trabajo de los señalados, otras en plena calle y a la luz del día, mediante procedimientos ostensibles de las fuerzas de seguridad que ordenaban "zona libre" a las comisarías correspondientes. Cuando la víctima era buscada de noche en su propia casa, comandos armados rodeaban la manzana y entraban por la fuerza, aterrorizaban a padres y niños, a menudo amordazándolos y obligándolos a presenciar los hechos, se apoderaban de la persona buscada, la golpeaban brutalmente, la encapuchaban y finalmente la arrastraban a los autos o camiones, mientras el resto del comando casi siempre destruía o robaba lo que era transportable."

<sup>165</sup> *Ibíd.*, ver: Capítulo 2: Las víctimas, p. 221 y siguientes.

<sup>166</sup> Amnistía Internacional. Ver n. 160, p.10: "Ninguna parte del país ha escapado a las consecuencias del conflicto, aunque en las áreas rurales más remotas, ricas en recursos naturales, el grado de destrucción es quizás el más elevado y el peor documentado."

El estudio del delito de desaparición forzada de personas en Colombia es de complejo análisis, ya que no es exclusivamente perpetrado por el Estado, sino también por grupos armados revolucionados, de narcotráfico y organizaciones paramilitares. Anualmente, aun hoy en el siglo XXI, se registran cientos de desapariciones y ejecuciones de personas, sin que existan resultados concretos, como así lo señala Gloria Gallego García: “Ninguno de los contendientes alcanza hasta hoy su fin último: los grupos insurgentes no han logrado la toma revolucionaria del poder para instaurar otro modelo de sociedad; el estado no los ha podido derrotar militarmente, ni consolidar las instituciones más allá de la impugnación de su legitimidad; los paramilitares no han alcanzado su propósito de cancelación de la insurgencia mediante la eliminación física de los rebeldes”<sup>167</sup>

El Estado Colombiano, ha usado la tortura y la desaparición forzada de personas como un método de control social contra subversivo por décadas<sup>168</sup>, siendo principalmente víctimas dirigentes políticos o sociales, miembros de grupos guerrilleros, especialmente en zonas rurales del país. Esto sin contar las miles de víctimas civiles que se encuentran atrapadas entre el fuego cruzado y zonas fronterizas de conflicto bélico interno<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> GALLEGO, Gloria y FERNÁNDEZ, Natividad. *Guerra y Desaparición Forzada en Colombia (Primera parte)*. Revista Jueces para la Democracia. 2003, España. v. fasc.47 p.87

<sup>168</sup> Amnistía Internacional. "Disappearances" and political killings: Human Rights Crisis of the 1990s. A manual for action. [en línea] <<http://amnesty.org/en/library/info/AMR23/046/1993/en>> [consulta: 15 de agosto de 2011]: “Moving beyond the task of fighting to defeat armed opposition groups by legitimate means, the armed forces engaged secretly in the physical elimination of members of a wide spectrum of the legal political opposition and other non-combatant civilians in areas of guerrilla activity. In so doing, they evolved a series of techniques to avoid accountability for their illegal and criminal acts.”

<sup>169</sup> Amnistía Internacional. Ver n. 160, p.9: “Decenas de miles de civiles han perdido la vida en el conflicto. Miles de personas han sido víctimas de desaparición forzada a manos de las fuerzas de seguridad o de los paramilitares, o han sido secuestradas por grupos guerrilleros. La toma de rehenes, sobre todo por parte de los grupos guerrilleros, y la tortura a manos de las fuerzas de seguridad, los paramilitares y las fuerzas de la guerrilla, son algunas de las tácticas para

El año 2000, al publicarse la ley número 599 de Colombia, que contiene el nuevo Código Penal del país, se consagró la figura de la desaparición forzada como un delito independiente del secuestro. Está contenido en el Libro II, Capítulo I, Título III, relativo a los delitos contra las libertades individuales y otras garantías, artículo 165.

### **3.3. Perú.**

De acuerdo a un informe evacuado por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas de las Naciones Unidas, durante los años 1989 y 1993 se practicó sistemáticamente, por parte del Estado peruano, el delito de desaparición forzada de personas en el contexto de la lucha antisubversiva contra los grupos Sendero Luminoso y Túpac Amaru<sup>170</sup>.

El año 2001, durante el gobierno del presidente provisional Valentín Paniagua se creó la Comisión de la Verdad y la Reconciliación para violaciones a los derechos humanos entre los años 1980 y 2000. Fue presidida por Solomón Lerner Febres. Esta comisión tenía como objetivo investigar la violencia terrorista en este marco de tiempo y, a la vez, analizar el comportamiento represivo del Estado peruano ante hechos. La Comisión de Verdad y Reconciliación entregó el 28 de agosto de 2003 su informe final<sup>171</sup> al entonces presidente de Perú, Alejandro Toledo.

---

sembrar el terror utilizadas en un conflicto que también se ha caracterizado por la utilización de niños y niñas soldados y la violencia sexual generalizada contra mujeres y niñas.”

<sup>170</sup> Los nombres oficiales son “Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso” y “Movimiento Revolucionario Túpac Amaru”.

<sup>171</sup> Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. Disponible [en línea] <<http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/>> [consulta: 15 de agosto de 2011]



Según el informe de la Comisión, la violencia comenzó cuando en el año 1983, luego de una serie de disturbios en el departamento de Ayacucho, las fuerzas militares del Estado peruano tomaron el poder para hacer frente a la subversión en que se encontraba el departamento. Bajo la comisión sistemática de la desaparición forzada de personas, la Comisión de la Verdad estableció que se buscaban múltiples objetivos:<sup>172</sup> Primero, conseguir información de los subversivos o sospechosos. Segundo, Eliminar al subversivo o al simpatizante de la subversión asegurando la impunidad. Por último, buscaban intimidar a la población y forzarla a ponerse de lado de las fuerzas del orden.

En un punto interesante del informe final de la Comisión, se observa que la definición que manejó de desaparición forzada de personas, dado el contexto de violencia extrema de ambos bandos, como en el caso colombiano, mencionaba como sujeto activo del delito de desaparición forzada de personas tanto a funcionarios de Estado como particulares y miembros de grupos subversivos.

La Comisión define la desaparición forzada de personas como “la desaparición y privación de libertad de una o más personas cometida por agentes del Estado o por quienes actúen con su autorización, apoyo o tolerancia, así como por particulares o miembros de organizaciones subversivas. Dicho acto es seguido por la falta de información o la negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Tal ausencia de información o negativa impide el ejercicio de los recursos legales y de los mecanismos procesales pertinentes. La definición comprende a las víctimas cuyo paradero continúa desconocido, aquellas cuyos restos fueron encontrados y aquellas que recuperaron su libertad”<sup>173</sup>. Además, se hace

---

<sup>172</sup> Ibid., p. 70

<sup>173</sup> Ibid., p. 58

presente en la definición que maneja la Comisión el hecho que impide hacer ejercicio de los recursos procesales pertinentes por la víctima, principalmente para diferenciarla de la detención arbitraria.

Los métodos de las fuerzas militares eran violentos e intrusivos para la población civil: “la estrategia *contra subversiva* involucraba tres etapas sucesivas: destrucción o expulsión de la fuerza guerrillera subversiva local, instalación de las fuerzas de control territorial y de la población, y destrucción de las organizaciones político-administrativas locales de la subversión”<sup>174</sup>. Se indicó que una de las principales causas por las que se llegó a un uso sistemático de la desaparición forzada fue que a consecuencia de la incorporación de los militares como garantes de la paz interna de la sociedad peruana, se incorporaron tácticas de guerra en la lucha contra los subversivos y no se realizó una fiscalización adecuada, por parte de los agentes del Estado de la labor que estaban realizando las fuerzas castrenses.<sup>175</sup>

### **3.4. Chile.**

El 11 de septiembre de 1973, siendo presidente de la República de Chile el político socialista Salvador Allende Gossens, se llevó a cabo por parte de las fuerzas armadas del país, apoyadas por un sector de la población civil, un golpe militar que derrocó al gobierno del presidente Allende, terminando con el suicidio de éste en el palacio de gobierno e instauró diecisiete años de gobierno autoritario en el país. Durante este periodo de tiempo, se violaron sistemáticamente los derechos humanos de la población, mediante detenciones arbitrarias, tortura, la desaparición forzada de personas y ejecuciones sin

---

<sup>174</sup> Ibid., p. 70

<sup>175</sup> Ibid., p. 69: Se detallan una serie de circunstancias que propiciaron el uso de la desaparición forzada en el caso de Perú.

mediar proceso judicial, dejando, además, sin participación política a la gran mayoría de los ciudadanos chilenos.

Estas violaciones fueron sistemáticas y continuas en el tiempo, con un uso desproporcionado de la violencia perpetrada por las fuerzas armadas y la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA)<sup>176</sup>. En un primer momento, las víctimas eran tanto miembros de diferentes organizaciones políticas como el Grupo de Amigos Personales<sup>177</sup>, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria<sup>178</sup>, el Partido Socialista y el Partido Comunista chileno, como también civiles que eran considerados elementos nocivos para la sociedad, como delincuentes y criminales de diverso tipo.

El 5 de octubre de 1988 se realizó en Chile un plebiscito para definir si el gobierno militar de Augusto Pinochet Ugarte continuaba hasta el año 1997 o si, por el contrario, era menester hacer elecciones democráticas<sup>179</sup>. Con un contundente 55.9% de los votos ganó la opción del “No”, siendo necesarias para el año 1989 la realización de elecciones democráticas de presidente, diputados

---

<sup>176</sup> La Dirección Nacional de Inteligencia fue creada en 1974, mediante el Decreto Ley N° 521, estaba dirigida por el Teniente Coronel Manuel Contreras y sus miembros fueron entrenados en la Escuela de las Américas, dependiente del Ejército de Estados Unidos. Víctimas emblemáticas de la DINA fueron Carlos Prats, excomandante en Jefe del Ejército de Chile y ministro de Salvador Allende, muerto en Buenos Aires en septiembre de 1974; y Orlando Letelier, ministro de defensa de Salvador Allende, muerto el 21 de septiembre de 1976 en Washington D.C.

<sup>177</sup> El Grupo de Amigos Personales o GAP era el servicio de seguridad personal del presidente Salvador Allende, creado en 1970 y que fue disuelto con el golpe de estado del 11 de septiembre de 1973 y la muerte, ese día, del presidente. Sin embargo, sus miembros, sindicados como enemigos de la patria fueron perseguidos por las fuerzas militares en los años venideros.

<sup>178</sup> El Movimiento de Izquierda Revolucionaria o MIR, es una organización política de carácter marxista-leninista, que en la década de 1970 depuso su acciones armadas, en post de una protección del presidente Salvador Allende. Uno de sus miembros emblemáticos fue Miguel Enríquez, quien detentaba el cargo de Secretario General del MIR cuando sucedió el golpe de estado, muriendo el 5 de octubre de 1974 en un enfrentamiento armado con miembros de la Dirección Nacional de Inteligencia, en Santiago.

<sup>179</sup> Este plebiscito fue establecido en las disposiciones transitorias 27, 28 y 29 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

y senadores. En el marco de la transición a la democracia, se realizaron las elecciones el día 14 de diciembre de 1989, resultando electo presidente de la República de Chile Patricio Aylwin Azócar, con un 55,2% de los votos. Antes de dejar el poder, el 11 de marzo de 1990, la Junta Militar decreto una serie de leyes, hoy conocidas como “Leyes de Amarre”, que pretendían evitar que grupos de extrema izquierda llegaran a cargos de representación pública en Chile, a la vez que consagraban el modelo económico neoliberal y mantenían a las Fuerzas Armadas de Chile con un papel importante en la política nacional, como garantes de la Constitución de 1980, dictada durante el régimen militar<sup>180</sup>.

A pesar de los evidentes abusos que se cometieron durante el gobierno militar, el recién electo presidente Patricio Aylwin no contaba con los medios políticos e institucionales suficientes para juzgar a los responsables, incluso considerando las continuas presiones que comenzaron a levantarse por parte de los familiares de las víctimas de la dictadura. Por una parte, la Constitución de 1980 estableció el sistema binominal de elección de representantes al Parlamento, lo que significó por un lado, la exclusión de minorías de extrema izquierda de las Cámaras y dio una representación no acorde a la realidad de 1990 a la derecha chilena<sup>181</sup>. Por otra parte, se contaba con nueve senadores designados, lo que evitó que, al formarse el Congreso, el presidente tuviera mayoría en ambas Cámaras. Ambas situaciones, sumado al hecho de existir quórum calificado para realizar modificaciones a la Constitución, hizo de Chile lo que algunos llamaron una “democracia protegida”<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> Un ejemplo de esta situación era el impedimento que tenía el presidente de la república para remover a los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas hasta el año 1997, el financiamiento automático para éstas con el 10% de las utilidades de la empresa estatal CODELCO por la venta del cobre, y el hecho que Augusto Pinochet continuó en su cargo como comandante en Jefe del Ejército.

<sup>181</sup> La idea del sistema binomial fue, además de excluir a la extrema izquierda del Parlamento, obligar a llegar a acuerdo a los políticos chilenos entre los partidos políticos.

<sup>182</sup> Al respecto revisar: PORTALES, Felipe. *Chile, una Democracia Protegida*. Editorial Sudamericana, Santiago, 2000.

En este contexto político el presidente Patricio Aylwin crea, mediante el Decreto Supremo 355 de 1990, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (en adelante “la Comisión Nacional”).<sup>183</sup> Fue presidida por Raúl Rettig Guissen, por lo que se le conoció como “Comisión Rettig”, la cual vino, en parte, a satisfacer a un sector de la sociedad que desconfiaba de los tribunales de justicia, quienes por una parte fueron extremadamente pasivos en su actuar ante los abusos cometidos en el gobierno militar y, por otra, estaban obligados a aplicar el Decreto Ley N° 2.191 que, en su artículo primero, concedía amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, bajo una serie de limitaciones, pero que en definitiva, estaba destinada a dejar impune a los responsables de las violaciones de derechos humanos en el periodo que ha sido catalogado con el mayor número de crímenes<sup>184</sup>.

El artículo 1 del Decreto Supremo N° 355, se establecen como trabajo de la Comisión Nacional: Primero, establecer un cuadro lo más completo posible sobre los graves hechos referidos, sus antecedentes y circunstancias<sup>185</sup>. Segundo, Reunir antecedentes que permitan individualizar a las víctimas y

---

<sup>183</sup> Si bien esta Comisión Nacional no era satisfactoria para muchos, fue una decisión acorde al contexto imperante. Como señala MEDINA, Cecilia. *The battle of human rights: gross, systematic violations and the Inter-American system*. [en línea]:

<[http://books.google.com/books/about/The\\_battle\\_of\\_human\\_rights.html?id=LB-Kqj9ldjAC](http://books.google.com/books/about/The_battle_of_human_rights.html?id=LB-Kqj9ldjAC)> [consulta: 15 de agosto de 2011]: “the answer of the Government of President Aylwin to the problem of redressing past violations was determined in a great measure by these political circumstances, and consequently it is far from what the victims themselves were demanding and seems far from what the Government itself would have wished.”

<sup>184</sup> *Ibíd.*

<sup>185</sup> Debido a la imperiosa necesidad que se tenía de tener una “verdad oficial”, el Considerando 9° del Decreto Supremo N° 355 limita la investigación de la Comisión Nacional a “los casos de desapariciones de personas detenidas, ejecuciones, torturas con resultado de muerte cometidos por agentes del Estado o personas al servicio de éstos, secuestros y atentados contra la vida de las personas ejecutados por particulares bajo pretextos políticos, de manera de proporcionar al país un cuadro global sobre los hechos que más gravemente han afectado la convivencia nacional”

establecer su suerte o paradero. Tercero, Recomendar las medidas de reparación y reivindicación que crea de justicia. Por último, Recomendar las medidas legales y administrativas que a su juicio deban adoptarse para impedir o prevenir la comisión de los hechos a que este artículo se refiere.

La Comisión Nacional presentó su informe final<sup>186</sup> el 11 de febrero de 1991, nueve meses luego de su creación, y en él se determinan la recepción de 3.550 denuncias, de las cuales se consideró 2.296 como casos calificados. El concepto de desaparición forzada de personas que manejó la Comisión Nacional fue el de “la situación de quienes fueron detenidos por agentes de la autoridad o personas a su servicio, siendo la última noticia que se tuvo de ellos que fueron aprehendidos o que se les vio posteriormente en algún recinto secreto de detención. La autoridad niega haberlos detenido, o bien declara haberlos liberado luego de un cierto periodo de tiempo, entrega otras explicaciones insatisfactorias o simplemente guarda silencio (...) se trata de todos los casos así declarados por esta Comisión, de una detención acompañada o seguida de medidas de ocultamiento y de negativas oficiales; detención durante la cual, por lo general, se le aplicaron torturas, y de la que se tiene la certeza moral que concluyó con el asesinato de la víctima y la disposición de sus restos de modo que no pudieran ser encontrados”<sup>187</sup>. El método llevado a cabo por la Comisión Nacional, y establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 355, fue recepcionar todos los antecedentes proporcionados tanto por familiares de las víctimas y organizaciones internacionales, realizar indagaciones de manera particular y solicitar todas las diligentes que considere atingente al caso y finalmente realizar una evaluación con la información recibida.

---

<sup>186</sup> Informe Final de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile. También llamado “Informe Rettig”. [en línea] <[http://www.ddhh.gov.cl/ddhh\\_rettig.html](http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html)> [consulta: 15 de agosto de 2011]

<sup>187</sup> *Ibíd.*, p. 18

Como señala el Considerando 8° del ya señalado Decreto Supremo, la información recaba por la Comisión Nacional “permitirá a la opinión nacional formarse un concepto racional y fundado sobre lo ocurrido y proporcionará a los Poderes del Estado elementos que les permitan o faciliten la adopción de las decisiones que a cada cual correspondan”. Sin embargo, el trabajo de la Comisión Nacional fue complementado por el realizado por la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura”, también conocida como “Comisión Valech”<sup>188</sup>, que amplió el universo de víctimas a quienes, a pesar de no haber perdido la vida, fueron víctimas de abusos y violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar.

Gracias a una recomendación contenida en el informe final de la Comisión Nacional, se crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (en adelante, la Corporación Nacional”), mediante la Ley N°19.123 del 8 de febrero de 1992, encargada de declarar la calidad de víctima de violación de los derechos humanos a los afectados entre 1973 y 1990. Según el artículo 2 de la mentada ley, le corresponde a la Corporación Nacional promover la reparación del daño moral de las víctimas, y dar asistencia social y legal a sus familiares para optar a los beneficios que esa misma ley consagra<sup>189</sup>. Además, deberá promover y ayudar a la localización de las víctimas de desaparición forzada, recopilando la información necesaria y almacenándola en una actitud de respeto y confidencialidad con los familiares de las víctimas. Tendrá que seguir investigando aquellos casos en que la Comisión Nacional no llegó a una plena convicción de lo acaecido con una supuesta víctima, y en definitiva, formular proposiciones para la consolidación de una cultura de respeto de los derechos humanos en el país.

---

<sup>188</sup> Nombrada de esta forma en relación a su presidente Sergio Valech, obispo católico y ex - vicario de la Vicaría de la Solidaridad de Chile.

<sup>189</sup> Es importante resaltar que en su artículo 6, la Ley N° 19.123 consagra como un derecho inalienable para los familiares y para la sociedad chilena el conocer el paradero o destino de todas las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Tanto la Comisión como la Corporación Nacional distinguieron dos fases para la investigación de la ejecución sistemática de la desaparición forzada en Chile<sup>190</sup>:

La primera fase se refiere a hechos practicados desde septiembre de 1973 a marzo de 1974, donde la desaparición forzada de personas, como señalamos al comienzo de este punto, no se limitaba a integrantes o simpatizantes de movimientos de izquierda, sino que incluía a personas calificadas como elementos nocivos para la sociedad, los cuales se ejecutaban y abandonaban poco después de su detención. El informe de la Comisión Nacional señala que en este caso “la desaparición es más bien un modo de ocultar o encubrir los crímenes cometidos, antes que el resultado de acciones sujetas a una coordinación central que tuvieran por objeto eliminar a categorías predeterminadas de personas”<sup>191</sup>.

La segunda fase, desde marzo de 1974 en adelante, involucró no sólo a miembros de las fuerzas armadas, quienes practicaron los delitos de desaparición forzada de personas, sino también agentes de la DINA con ayuda de civiles, en quienes la Comisión Nacional pudo convencerse de que “había detrás una voluntad de exterminio, dirigida sistemáticamente y por motivaciones políticas, en contra de ciertas categorías de personas”<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Señalamos, que además del criterio aquí expuesto, existen varios más sobre cómo definir el marco de la investigación. Así, DURÁN, Teresa. *Muerte y desaparición forzada en la Araucanía: Una aproximación étnica*, señala como una forma de estudio de la desaparición forzada en Chile la siguiente división: Desde septiembre a diciembre de 1973; de enero de 1975 a agosto de 1977; de septiembre de 1977 a marzo de 1990. [en línea]:

<<http://www.derechos.org/koaga/x/mapuches/>> [consulta: 15 de agosto de 2011]

<sup>191</sup> Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Ver n. 185

<sup>192</sup> *Ibíd.*, p. 19



### **3.5. Conclusiones de la situación de la Desaparición Forzada de Personas en Latinoamérica.**

Los casos presentados son sólo una muestra de cómo se ha practicado sistemáticamente el delito de desaparición forzada en la región. Es útil, pero excede el ánimo de ejemplificar el panorama latinoamericano de esta sección, conocer de los hechos que han acaecido en países como El Salvador, Guatemala, Venezuela, México y Honduras, entre otros.

De nuestra exposición de los hechos en Argentina, Colombia, Perú y Chile, ha quedado de manifiesto que la desaparición forzada es una herramienta de control social empleada, tanto por el Estado como por grupos bajo su aquiescencia o autorización, y como una forma de terrorismo subversivo por parte de particulares y grupos políticos o guerrilleros. Más allá del hecho condenable de realizar este delito por parte del Estado, es sorprendente y lamentable su práctica en periodos extensos de tiempos, años o décadas, dejando una impronta terrible en la historia política, institucional y social de cada país.

Así como los sujetos activos resultan, al final, ser múltiples, lo mismo sucede con los afectados. Primero, están las víctimas que directamente son aprendidas, sea de manera legal o ilegalmente, de las que nunca se sabe que ha pasado con ellas. Segundo, están las familias de las víctimas, que no sólo ven como un ser querido es sustraído, coactado en su libertad, sino que además se les niega el mínimo de información, creando una situación de incertidumbre respecto al bienestar físico de la víctima, y que, luego de un prolongado periodo de tiempo inevitablemente presumen lo peor. Tercero, y esto se ha visto en todos los casos, la sociedad en general, es afectada de manera especial. La práctica sistematizada de la desaparición forzada

menoscaba profundamente la confianza que los ciudadanos puedan tener en sus instituciones, principalmente el Estado y las Fuerzas Armadas.

Comisiones de verdad y reconciliación se han visto en Chile, Perú, Argentina; Amnistía Internacional y los órganos encargados de velar por la protección de los derechos humanos en Latinoamérica, la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos humanos, están constantemente monitoreando lo que sucede en México y Colombia. La sociedad, en su conjunto, necesita de una verdad oficial respecto a las desapariciones forzadas, así también los gobernantes que vienen a dirigir países luego de prolongados tiempos de violaciones a los derechos humanos y los familiares de las víctimas necesitan saber qué fue de sus seres queridos. Quizás estas “verdades oficiales” no sean suficiente para la mayoría, pero distan mucho de ser un mero ejercicio o apariencia de preocupación. Por esto, es importante que normas como la contenida en el artículo 6 de la Ley 19.123 que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación en Chile se repliquen en todos los ordenamientos jurídicos<sup>193</sup>, porque el saber qué fue de las víctimas, así como las circunstancias en que perecieron y el poder recuperar sus cuerpos es un derecho inalienable de los familiares de las víctimas y de la sociedad.

A continuación, se presentará la historia legislativa del Decreto N° 12 de 2010 que promulgó la Convención Interamericana en Chile; hecho esto, se analizará la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que vino a dar un cuerpo normativo especializado a una situación presente por décadas en Latinoamérica. Respecto a si es suficiente, para los Estados latinoamericanos, en especial Chile, dejar bajo su jurisdicción los casos de desapariciones forzadas cometidas en el país, será tratado en profundidad en el tercer y último capítulo de este trabajo.

---

<sup>193</sup> *Vid.* nota 188.

#### **4. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en el sistema jurídico de Chile.**

Antes de analizar la Convención Interamericana, presentaremos brevemente la historia de su tramitación en el Congreso chileno, principalmente para hacernos cargos de la inquietud que puede nacer del hecho que, a pesar de su historia reciente, en Chile tomó casi dieciséis años para que entrara en vigor. Es importante exponer que, a pesar de que existe una voluntad a nivel mundial de proteger los derechos humanos, existen dentro de todos los ordenamientos de cada Estado, políticos y grupos de interés que ven con cierto recelo la expansión de la protección y fomento de estas garantías individuales de las personas, principalmente por temor a lo que hicieron.

El caso de Chile es especialmente interesante, como señalamos al exponer la situación del país en el contexto del gobierno militar de Augusto Pinochet, con la vuelta a la democracia se modificó el sistema de elecciones de diputados, senadores y concejales que imperó hasta 1973, y se reemplazó por el sistema binominal. Este sistema garantizó a la derecha chilena tener una presencia política en el Parlamento que, junto al quórum calificado para los cambios políticos más significativos, obligaron a llegar a acuerdos políticos al momento de legislar. Este sistema de elecciones hasta el día de hoy, veintiún años después, sigue vigente, y existe un gran porcentaje de parlamentarios que son defensores de lo realizado durante el gobierno militar, y la reticencia a aprobar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas es una muestra de aquello.

Chile firmó la Convención Interamericana de Desaparición Forzada el día 10 de junio de 1994, sólo un día después de que fuera adoptada por la

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, pero sólo realizó el depósito del segundo instrumento de ratificación en la Secretaría General de la OEA el día 26 de enero de 2010<sup>194</sup>, es decir, casi dieciséis años después, y acorde a el artículo XX de la Convención Interamericana, comenzó a regir a partir del 25 de febrero de 2010<sup>195</sup>.

¿Por qué se dilató tanto en Chile este procedimiento? Esta pregunta es especialmente interesante si se tienen en consideración las numerosas desapariciones que se produjeron durante el gobierno militar, entre 1973 y 1990, y el hecho que la Convención Interamericana se firmó pocos años después de haber recuperado su democracia, existiendo ya el informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación<sup>196</sup>.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue aprobada por Chile mediante el Decreto N° 12 del año 2010, promulgado el día 27 de enero de 2010 y publicado el 24 de febrero del mismo año. Este proceso es la culminación de tres intentos llevados a cabo por parte del Ejecutivo, y como se señala en el mensaje de la entonces presidenta Michelle Bachelet a la Cámara de Diputados de Chile: “La historia legislativa de su aprobación no ha estado exenta de obstáculos”<sup>197</sup>. La primera vez que ingresó al Parlamento el proyecto para aprobar la Convención Interamericana fue el 2 de mayo de 1995<sup>198</sup>. Durante dicha tramitación, se aprobó en general y en particular tanto por la Cámara de Diputados, como por la de Senadores del

---

<sup>194</sup> Información disponible [en línea]:

<<http://www.cidh.org/basicos/Spanish/Basicos7a.htm>> [consulta: 15 de agosto de 2011]

<sup>195</sup> Comenzó a entrar en vigor el trigésimo día a partir de la fecha del depósito del segundo instrumento de ratificación.

<sup>196</sup> Ver *supra* Capítulo II.3.4.

<sup>197</sup> Historia de la ley. Decreto N° 12. Promulga la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la Organización de los Estados Americanos., p. 4

<sup>198</sup> Mediante el mensaje del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle N° 616-335 del año 1995.

país<sup>199</sup>, pero un grupo de senadores formuló un requerimiento de inconstitucionalidad contra su aprobación frente al Tribunal Constitucional de Chile, quien el 5 de septiembre de 2003 acogió el requerimiento fundado en razones formales<sup>200</sup>. Lo interesante de este fallo es que se alegó la inconstitucionalidad por otra causal que no fue analizada por el tribunal, la jurisdicción universal, porque se daba competencia a otros Estados para que juzgaran los delitos cometidos dentro del territorio nacional. Además, el tribunal también negó que la Convención no sea autoejecutable, como lo sostuvo el Presidente de la República, señalando que mientras se cumplan los requisitos enunciados en la Constitución para su ratificación y promulgación, es plenamente eficaz. Al ser rechazado por cuestiones estrictamente formales, se volvió a presentar el proyecto para su aprobación a la Cámara de Diputados con fecha 9 de septiembre de 2003. En esta ocasión, no se logró el quórum necesario en su primer trámite de Constitucional en la Cámara de Diputados.

¿Qué fue lo que cambió el año 2009, que resultó en la aprobación del proyecto y la entrada en vigencia de la Convención Internacional de Desaparición Forzada en nuestro país? De acuerdo al mensaje presidencial que se presentó al Congreso, fueron dos los motivos: Primero, no se había ratificado, al momento de los intentos anteriores, el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, y segundo, a consecuencia de lo anterior, se dictará la Ley N° 20.357 del 17 de julio de 2009 donde, como hemos señalado al revisar los diferentes conceptos de desaparición forzada<sup>201</sup>, se encuentra

---

<sup>199</sup> La Cámara de Diputados lo hizo con fecha 2 de mayo de 2000, y la Cámara del Senado el 30 de julio de 2003.

<sup>200</sup> Sobre el análisis de esta sentencia, sus alcances y las posibilidades que este requerimiento de inconstitucionalidad conllevaba, ver: AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. *La Desaparición Forzada de Personas: Naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Estudios Constitucionales, Vol. 7, Núm. 2, 2009. pp. 429-463. [en línea]: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82011841017>> [consulta: 15 de agosto de 2011]

<sup>201</sup> Ver *supra* Capítulo I.4.3.

definido en su artículo 6 el delito de desaparición forzada como uno de lesa humanidad<sup>202</sup>. Por otra parte, además de analizar la Convención Internacional, el mensaje presidencial hizo especial hincapié en la especial sensibilidad que genera el delito de desaparición forzada en nuestra historia nacional, y la importancia que conlleva, por ende, aprobar la Convención, ya que “Para Chile, constituiría un signo especialmente relevante adquirir el compromiso internacional de efectuar los mayores esfuerzos para que nunca más se repitan aquellas atrocidades”<sup>203</sup>.

En su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, el informe de la Comisión de Relaciones exteriores señala: “Que este tratado o convención internacional debe ser sancionado por los cuatro séptimos de los diputados en ejercicio en atención a que su disposición IV consagra jurisdicción sobre el delito de desaparición forzada de personas cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo, lo que implica una atribución de extraterritorialidad de las funciones de nuestros Tribunales de Justicia”<sup>204</sup>. Esta información es relevante, debido a que precisamente el quórum aplicado, correspondiente al de una ley orgánica, es el objeto del requerimiento de constitucionalidad que se presentó durante la tramitación de este proyecto. La Comisión aprueba de manera unánime el proyecto.

El día 29 de septiembre de 2009 se realiza la discusión en la Cámara de Diputados<sup>205</sup>, la cual fue presidida por Rodrigo Álvarez, quien determina la necesidad de contar con 69 votos a favor para lograr el quórum de cuatro séptimos de los diputados en ejercicio. Luego de la discusión, la votación

---

<sup>202</sup> Historia del Decreto N° 12. Promulga la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la Organización de los Estados Americanos., p. 5

<sup>203</sup> *Ibid.*

<sup>204</sup> *Ibid.*, pp. 10-11

<sup>205</sup> Discusión en Sala, Cámara de Diputados, Legislatura 357, Sesión 82.

resultó con 58 votos a favor, 6 votos en contra y una abstención. Luego de la votación, se inicia una discusión por parte de los diputados, por aquellos legisladores que, estando presentes en la sala, no han votado, hecho que va contra el reglamento de la cámara<sup>206</sup>. A pesar de la discusión, no se llega a ninguna solución al respecto, y se tiene por rechazado el proyecto.

Sin embargo, ante esta situación un grupo de diputados hace un requerimiento de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, en fechas 4, 5 y 9 de octubre de 2009, señalando una infracción a los artículos 54 N° 1, 66 y 77 de la Constitución de la República de Chile, por parte de la mesa directiva de la Cámara de Diputados en la discusión que terminó con el rechazo del proyecto, señalando que el quórum aplicado a la aprobación del proyecto no es el que corresponde según la legislación nacional, conforme lo cual, y en atención a los votos escrutados durante su discusión en la Sala, el proyecto debía tenerse por aprobado<sup>207</sup>. Con fecha 3 de noviembre de 2009, el Tribunal Constitucional falla ambos requerimientos de inconstitucionalidad, los cuales se habían acumulado en una sola causa, señalando que acoge el requerimiento presentado por los diputados, de manera que el quórum necesario no era el de una ley orgánica de cuatro séptimos, y por tanto, debe entenderse aprobado el proyecto en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

En su segundo trámite constitucional, en el Senado, el proyecto fue conocido por la Comisión de Relaciones Exteriores, en la cual se aprueba, por una unanimidad, en general y particular el proyecto. Al día siguiente, se produce su discusión en la Sala del Senado, donde con 22 votos a favor<sup>208</sup> se aprueba. Se envía el oficio a la Cámara de Origen, donde se informa que se aprueba el

---

<sup>206</sup> Historia del Decreto N° 12. Promulga la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la Organización de los Estados Americanos., p. 22

<sup>207</sup> *Ibíd.*, p. 39

<sup>208</sup> *Ibíd.*, p. 84

proyecto que promulga la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los mismos términos que lo hizo la Cámara de Diputados, es decir, sin hacer ninguna reserva en ésta.

Como anteriormente se señaló, mediante el Decreto N° 12 de 2009 se promulgó la Convención Internacional, su fecha de publicación en el Diario Oficial fue el 24 de febrero de 2010, y comenzó a tener vigor en Chile. Con la ratificación de la Convención Internacional, nuestro país ha dado un importante paso en materias de derechos humanos. Es cierto que el instrumento internacional tiene falencias, principalmente por lo que no se menciona en el mismo, pero es posible señalar que con su entrada en vigor la protección de los derechos humanos de los habitantes del territorio chileno se vio aumentada, especialmente en lo que sus ciudadanos pueden exigir de su Estado.

Como hemos mantenido durante todo este trabajo, la importancia de suscribir nuevos acuerdos internacionales en materia de derechos humanos radica en que detrás de ellos hay una lógica, no se suscriben todos los tratados internacionales que protegen cualquier derecho humano, porque sería ineficiente y sólo estorbaría y haría mas intrincado y burocrático la defensa de los derechos humanos en el país. Sin embargo, la adopción de la Convención Internacional responde a esta lógica de perfeccionar las protecciones con racionalidad, es una norma internacional, para un delito especial, de sensible relevancia en la historia del país, que como vimos, protege una serie de derechos en casos especiales, como suspensión de ciertas garantías personales, y obliga al Estado a ser, no sólo el defensor, sino un promotor de los derechos humanos en relación con la desaparición forzada de personas.



## **5. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.**

### **5.1 La necesidad de una Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.**

Como ya ha quedado establecido, el delito de desaparición forzada de personas afecta a múltiples garantías personales de sus víctimas, especialmente el derecho a la vida, integridad personal y libertad personal<sup>209</sup>. Estas garantías se encuentran, hace ya mucho tiempo, establecidas en diferentes instrumentos internacionales, por lo que es válido que nos preguntemos por qué el sistema interamericano derechos humanos necesita de una especial legislación para proteger estos derechos. Primero, hay que señalar que la pregunta está enfocada de manera errónea. Lo que hace necesaria a un cuerpo normativo como la Convención Interamericana no son, principalmente, los derechos que se afectan con el delito de desaparición forzada de personas, sino el delito mismo.

Hemos señalado las características especiales del delito, enunciado una basta colección de definiciones del mismo presente en diferentes cuerpos legales de carácter internacional y analizado sus elementos comunes. De este ejercicio nos nace la convicción que el delito de desaparición forzada de personas es de una magnitud tremenda, no sólo afecta múltiples garantías personales, sino que además es practicado de manera sistemática por Estados autoritarios como método de control social y por gobiernos democráticos como forma de combate contra subversivo, como lo señala la Corte Interamericana, “la responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la

---

<sup>209</sup> Caso Velásquez Rodríguez (n. 28), párrafo 155. Estos derechos fueron establecidos como los que se afectaban principalmente con la desaparición forzada de personas desde los primeros casos contenciosos sobre el delito que conoció la Corte.

desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”<sup>210</sup>, afecta a la sociedad en su conjunto y, por un periodo prolongado o incluso permanente, afecta a los familiares de las víctimas con incertidumbre, y es perpetrado hasta el día de hoy en la región. Por otra parte, el Estado, como institución, tiene un rol complicado en este delito. Por una parte, es el principal victimario, al ser el éste quien tiene el monopolio de la fuerza en un país, es el llamado a ser el garante de los derechos humanos. La responsabilidad del Estado no se limita, por tanto, a castigar a los culpables, sino que a recuperar los cuerpos de las víctimas y dar alguna compensación a los familiares. En definitiva, es en atención a su carácter de crimen contra la humanidad que el delito de desaparición forzada requiere una legislación especial, que haga efectiva su prevención y solución, y es la necesidad de un control internacional efectivo de los derechos humanos a lo que apunta el sistema interamericano.

## **5.2 La estructura de la Convención Interamericana.**

Recapitulando, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue Adoptada por la Asamblea General de la OEA, en su XXIV Periodo Ordinario de Decisiones, mediante la resolución 1256<sup>211</sup>, el 9 de junio de 1994 en Belem do Para, y entró plenamente en vigor el 28 de marzo de 1996, treinta días después de del depósito de su segundo instrumento de ratificación<sup>212</sup>. Actualmente, la Convención Interamericana se encuentra en pleno vigor en Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. De estos

---

<sup>210</sup> Caso Goiburú (n. 30), párrafo 82

<sup>211</sup> Resolución AG/RES 1256 (XXIV-0/94)

<sup>212</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, p. 17 Disponible en la World Wide Web: [http://genero.bvsalud.org/lildbi/docsonline/1/5/751-MFN\\_5051\\_CIEM\\_3233.06.pdf](http://genero.bvsalud.org/lildbi/docsonline/1/5/751-MFN_5051_CIEM_3233.06.pdf)

países, el último que ha ratificado la Convención es Chile, y sólo México<sup>213</sup> y Guatemala<sup>214</sup> se han amparado en su artículo XIX, para formular reservas. Además, Brasil y Nicaragua suscribieron el documento el 10 de junio de 1996 y aun no han presentado el segundo instrumento de ratificación.

La propia Corte Interamericana ha definido a la Convención como un instrumento que "establece una detallada definición de la desaparición forzada, así como de la responsabilidad por la comisión de este delito. Los Estados partes se comprometen en este Tratado no sólo a abstenerse de practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada sino también a sancionar a los autores, cómplices y encubridores de este delito, dentro de sus respectivas jurisdicciones. Los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar la desaparición forzada como delito y a cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar erradicar este crimen. Este Tratado

---

<sup>213</sup> Información disponible en la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.cidh.org/basicos/Spanish/Basicos7a.htm> : Reserva hecha al momento del depósito del instrumento de ratificación (9 de abril de 2002): "El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la Ciudad de Belem, Brasil el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". Declaración interpretativa hecha al momento del depósito del instrumento de ratificación (9 de abril de 2002). "Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicaran a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención".

<sup>214</sup> *Ibid.*, De conformidad con el artículo XIX de la Convención, la República de Guatemala, al ratificarla, formula reserva en cuanto a la aplicación del artículo V de la misma, desde el momento que el artículo 27 de su Constitución Política establece que "por delitos políticos no se intentará la extradición de guatemaltecos, quienes en ningún caso serán entregados a gobierno extranjero, salvo lo dispuesto en tratados y convenios con respecto a delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional", y que por el momento, no existe legislación guatemalteca interna que rija lo relativo a extradición. Retiro de la reserva hecha al ratificar la Convención relativa a la aplicación del artículo V (7 de septiembre de 2001).

asimismo incluye al delito de desaparición forzada entre aquellos que justifican la extradición, de modo de evitar que personas acusadas de este crimen evadan la acción de la justicia huyendo al territorio de otro Estado parte”<sup>215</sup>.

La Convención consta de un Preámbulo y veintidós artículos. Para efectos de nuestro análisis, hemos dividido el estudio de la Convención en los siguientes puntos:

1. Objetivos de la Convención
2. Definición del delito de Desaparición Forzada
3. Deberes que establece a los Estados miembros
4. Exclusión de causales de justificación y eximentes
5. Extradición
6. Prescripción
7. Jurisdicción
8. Procedimientos en caso de petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
9. Interpretación de la Convención

### **5.2.1. Los objetivos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.**

Al comienzo del análisis de la Convención Interamericana respondimos a la pregunta de por qué era necesaria una regulación especial, de carácter internacional, del delito de desaparición forzada de personas, amparándonos especialmente en el carácter especial de este delito y su reiterado uso en la historia política y social de Latinoamérica. Este cuerpo legal viene a satisfacer en parte esa necesidad, y su Preámbulo es claro en señalar cuáles son los objetivos que se buscan con él. En su párrafo segundo, indica que la solidaridad

---

<sup>215</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Loc. Cit.*

y buena vecindad de los países americanos debe apuntar a consolidar un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos del hombre. Lo que es consecuente, como veremos más adelante, con los deberes que se le imponen a los Estados miembros de la Convención en casos de investigación y extradición, donde se fomenta la cooperación internacional.

Por otra parte, el párrafo séptimo del Preámbulo, señala que con la adopción de la Convención Internacional por parte de la OEA se “contribuya a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho”. Nuevamente, estos tres objetivos, el prevenir, sancionar y suprimir el delito, tienen correlación con los deberes que el documento impone a los Estados. Además, aunque no está señalado expresamente en el Preámbulo, el aporte que puede realizar la Convención es potencialmente mayor si se toma en consideración que, gracias a su artículo XVIII que permite la adhesión de Estados no pertenecientes a la Organización de los Estados Americanos, por lo que su influencia no se limita necesariamente a Latinoamérica.

### **5.2.2. La Definición del delito de Desaparición Forzada de Personas.<sup>216</sup>**

El texto definitivo que contiene la definición del delito de desaparición forzada del artículo II de la Convención Interamericana es fruto de la corrección de un proyecto que se discutía por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a partir de 1987. De este proyecto, se conocen dos definiciones anteriores a actual:

---

<sup>216</sup> Ver *supra* Capítulo I.2.1.2.

El proyecto del Grupo de Trabajo de la Asamblea General de la OEA definía la desaparición forzada de personas como “el ocultamiento de una persona, medie o no detención legal previa, cometidos por agentes del Estado o por personas que no siéndolo, actúan con la autorización, o el apoyo, o el consentimiento, o el conocimiento de las autoridades competentes del Estado, impidiéndole a la víctima o a cualquiera otra persona, el ejercicio oportuno de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes, y la satisfacción del derecho afectado”. Se entiende como una definición deficiente, se habla de “ocultamiento” de una persona, no en su privación de libertad y amplía el espectro de sujetos activos a quienes actúan con conocimiento del Estado del ocultamiento simplemente. En lo positivo, no confunde el delito desaparición forzada con aquellos que toman en consideración la legalidad o ilegalidad de la detención de la víctima<sup>217</sup>.

Cuando se presentan sugerencias a este proyecto de Convención, se modifica la definición anterior y se comienza a utilizar la siguiente: “A los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada de personas el apoderado de una persona contra su voluntad, mediante la detención, regular o irregular, secuestro, traslado fuera de un lugar de detención oficial o alguna otra forma de privación de libertad, efectuado por agentes del Estado, o por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre o con el apoyo o consentimiento directo o indirecto del Gobierno, seguido de la falta de comunicación del arresto o traslado de dicha persona a sus allegados, el ocultamiento de su paradero, a lo cual la persona queda al margen de la protección legal”. Esta definición enumera un amplio abanico de posibilidades referentes a la privación de libertad, pero incluye de manera poco entendible la idea del traslado de la víctima como parte del delito de desaparición forzada.

---

<sup>217</sup> Para proteger a las personas de las privaciones ilegítimas de libertad existen otros recursos judiciales, como por ejemplo el recurso de amparo o habeas corpus.

Corrige el error de la primera definición en cuanto hace menos difuso el nexo que tiene que existir entre los particulares y el Estado en la comisión del ilícito, y contiene “el notable defecto de limitar la vinculación de la comunicación de la privación de libertad sólo a los allegados de la víctima, concepto totalmente vago y que desconecta la vulneración de los mecanismos de protección que acompañan a la privación de libertad, del supuesto normal constituido por el deber de informar a la autoridad competente”<sup>218</sup>.

El actual artículo II de la Convención Interamericana, es el mismo texto aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1994, y que tiene como fuente el tercer párrafo del preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas (Resolución 47/133)<sup>219</sup>. Señala la Convención en el mentado artículo: “Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.”

Los elementos del delito de desaparición forzada de personas que se pueden extraer de la definición contenida en el artículo II de la Convención Interamericana son los siguientes<sup>220</sup>:

- Que se haya privado a una persona de libertad en cualquier forma;

---

<sup>218</sup> MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.* (n. 5), p. 21

<sup>219</sup> PARAYRE, Sonia. *Op. Cit.* (n. 3), p. 30

<sup>220</sup> *Ibíd.*

- Que esa privación de libertad haya sido ejecutada por agentes del Estado o personas o grupos que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia;
- Que la privación de libertad haya sido seguida de la falta de información o negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona;
- Que a consecuencia de lo anterior, se haya impedido a la persona ejercer recursos legales y las garantías procesales pertinentes.

Se entiende como una redacción simplificada, en relación las anteriormente señaladas en los proyectos pero insatisfactoria. No señala los derechos que son vulnerados con el delito, sino que se limita a usar las fórmulas generales del preámbulo, como señala su párrafo cuarto: “viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”. Además, se configura el delito de manera tal que convierte al tipo de la desaparición forzada de persona en uno de sospecha.<sup>221</sup>

Finalmente, en el Preámbulo se materializa una opinión doctrinal y jurisprudencial de la Corte Interamericana, al señalar en su párrafo sexto señala que “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”. En consideración a los elementos, es posible señalar que existen concordancias entre los elementos generales para un crimen de lesa humanidad y el delito de desaparición forzada<sup>222</sup>, y su infracción

---

<sup>221</sup> MEDINA, Gonzalo. *Loc. Cit.*

<sup>222</sup> PARAYRE, Sonia. *Op. Cit.* (n. 3), p. 36



representa una violación a las obligaciones de los Estados que pasamos a estudiar a continuación.

### **5.2.3. Deberes que la Convención Interamericana establece a los Estados que la ratifican.**

Uno de los hechos que hace que la Convención Interamericana sea el principal instrumento internacional de la región en materia de desaparición forzada de personas radica en que impone una serie de deberes para los Estados en los que se encuentra vigente.

Las principales obligaciones para los Estados partes se encuentran contenidas en el artículo I de la Convención:

- a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;
- b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesaria para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

La primera obligación es el mandato supremo, no practicar, permitir no tolerar la práctica de la desaparición forzada de personas. En ella se plasman de manera perfecta los objetivos de la convención que señalamos, y el hecho

que se agregara los casos de excepción constitucional demuestra de lo enterados que estaban sus redactores de la experiencia histórica latinoamericana. Es precisamente en esos momentos cuando las garantías fundamentales que esta convención busca proteger se ven más afectadas, se vio en Chile, en Argentina y sucede cada vez que se decretan.

Respecto al deber de prevención, la Corte Interamericana ha señalado que “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”<sup>223</sup>. Es por tanto una obligación de carácter completo, abarca variados aspectos de la sociedad y culmina con la reparación de las víctimas o sus familiares.

El segundo deber también se puede presentar como una respuesta a lo que sucede en Latinoamérica, sancionar a los responsables, debido a que nuestro continente está lleno de casos de impunidad o trabas a la persecución de los responsables<sup>224</sup>.

Los otros dos deberes están conforme a las demás disposiciones de la Convención que fomentan la cooperación entre Estados y buscan perfeccionar los sistemas judiciales internos de cada país para hacer más efectiva la aplicación del texto legal en un caso particular. En este orden de ideas, otra instancia de cooperación entre los Estados se establece en el artículo XII, que

---

<sup>223</sup> Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de enero de 1989

<sup>224</sup> Un ejemplo de esto es la Ley N° 2.191 del año 1978 en Chile, que fue concebida para brindar amnistía a los violadores de derechos humanos en Chile durante el periodo más violento del régimen militar.

señala: “Los Estados partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores. Viene a complementar los deberes de reparación del daño que causa el delito de desaparición forzada a la familia de la víctima.

En relación con lo anterior, el artículo III de la Convención Interamericana en su inciso primero señala que “los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”. Conforme a esto, Chile ha tipificado el delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, aunque en relación con el Estatuto de Roma, en el artículo 6 de la ley 20.357<sup>225</sup>, Colombia en el artículo 165 de su Código Penal, Argentina adicionó el artículo 142 *ter* en su Código Penal, Guatemala incorporó el artículo 201 *ter* en su Código Penal y Perú en su artículo 320 de su Código Penal, citando sólo a modo de ejemplo.

El artículo VIII inciso segundo de la Convención Interamericana insta a los países a velar por la formación personal de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas. En las sociedades actuales, el monopolio de la fuerza lo tiene el Estado, principalmente a través de sus fuerzas armadas y de orden. Ante la gran responsabilidad que significa esto, es necesario tener personas a lo largo de toda la jerarquía castrense que posean

---

<sup>225</sup> Ver *supra* Capítulo I.4.3.

una educación cívica respecto a los derechos humanos de calidad, debido a que ellos, por su función, son los más propensos a cometer el delito de desaparición forzada<sup>226</sup>. Se enmarca dentro de las obligaciones de prevenir la ocurrencia del delito de desaparición forzada educando a sus principales perpetradores.

#### **5.2.4. Exclusión de causales de justificación y eximentes.**

El artículo VIII de la Convención Interamericana señala en su inciso primero que “no se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada de personas”. Esta limitación puede tener su origen en la experiencia que se vivió con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, cuando fueron llevados a la justicia los oficiales alemanes acusados del Holocausto, quienes se defendieron argumentando tan sólo seguir órdenes. Este artículo está pensado para ser aplicado a una institución jerarquizada, donde cada estamento de sus miembros signifique obediencia de los inferiores, en otras palabras, está pensado principalmente para ser aplicado a los miembros de las fuerzas armadas de un Estado.

La Convención Interamericana tiene la convicción de que en su carácter de crimen de lesa humanidad, la desaparición forzada debe ser prevenida a cualquier costo, por lo que le da el derecho a las personas de no obedecer órdenes que atenten contra las disposiciones de la Convención, e incluso las sanciona como un deber<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> El ejemplo que dimos de Perú es muy gráfico al respecto. Describe qué sucede cuando los militares son los encargados de relevar a las policías en la función de mantener el orden interno de una nación. Ver *supra* Capítulo II.3.3.

<sup>227</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo VIII, inciso primero, parte final.

Por otra parte, la Convención rechaza cualquier escenario posible donde la desaparición forzada de personas pueda tener justificación, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública. Indica el artículo X, inciso primero, que “en tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva”. La idea de que los recursos judiciales funcionen de manera efectiva como forma de previsión de la desaparición forzada, debe ser entendida en concordancia con otras normas de la Convención, como el inciso segundo del mismo artículo que obliga al Estado a permitir a las autoridades judiciales competentes visitar centros de detención; sumado a esto está la obligación del Estado, contenida en el artículo XI de la Convención Interamericana, que lo compele a tener una lista actualizada de los detenidos que estará a disposición de jueces, familiares o cualquier otra persona con interés legítimo en saber.

#### **5.2.5. La extradición en la Convención Interamericana.**

Dos artículos se refieren a la extradición en la Convención Interamericana. Estos son el artículo V y VI. El primero artículo nos indica que, para efectos de su extradición, el delito de desaparición forzada de personas no será considerado un delito político, sino un delito común, para evitar cualquier tipo de traba que a este respecto se puedan levantar.

Si por su parte, de manera multi o bilateral, los Estados partes firman tratados sobre extradición entre ellos, el inciso segundo del artículo V, los obliga a incluir la desaparición forzada de personas. En otras palabras, la Convención

Internacional considera a la desaparición forzada como un delito común y extraditable.

El mismo artículo V, en sus incisos 2 y 3, se presenta como base jurídica para la extradición de quienes son acusados de cometer el delito de desaparición de personas en dos casos. Primero, si el Estado subordina la extradición a la existencia de un tratado internacional sobre la materia con otro Estado Parte, se entenderá la Convención como base jurídica suficiente. Segundo, si el Estado no requiere de tratado internacional en la materia, deberá declarar siempre el delito siempre extraditable. En ambos casos, y como lo señala el inciso final del artículo, la extradición está regida en su forma por las disposiciones previstas en la Constitución y demás leyes del Estado requerido.

Sin embargo, el artículo VI regula el caso en que el Estado requerido no concede la extradición “someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición<sup>228</sup>.

#### **5.2.6. La prescripción del delito de Desaparición Forzada en el marco jurídico de la Convención Internacional.**

La Convención Interamericana posee una norma que contempla el caso de la prescripción para el delito de la desaparición forzada que se aplica tanto para la acción penal que emana como para la pena que ha de hacerse cumplir.

---

<sup>228</sup> Concorde a esto el artículo IV de la Convención señala que: Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.

Así, el artículo VII, inciso primero, señala que “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”

La norma en cuestión fue redactada en términos simples y claros, no importa cuánto tiempo pase, los legitimados para ejercer la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas podrán ejercerla, y las personas condenadas por el delito de desaparición forzada deberán cumplir sus condenas, las que se harán efectivas desde el momento que se les aplique la pena, no importa qué antes haya sido dictada la sentencia. Sin embargo, la propia Convención, en el mismo artículo, en su inciso segundo señala una excepción a este principio: “cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado parte”

### **5.2.7. Sobre quién tiene la jurisdicción para juzgar los delitos sancionados por la Convención Interamericana.**

Como en la mayoría de los tratados internacionales, se concede la jurisdicción a los tribunales ordinarios de cada Estado y se impide el ejercicio de las inmunidades o privilegios<sup>229</sup>, como consta en el artículo IV, el cual prescribe que los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas son considerados delitos en cualquier parte del Estado miembro, y que por tanto, deberá adoptar las medidas pertinentes para establecer su jurisdicción en los siguientes casos:

---

<sup>229</sup> Artículo IX, inciso tercero de la Convención Interamericana: “No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas”.

- a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;
- b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;
- c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Hay sin embargo dos limitaciones importantes que es necesario indicar. Primero, la señalada en el inciso final del artículo IV, que señala: “Esta Convención no faculta a un Estado parte para emprender en el territorio de otro Estado parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra parte por su legislación interna”. Como una forma de mantener las buenas relaciones y promover la cooperación entre los Estados partes, entendemos que esta es una norma necesaria en vista de que todos los ordenamientos jurídicos se rigen, en primer término, por un principio de territorialidad. Segundo, el inciso segundo del artículo XV, nos dice que la Convención no se aplicará a conflictos armados internacionales regidos por los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo relativo a la protección de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas, y a prisioneros y civiles en tiempo de guerra.

#### **5.2.8. Procedimientos en caso de petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

Los artículos XIII y XIV de la Convención Interamericana se refieren a los casos en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibe peticiones, comunicaciones o denuncias de hechos constitutivos de desaparición forzada en la jurisdicción de uno de sus Estados partes.

El artículo XIII señala que para tramitar una petición o comunicación de quien alegue la comisión del delito de desaparición forzada deberá seguir los



procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana, incluyendo lo relativo a las medidas cautelares. En este caso, se ha optado por no crear nuevos procedimientos de denuncia ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que se remite a los cuerpos legales individualizados, lo que nos parece una medida prudente, en cuanto a que ambas instituciones, además de sus reglamentos, tienen sólidas bases jurisprudenciales para llevar a cabo sus procesos, por lo que éstas se aprovechan de mejor manera.

Por otra parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puede, por medio de su Secretaría Ejecutiva, recibir peticiones o comunicaciones de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, de forma urgente y confidencial, donde se faculta a la Comisión Interamericana a solicitar información a la brevedad posible al Estado que tenga jurisdicción, a fin de juzgar los méritos de declarar admisible la petición, todo según lo señala el artículo XIV de la Convención Interamericana<sup>230</sup>.

#### **5.2.9. Sobre la interpretación de la Convención Interamericana y otras normas.**

Respecto a la interpretación de la Convención Interamericana y su relación con otros tratados internacionales, el artículo XV nos dice que “nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las

---

<sup>230</sup> *Ibíd.*, artículo XIV: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al correspondiente gobierno solicitándole que proporcione a la brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición”.

partes”. Con esto, la Convención reafirma el ánimo general que existe a nivel del sistema interamericano de derechos humanos de prevenir y castigar el delito de desaparición de personas.

La Convención posee, además, una serie de artículos respecto a la forma en que se suscribe.. El artículo XVI señala que la Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la OEA. Como señalamos, la firma del instrumento, no es suficiente, pues éste debe ratificarse, como prescribe el artículo XVII, y luego ser depositado el instrumento en la Secretaría General de la OEA. Hecho este depósito, la convención comenzará a tener vigor en el Estado adoptante a partir del trigésimo día<sup>231</sup>.

Los Estados, al momento de aprobar, afirmar, ratificar o adherirse a la Convención podrán formular reservas a éstas, como lo ha hecho México y Guatemala<sup>232</sup>, siempre que no sean incompatibles con su objeto y propósito, y versen sobre una o más disposiciones específicas<sup>233</sup>.

Por último, la Convención Interamericana define el proceso para denunciarla, en su artículo XXI, como una facultad que tienen todos los Estados que han suscrito el texto. Se debe hacer un depósito en la Secretaría General de la OEA con el texto del denuncia, y pasado un año desde este depósito la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, sin afectar su vigor para los demás Estados partes.

En el próximo capítulo, expondremos la evolución del sistema internacional de derechos humanos, especialmente en lo relacionado con la labor que realiza la Organización de Naciones Unidas y que culmina, para

---

<sup>231</sup> *Ibid.*, artículo XIX.

<sup>232</sup> Ver *supra* Capítulo II.5.2.

<sup>233</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo XIX.

nuestro análisis, con la adopción de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas del año 2006. Posteriormente analizaremos esta Convención Internacional y haremos un paralelo con la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas, dejando en evidencia las valencias de esta última, en cuanto no señala los derechos afectados de manera particular, no tiene ninguna mención respecto a las reparaciones que se le deben hacer a los afectados o sus familiares, no se pronuncia respecto a las garantías procesales de manera satisfactoria, etc.

### **CAPÍTULO III:**

## **La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas: un análisis comparativo.**

### **1. Introducción.**

Ya analizado el delito de desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de personas, es ahora nuestro objetivo presentar la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, para lo cual hemos organizado el presente capítulo de la siguiente forma:

Primero, es necesario presentar el desarrollo que precedió a la suscripción de la Convención Internacional, lo que comprende los primeros trabajos y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1947 hasta la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006.

En segundo lugar, nos referiremos a los países que a la fecha han suscrito y ratificado la Convención Internacional y, en especial, la tramitación que se le dio en el Congreso de Chile, que terminó con su ratificación ante Secretaría General de Naciones Unidas en diciembre de 2009, para entrar en vigencia en abril de 2011, según se dispuso en el Decreto N° 280 de la República de Chile.

A continuación, comenzando el análisis comparativo entre ambas convenciones, se analizan los textos legales a partir de sus consideraciones preliminares, destacando los fundamentos que se tuvo en cada uno de los instrumentos a la hora de suscribirlos y, a partir de estas mismas

consideraciones, se comienzan a revelar las primeras diferencias entre ambos textos.

El método por el que hemos optado para analizar la Convención Internacional es el de la comparación, para esto hemos dividido los temas más relevantes que se presentan a raíz del delito de desaparición forzada de personas y hemos dispuesto comenzar por resaltar los aspectos en que la Convención Internacional se asemeja con la Convención Interamericana, definiendo sus alcances y objetivos, para luego comparar aquellas áreas, dentro de los diferentes aspectos, en que ha tenido un mayor desarrollo por parte de uno de los textos legales.

La división enunciada en el párrafo anterior consta de cuatro puntos:

En el primero punto, se comparará la definición que manejan cada una de las convenciones sobre el delito de desaparición forzada de personas y la calificación que le asignan, para ser precisos, la calificación de crimen de lesa humanidad y las consecuencias que derivan de ello.

Luego, se analizan los diversos preceptos que tienen relación con las víctimas del delito de desaparición forzada de personas, el concepto que las convenciones tienen de éstas y los derechos que emanan de los textos para ellas. Finalmente, en este punto trataremos en particular la situación especial de los niños como víctimas.

En el tercer punto, se comparan los deberes que emanan a partir de ambas convenciones para los Estados que las han suscrito y ratificado, acotando nuestra división intelectual de los textos a diez clases de deberes,

siendo esto uno de los puntos donde se encuentran mayores diferencias en relación con la profundidad en que se han desarrollado en cada convención.

Finalmente, en el punto cuarto del análisis comparado, hemos agrupado bajo el título de aspectos procedimentales una serie de normas que recorren los instrumentos, desde los requisitos de la jurisdicción, prescripción, la extradición y los órganos competentes en caso de que por parte de uno de los Estados partes transgreda las estipulaciones de cada convención.

Posteriormente, realizado este análisis comparativo, procederemos a exponer nuestras conclusiones del estudio que se ha presentado en este trabajo, y dando los fundamentos para sostener que, en el caso de Chile, es conveniente, en aras de una protección cada vez más efectiva de los derechos y libertades individuales de las personas, someterse a la jurisdicción establecida por la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

## **2. Antecedentes de la Convención Internacional.**

### **2.1. Gestación de la Convención.**

En el establecimiento de instrumentos internacionales como la presente Convención se desarrolla normalmente una dinámica de, al menos, tres etapas: primero, se constata en una región la práctica sistemática del delito, para luego, en una segunda etapa, comenzar a pronunciarse al respecto las distintas instancias jurisdiccionales de índole supranacional, construyendo en esta sede un concepto del delito y determinando sus elementos más importantes. Finalmente, en una tercera etapa, se otorga un instrumento normativo como es el caso de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas

contra las Desapariciones Forzadas, que además de ofrecer un concepto que recoge los avances doctrinarios y jurisprudenciales, establece obligaciones claras para los Estados partes, así como también consagra los derechos de quienes son considerados víctimas en dicho texto.

En el contexto específico de las desapariciones forzadas y, en general, en materia de derechos humanos, ya existe una cantidad importante de instrumentos internacionales. Sin embargo, ello no obsta a que se creen nuevos tratados que sirvan de herramienta para dar efectividad a la protección de los principios fundamentales del sistema de derechos individuales.<sup>234</sup>

Como hemos indicado, antes de la suscripción de instrumentos internacionales que aborden, en nuestro caso, el problema de la desaparición forzada de personas, fue desarrollándose jurisprudencia dedicada al tema desde órganos como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, establecido en 1977 conforme al artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este Comité, conociendo de casos relativos a desapariciones forzadas, “ha recomendado a los Estados involucrados que adopten diversas medidas para remediar dicha situación como, por ejemplo, descubrir la suerte que han corrido las personas desaparecidas, sancionar a todos los que resulten culpables de la muerte, desaparición o maltrato de éstas, pagar indemnización a las víctimas o a sus familias por todos los daños sufridos y garantizar que no ocurrirán violaciones similares en el futuro.”<sup>235</sup>

Otro órgano que forma parte del desarrollo de la desaparición forzada, y cuya jurisprudencia hemos citado en numerosas oportunidades a lo largo de este trabajo, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en

---

<sup>234</sup> En este sentido se pronuncia Claudio Nash en informe emitido a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado (Julio 2008). Historia del Decreto N° 280, p. 92

<sup>235</sup> Historia del Decreto N° 280, Informe de la Comisión de Derechos Humanos, p. 24

1979 en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

De acuerdo a lo que hemos expuesto, la gestación de un tratado internacional como esta Convención obedece finalmente a la necesidad de que exista un instrumento legalmente vinculante, que obligue a los Estados y proteja a todas las personas contra el fenómeno de la desaparición forzada. Esta necesidad viene siendo proclamada por la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Desaparecidos Detenidos desde 1981, la que ha luchado por el reconocimiento de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos venía denunciando a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el fenómeno de las desapariciones forzadas desde 1974. Denuncias a las que se suman las de organizaciones no gubernamentales y de familiares de las víctimas del delito, lo que motivó a la Asamblea General de la OEA a exigir a los Estados donde se haya practicado la desaparición de personas que se abstuvieran de promulgar o aplicar leyes que dificultasen la investigación de dichas desapariciones.

Ya en 1980, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó un Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, “el cual decidió abordar el asunto con ánimo humanitario, recabando la cooperación de todos los interesados con el objeto de poner fin a este problema y de determinar el paradero o la suerte de las personas desaparecidas, siempre que esa desaparición fuese imputable a un gobierno y no a un conflicto armado.”<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> *Ibíd.*



La preocupación por el fenómeno de las desapariciones forzadas produjo frutos en el ámbito universal con la Declaración sobre la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 47/133 de 18 de Diciembre de 1992. Y aunque dicha declaración no constituye un instrumento legalmente vinculante, ofrece una pauta que se reflejaría dos años más tarde en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que sí es vinculante para los Estados que la han ratificado.

Finalmente, tras la presentación de un informe encargado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se decidió en 2003 comenzar a redactar un nuevo tratado, esta vez de naturaleza universal, cuyo proceso de negociación contó con la intervención de más de 70 Estados, numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG), asociaciones de familias de desaparecidos y expertos en la materia. En definitiva, se terminó aprobando por consenso la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, tratado que se adoptó el 20 de diciembre de 2006, durante la sesión N° 61 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución A/RES/61/177.

Esta Convención Internacional se convierte en el tratado más importante en cuanto a regulación de las desapariciones forzadas, por ofrecer un catálogo de obligaciones y derechos, más amplio, incluso en relación a la Convención Interamericana, tal como veremos más adelante en el análisis comparativo de ambos instrumentos. Asimismo, la Convención Internacional constituye uno de los tratados de derechos humanos más fuertes entre los que han adoptado las Naciones Unidas.

En cuanto a su estructura, podemos señalar que se compone de tres partes. Primero, se contienen las disposiciones de fondo y que se centran principalmente en las obligaciones de los Estados partes de prevenir y sancionar el delito. Luego, la segunda parte trata de la creación de un Comité contra la Desaparición Forzada y, por último, una tercera parte establece los requisitos formales relativos a la firma, entrada de vigencia, enmiendas, y la relación entre la Convención y el derecho internacional humanitario.

El avance más significativo de la Convención Internacional está en la definición del derecho a no ser objeto de desaparición forzada, por cuanto lo considera un derecho que “no admite excepción”, es decir, que no puede ser restringido ni suspendido, “incluso en tiempo de guerra u otra situación de emergencia pública.”<sup>237</sup>

## **2.2. Estados partes y situación de Chile.**

Como indicamos precedentemente, la tercera parte de la Convención Internacional establece las normas relativas a la firma, ratificación y adhesión de los Estados miembros de las Naciones Unidas al presente tratado internacional, así como también regula la entrada en vigencia del mismo.

Por su parte, en el Mensaje Presidencial con que se dio inicio en Chile a la discusión para adoptar la Convención Internacional, conforme a lo señalado en el Informe de la Comisión de Derechos Humanos acompañado para el mismo fin; junto con explicar la naturaleza de “tratado internacional” del texto en comento, se catalogó a la Convención como (1) un tratado multilateral, (2) abierto, y (3) solemne. Características que, como veremos a continuación, se

---

<sup>237</sup> *Desapariciones Forzadas O Involuntarias*. Ver n. 17, p. 9

desprenden de las mismas normas relativas a la adopción y entrada en vigencia de la Convención.

En primer lugar, decimos que la Convención Internacional es un tratado “multilateral” porque, a diferencia de los instrumentos bilaterales que sólo se celebran entre dos Estados, este tratado se instaura para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, pensando en el sentido más amplio imaginable a nivel global: todos los Estados que son miembros de las Naciones Unidas. Conforme a lo anterior, el artículo 38 de la Convención prescribe en su numeral 1 que “La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas.”

En segundo lugar, la Convención constituye un tratado multilateral “abierto”, por cuanto admite la incorporación de nuevos miembros, es decir, se mantiene abierto a todos los Estados miembros de Naciones Unidas. La Comisión de Derechos Humanos que intervino en la tramitación chilena explicaría su alcance en los siguientes términos: “esta Convención viene a constituir aquella clase de instrumentos denominados tratados colectivos o tratados multilaterales generales, que son aquellos tratados firmados, generalmente, por un número importante de Estados, abiertos a la adhesión de otros, y destinados a establecer reglas generales aplicables con independencia del número o de la importancia política de las Partes.”<sup>238</sup>

Por último, que el tratado que estudiamos sea “solemne” está directamente relacionado con las formalidades de su adopción. En efecto, para el perfeccionamiento de la Convención se exige, por un lado, el acto de ratificación conforme a las reglas de derecho interno de cada uno de los Estados partes, por ello, el artículo 38 N° 2 dispone que “la presente

---

<sup>238</sup> Historia del Decreto N° 280, Informe de la Comisión de Derechos Humanos, p. 26

Convención estará sujeta a ratificación por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.” Por otro lado, una vez ratificada la Convención por los Estados que la han suscrito, y habiéndose depositado el instrumento número veinte –ya sea de ratificación o adhesión- en los términos referidos, el tratado entrará en vigencia una vez transcurridos treinta días. Lo anterior se encuentra plasmado en el artículo 39 N° 1, en términos de entrar en vigor la Convención “el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.”<sup>239</sup>

Ahora bien, de acuerdo a la Organización de Naciones Unidas, que por lo demás tiene el deber de comunicar a los Estados partes de la Convención a través del Secretario General, de las firmas, ratificaciones y adhesiones al tratado, así como de la fecha de entrada en vigencia para los nuevos Estados partes;<sup>240</sup> el texto ha sido firmado por 88 Estados, de los que sólo 29 son considerados partes, y entre los que se incluye Chile.<sup>241</sup> Y es que, si bien en un principio la Convención fue firmada por más de 50 Estados, el requisito de contar con veinte instrumentos de adhesión o ratificación depositados en la Secretaría de Naciones Unidas que le permitirían entrar en vigencia conforme al artículo 39 N° 1, se cumplió recién el 23 de diciembre de 2010.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> Asimismo, y respecto a los Estados que se adhieran o ratifiquen la Convención después de haberse depositado el instrumento número veinte, señala el artículo 39 N° 2: “Para cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.”

<sup>240</sup> Ver artículo 40 de la Convención.

<sup>241</sup> Dentro de los 88 Estados que han firmado la Convención, sólo 29 se consideran parte del tratado: Albania, Argentina, Armenia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Burkina Faso, Chile, Cuba, Ecuador, Francia, Gabón, Alemania, Honduras, Irak, Japón, Kazajistán, Mali, México, Países Bajos, Nigeria, Panamá, Paraguay, Senegal, Serbia, España, Tunisia, Uruguay y Zambia.

<sup>242</sup> Toda la información relativa a los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por las Naciones Unidas se encuentra disponible en:

En lo que respecta a Chile, nuestro país firmó la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el 6 de febrero de 2007. Posteriormente la ratificaría, ya con fecha 8 de diciembre de 2009.<sup>243</sup>

Sobre el particular se pronunció en su momento el Mensaje del Ejecutivo, de 12 de noviembre de ese mismo año, por el que la Presidenta de la República señalaba que la Convención “constituye la culminación de un largo esfuerzo emprendido por la comunidad internacional para abordar una práctica especialmente cruel de violación a los derechos humanos, como es el delito de desaparición forzada de personas.”<sup>244</sup>

Asimismo, el Mensaje indicaba que Chile fue parte de la iniciativa para lograr la adopción de un instrumento internacional vinculante “que prohibiera las desapariciones forzadas de personas y consagrara el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación. Ello, en atención a lo sensible que resulta este tema para Chile y, en general, para toda la región latinoamericana, la que experimentó procesos dolorosos de desapariciones forzadas, que involucraron, además, la práctica de torturas y de ejecuciones extrajudiciales.”<sup>245</sup>

En este orden de ideas, la Convención Internacional fue aprobada por el Congreso Nacional, como consta en el oficio N° 8.351, de 6 de octubre de 2009 de la Honorable Cámara de Diputados. Y luego, con fecha 8 de diciembre de ese mismo año, se depositó el instrumento de ratificación de la referida

---

<http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en> [consulta: ]

<sup>243</sup> Con la ratificación de la Convención Internacional, el Estado de Chile demuestra su compromiso con las obligaciones propias de pertenecer a la ONU, ya que la actitud contraria representaba una “grave falta del Estado Chileno que compromete su credibilidad y su imagen de seriedad y de real compromiso con la democracia y el estado de derecho.” En este sentido, sobre la falta de ratificación de las Convenciones Interamericana e Internacional sobre Desaparición Forzada: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *Op. Cit.* (n. 199), p. 460

<sup>244</sup> Historia del Decreto N° 280, Mensaje Presidencial, p. 4

<sup>245</sup> *Ibíd.*, pp. 4-5

Convención ante el Secretario General de las Naciones Unidas. Dicho instrumento contenía las siguientes declaraciones:

En relación al artículo 31 de la Convención<sup>246</sup>: "La República de Chile declara, conforme a lo establecido en el Artículo 31 de la presente Convención, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de Chile, o en nombre de ellas, que aleguen ser víctimas de violaciones por éste de las disposiciones de la presente Convención."

Y en cuanto al artículo 32: "La República de Chile declara, conforme a lo establecido en el Artículo 32 de la presente Convención, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones que le impone la presente Convención."

El proceso legislativo en Chile culminó con la dictación del Decreto N° 280, de 10 de diciembre de 2010, que comenzó a regir el 16 de abril de 2011, y cuyo artículo único reza: "Promúlgase la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de diciembre de 2006; cúmplase y publíquese copia autorizada de su texto en el Diario Oficial."

Para concluir esta sección relativa a los antecedentes de la Convención Internacional, podemos comentar como asunto de relevancia para su aplicación en Chile, la "irretroactividad" del tratado debido a que, naturalmente, la competencia otorgada al Comité sólo se ejercerá a futuro, sin que sea posible

---

<sup>246</sup> Ver *infra* Capítulo III.3.2.4.5.

que conozca de hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del tratado. Sin embargo, los principios y criterios que instaura la Convención podrán ser aplicados por los Estados por cuanto sus normas sirven para aclarar “cuestiones que ya son obligatorias para los Estados atendidas sus obligaciones generales.”<sup>247</sup>

### **3. Análisis comparativo entre las Convenciones Interamericana e Internacional.**

#### **3.1. Fundamentos y diferenciación entre las Convenciones a partir de sus consideraciones preliminares.**

Las dos Convenciones sobre Desaparición Forzada de Personas que comenzamos a analizar comparativamente, contienen algunos párrafos introductorios que se refieren a los instrumentos internacionales que les sirven de fundamento o a cuyas normas responde la necesidad de seguir protegiendo los derechos esenciales de las personas.

En el sentido referido, la Convención Internacional tiene en cuenta, en primer lugar, la obligación de los Estados contenida en la Carta de Naciones Unidas, de promover el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales. Asimismo, considera instrumentos internacionales como son, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

---

<sup>247</sup> Historia del Decreto N° 280, Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, p. 101

Por el contrario, la Convención Interamericana obedece, en principio, al hecho de que subsiste en la región la práctica de desapariciones forzadas, delito que no sólo contradice los principios y propósitos contenidos en la Carta de la Organización de Estados Americanos –recordemos que esta Convención se insta para ser adoptada por los Estados miembros de la misma-, sino que también infringe la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por lo anterior, creemos que en ambos tratados internacionales existe un enfoque distinto en relación a su establecimiento ya que, si la Convención Internacional se estatuye en cumplimiento de las normas contenidas en otros instrumentos supranacionales, y a su vez crea nuevas obligaciones para los Estados que la suscriban; la Convención Interamericana surge por el reconocimiento de un hecho infractor de principios contenidos en determinados instrumentos.

No obstante, ambos tratados convienen en la gravedad del hecho de las desapariciones forzadas, reconociendo su carácter de crimen de lesa humanidad –“en determinadas circunstancias” o cuando se practica en forma sistemática, respectivamente-.

En lo que se refiere a los derechos que reconocen las Convenciones, ya a partir del preámbulo se advierte que la Convención Internacional es más amplia e innova al consagrar específicamente el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada, a la justicia y la reparación, así como el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición



forzada y suerte de la persona desaparecida, a buscar, recibir y difundir información.<sup>248</sup>

Por su parte, la Convención Interamericana se encarga de fijar como objetivo de los instrumentos vigentes en la zona, consolidar el régimen democrático a través de la protección de la libertad individual, la justicia social y el respeto de los derechos esenciales del hombre.

## **3.2. Análisis comparativo.**

### **3.2.1. Concepto y calificación del delito.**

#### **3.2.1.1. Concepto de Desaparición Forzada de Personas.<sup>249</sup>**

Tal como se indicara cuando se analizó la conceptualización de la desaparición forzada de personas en términos generales, tanto la Convención Internacional como la Interamericana ofrecen un concepto del delito en cuestión.

En primer lugar, el artículo 2 de la Convención Internacional lo define como “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.” A dicha norma, debemos añadir que el artículo 3 obliga a los Estados a tomar las medidas apropiadas para investigar

---

<sup>248</sup> Ver *infra* Capítulo III.3.2.3.2. y Capítulo III.3.2.3.3.

<sup>249</sup> Ver *supra* Capítulo I.2.1.

dichas conductas “que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.”

Por su parte, la Convención Interamericana señala en el artículo II que, para los efectos de dicho instrumento “se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.”

Ambas normas transcritas ofrecen un concepto claro de desaparición forzada que se hace cargo de los elementos constitutivos más importantes del delito. En este sentido, la Convención Internacional ejemplifica formas de privación de libertad –arresto, detención, secuestro-, mientras que la Interamericana sólo se refiere a dicha privación, “cualquiera que fuere su forma”; en los dos conceptos se expresa que la comisión del delito se realiza por un sujeto activo calificado y, por último, aluden a la negativa por parte del Estado tanto del hecho de la desaparición, como de proporcionar información acerca del paradero de la persona.

### **3.2.1.2. Carácter de crimen de lesa humanidad y sus alcances.**

En las consideraciones preliminares de ambas Convenciones encontramos la referencia al carácter de “crimen de lesa humanidad” de la desaparición forzada. La Convención Internacional señala que “en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional” el delito

adquiere esta condición, mientras la Convención Interamericana reafirma que la práctica sistemática de la desaparición forzada toma este matiz.

Por tanto, en cuanto a la Convención Interamericana, la comisión del delito en forma generalizada o sistemática es el requisito con el que se le da el carácter de lesa humanidad, y ello acarrea una serie de obligaciones para los Estados que deben hacer frente a la comisión de un hecho de extrema gravedad.

Asimismo, la Convención Internacional vuelve a tratar la calificación en el artículo 5, norma en la que se ajusta al mismo criterio enunciado en el preámbulo de la Interamericana: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.”

Muchas de las consecuencias que emanan de esta calificación serán analizadas individualmente más adelante, por lo que ahora sólo las enunciaremos. En consecuencia, que un delito sea crimen de lesa humanidad significa que identifican al mismo: (a) la jurisdicción universal – independientemente del lugar donde se cometa el delito, (b) deber de extraditar, (c) no es posible el otorgamiento del asilo político, (d) no puede considerarse como un delito político, (e) imprescriptibilidad, (f) no se admiten circunstancias eximentes de responsabilidad por obediencia debida, (g) no es susceptible de ser juzgado por una jurisdicción especial, y (h) no pueden concederse amnistías ni indultos.<sup>250</sup>

---

<sup>250</sup> Analizan cada una de estas características BRIJALBO, María y LONDOÑO, Catalina. *Op. Cit.* (n. 67), pp. 24-26

La expresión, como señalamos anteriormente, tiene su origen en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, y se aplicaba a actos inhumanos como el asesinato, el exterminio u otros de tal índole, que se cometieran contra una población civil; así como también abarcaba la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos.

En cuanto al concepto de este tipo de delitos, actualmente la doctrina coincide en que alude a los “atentados contra los bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto.”<sup>251</sup>

Con el concepto que hemos transcrito podemos establecer que un crimen de lesa humanidad contiene dos elementos esenciales: por un lado, la sistematicidad o generalidad con la que se realizan los actos –y a la que ya hemos aludido- y, además, la tolerancia, participación o aquiescencia del poder público. No obstante, cabe señalar que sistematicidad y generalidad se refieren a dos cuestiones distintas: la ejecución repetida y continua de los ataques, y la existencia de múltiples víctimas, respectivamente.<sup>252</sup>

### **3.2.2. Las víctimas del delito.**

#### **3.2.2.1. Concepto de “víctima” y sus derechos.**

Esta materia tiene la particularidad de encontrarse en el articulado de la Convención Internacional, mas no en el de la Interamericana, cuyo texto

---

<sup>251</sup> CANO, Miluska. *El Delito De Desaparición Forzada De Personas: El Régimen De Protección De Los Derechos Humanos Frente A Los Delitos De Lesa Humanidad*. p. 3 [en línea] <[http://www.teleley.com/articulos/art\\_140708-2.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_140708-2.pdf)> [consulta: ]

<sup>252</sup> *Ibíd.*

menciona sólo en un par de artículos a la víctima del delito, por la que sólo se comprendería a la persona que ha desaparecido. En consecuencia, una innovación de gran interés en la Convención Internacional es la determinación de quién es la víctima en los casos de desaparición forzada, ofreciendo un marco normativo sobre cuáles son sus derechos y los alcances de la reparación a la que pueden optar.

Por tanto, una primera cuestión que debemos destacar es el concepto de “víctima” que la Convención Internacional ofrece en el artículo 24 N° 1, esto es, “la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.”

Como podemos apreciar, la definición no limita la víctima del delito a la persona desaparecida, permitiendo que le se reconozcan derechos a otras personas que se ven afectadas con la comisión del delito, como ocurre con los familiares. En definitiva, la inclusión del concepto de víctima y su extensión “es uno de los mayores avances en el derecho internacional de los derechos humanos, debido a que ni la Declaración de las de Naciones Unidas ni la Convención Interamericana definen este término.”<sup>253</sup>

Por otro lado, el mismo artículo 24 les reconoce a las víctimas una serie de derechos como: a la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida (artículo 24 N° 2). En cuanto al primero de los derechos enunciados, si bien había sido reconocido en el derecho humanitario y por algunos órganos internacionales, la Convención “es el primer instrumento internacional de derechos humanos en el que se consagra expresamente.”<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> GÓMEZ, Juan José. *Op. Cit.* (n. 4), p. 44

<sup>254</sup> *Desapariciones Forzadas O Involuntarias*. Ver n. 17, p. 10

Otro derecho que viene a garantizar la Convención Internacional es el de reparación. El artículo 24 regula en sus numerales 4 y 5, la obligación del Estado de velar por que su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada. Y para estos efectos, establece que dicha reparación deberá comprender todos los daños materiales y morales e incluya, según proceda, la restitución, la rehabilitación, la satisfacción (incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación) y garantías de no repetición.

El hecho de garantizar a las víctimas una reparación integral, representa un importante avance para el derecho internacional en materia de desaparición forzada, ya que no se hablaba de ella en los tratados anteriores. Por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas mencionaba el derecho de las víctimas de obtener reparación y a ser indemnizadas, pero dejaba al criterio de los Estados la manera en que este derecho debe ser aplicado.

Por su parte, la Convención Interamericana, además de no referirse expresamente al concepto de víctimas, tampoco reconoce el derecho a la reparación o indemnización; el tratado se limita a señalar el derecho de las víctimas a presentar peticiones a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, el artículo 24 exige a los Estados partes que adopten las medidas necesarias en relación con la situación jurídica de las personas desaparecidas, especialmente en ámbitos como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad. Lo importante de esta disposición es que “puede ayudar a los parientes de la

persona desaparecida a seguir adelante con algunos aspectos de su vida, como la herencia y el estado civil.”<sup>255</sup>

### **3.2.2.2. La situación especial de los niños.**

La Convención Interamericana contiene una norma que se refiere a la situación de los niños que se ven afectados por la comisión de desapariciones forzadas, aunque, lamentablemente, sólo considera el supuesto de que la persona desaparecida sea el padre, la madre, tutor o guardador del niño. En efecto, el artículo XII establece que: “Los Estados Partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.”

De dicha norma podemos inferir, además, que la única obligación que se establece para los Estados en relación a los casos de desaparición forzada que afectan a niños es el deber de cooperación –interestatal-, para buscar, identificar, localizar y restituir a los menores que se encuentran en otro país.

Por lo anterior, los términos con que la Convención Internacional protege a los niños configuran una de las inclusiones de relevancia en la misma, especialmente en lo relativo a la obligación de los Estados de tomar las medidas necesarias para regresar a los niños apropiados o secuestrados a sus familias de origen, con el fin de proteger el interés superior de éstos. En este orden de ideas, la Convención también incluyó el derecho de los niños a conservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares reconocidas por la ley.

---

<sup>255</sup> *Desapariciones Forzadas O Involuntarias*. Ver n. 17, p. 11

En concreto, el artículo 25 N° 1 de la Convención Internacional se preocupa de la prevención y sanción penal de dos tipos de conductas que afectan a los niños: (1) la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada; y (2) la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños.

Como vemos, se trata de una norma mucho más completa que la contenida en la Convención Interamericana, y que considera la situación de los niños no sólo en el supuesto de ser sus padres o tutores los desaparecidos, sino que también cuando es el mismo niño el que ha sido sometido a esta práctica, o cuando nace durante el cautiverio de la madre. Asimismo, la Convención Internacional repudia los hechos que atentan contra la identidad de los niños.

El contenido del referido artículo 25 todavía se encarga de establecer determinadas obligaciones para los Estados partes en orden a proteger a los niños víctimas de desapariciones forzadas: el N° 2 señala la obligación de adoptar las medidas necesarias para buscar e identificar a los niños y restituirlos a sus familiar de origen, en el N° 3 se indica el deber de asistencia mutua entre los Estados partes en cuanto a la búsqueda, identificación y localización de los niños; y el N° 4 trata sobre la necesidad de adoptar procedimientos legales de revisión de los procesos de adopción para anularlos en casos cuyo origen sea una desaparición forzada.



Finalmente, el artículo 25 reconoce el principio fundamental del interés superior del niño, que deberá ser considerado en la aplicación de todas las normas referidas.<sup>256</sup>

### **3.2.3. Deberes de los Estados con motivo de la Desaparición Forzada de Personas.**

#### **3.2.3.1. El deber de prevenir su realización.**

El fin último de cualquier sistema de derechos humanos es prevenir la violación de éstos, para lo cual diversos instrumentos internacionales han promovido diferentes formas de realizar este objetivo, entre las que se encuentran mediante la educación de la población respecto a los derechos humanos, creando organismos fiscalizadores, con compromisos que obligan a los Estados a legislar respecto a temas sensibles tipificando delitos, aumentando las penas, acotando los beneficios, etc.

En el caso de la desaparición forzada de personas, ambas convenciones en sus preámbulos manifiestan que uno de los objetivos de su creación es el de prevenir la comisión del delito. Esta fórmula o compromiso general se presenta en la convención Interamericana señalando que esperan “que esta Convención contribuya a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho”. Por su parte, la Convención Internacional, en su preámbulo, indica que los Estados suscriptores del instrumento están “decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar

---

<sup>256</sup> El artículo 25 N° 5 prescribe que: “En toda circunstancia y, en particular, para todo lo que se refiere a este artículo, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial y el niño con capacidad de discernimiento tendrá derecho a expresar libremente su opinión, que será debidamente valorada en función de su edad y madurez.”

contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada”. Con esto, ambos instrumentos dejan de manifiesto el ánimo general que tienen como cimiento, el de prevenir la perpetración del delito y castigar su comisión si se da el caso concreto.

La Convención Interamericana, siguiendo el modelo de una formulación general, señala en su artículo I que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales”. Este compromiso de los Estados, sin embargo, pierde sostén en la medida que no se refleja en disposiciones concretas respecto a la prevención.

Como señalamos anteriormente, una de las formas utilizadas para la prevención es la educación de la población, y para esto, la Convención Interamericana obliga a los Estados partes a velar “para que, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas”<sup>257</sup>.

Este deber de educar está enfocado en los principales agentes, que en la historia, han sido propensos a cometer en delito de desaparición de personas: las fuerzas armadas y la policía. Pero, creemos que esta obligación, en el contexto interamericano, se queda corta en cuanto a su alcance. Ante una empresa compleja como es la prevención, lo ideal es que la actitud de respeto a los derechos humanos se desarrolle a nivel social, por lo que entendemos al artículo 23 de la Convención Internacional como una norma más satisfactoria en cuanto prescribe en su número 1: “Cada Estado Parte velará por que la

---

<sup>257</sup> Convención Interamericana, art. VIII.

formación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, del personal médico, de los funcionarios y de otras personas que puedan intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, incluya la enseñanza y la información necesarias sobre las disposiciones pertinentes de la presente Convención, a fin de: *a*) Prevenir la participación de esos agentes en desapariciones forzadas; *b*) Resaltar la importancia de la prevención y de las investigaciones en materia de desapariciones forzadas; *c*) Velar por que se reconozca la urgencia de la resolución de los casos de desaparición forzada”. Atendiendo a uno de los elementos esenciales de la desaparición forzada, como es la privación de libertad de una persona, esta norma incluye a todo funcionario, militar o civil, que participa de una u otra forma en ella. Sin embargo, la norma ha sido diseñada, principalmente, para los casos en que los agentes que cometen o puedan cometer el delito funcionan en una estructura jerarquizada, así en el mismo artículo 23 de la Convención Internacional, en sus numerales 2 y 3, señala el deber que tiene el Estado de proteger a quien se rehúse de cumplir una orden de aquella naturaleza y deber que tiene, en caso de que se haya cometido el delito o se cometerá, de informar a sus superiores o la autoridad competente<sup>258</sup>.

Por otra parte, y como veremos más adelante<sup>259</sup>, la Convención Internacional regula las condiciones mínimas que se le deben respetar a las personas privadas de libertad, de manera tal, que si se cumple con su normativa se prevendría la desaparición forzada de ésta, dando una protección más amplia y eficaz que la presente en la Convención Interamericana.

---

<sup>258</sup> Convención Internacional, artículo 23: “2. Cada Estado Parte prohibirá las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas. Cada Estado Parte garantizará que la persona que rehúse obedecer una orden de esta naturaleza no sea sancionada. 3. Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que, cuando las personas a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo tengan razones para creer que se ha producido o está a punto de producirse una desaparición forzada, informen a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos de control o de revisión competentes”.

<sup>259</sup> Ver Infra Capítulo 3.2.3.7.

### 3.2.3.2. El deber de buscar la verdad.

La búsqueda de la verdad, es decir, tratar de averiguar lo que realmente sucedió en un momento determinado con determinadas personas, proviene de dos fuentes: Primero, del derecho que tienen las víctimas<sup>260</sup> de conocer el paradero de los desaparecidos y en qué circunstancias lo hicieron. Segundo, ante legados de violencia y autoritarismo presentes, principalmente, en transiciones democráticas de gobiernos militares, es la sociedad en su conjunto la que se ve afectada por la práctica sistemática de la desaparición de personas. Esta búsqueda es un esfuerzo en conjunto del Estado, que aporta los recursos, con las víctimas y organizaciones de derechos humanos que aportan sus testimonios e información respecto a posibles personas desaparecidas. Hemos visto, a partir del caso latinoamericano, la existencia de comisiones de verdad, que también existen a nivel mundial como en Sudáfrica o Sierra Leona, y hemos analizado sus objetivos, pero en cuanto a la búsqueda de la verdad, como tal, queremos señalar que hoy en día ha dejado de ser una suerte de placebo social y un instrumento para la ilusión política de borrar la huella de violencia del pasado por medio de la reconciliación, para ser reconocida hoy como “un valor en si, no menor al de esclarecer responsabilidades penales”<sup>261</sup>.

La Convención Interamericana, no menciona en ninguno de sus veintidós artículos o su preámbulo la idea de búsqueda de la verdad. Se puede inferir, quizás, desde la perspectiva de los deberes de investigación, que sin embargo están más enfocados en perseguir la responsabilidad penal de los responsables.

---

<sup>260</sup> Usamos el concepto amplio de víctima de la Convención Internacional. Ver *supra* Capítulo III.3.2.2.

<sup>261</sup> GONZÁLEZ CUEVA, Eduardo. *Tendencias en la Búsqueda de la Verdad*. Anuario de Derechos Humanos (N° 5), Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2007, p.103

Como expusimos más arriba<sup>262</sup>, la Convención Internacional, en su artículo 24 número 2, prescribe el derecho que tiene toda víctima de conocer la verdad, su evolución y de la investigación, dando el deber al Estado de tomar las medidas correspondientes para que esto sea efectivo. Es interesante recordar que a partir del concepto de víctima que maneja la Convención Internacional el derecho a la verdad le pertenece a familiares y cercanos de la persona desaparecida.

Por otra parte, existe un ánimo encaminado a dar preeminencia al descubrimiento de la verdad por sobre el castigo de los responsables, si interpretamos el artículo 7 número uno, permite a los Estados partes considerar como una causal de atenuante de responsabilidad a quienes “hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada”, como una norma que fomenta y aporta al descubrimiento de la verdad dando incentivos para cooperar con la investigación. En el mismo tenor, el artículo III inciso 2 de la Convención Interamericana.

Nos parece grave que la Convención Interamericana no contemple disposición alguna con respecto a la búsqueda de la verdad, la cual, como fin está en constante desarrollo a nivel internacional<sup>263</sup>, y tenga que emplearse como una creación jurisprudencial, cuando, como sucede con la Convención Internacional, debe ser un derecho inalienable de las víctimas y fomenta su persecución exigiendo al Estado garantizar el derecho que tienen éstas de formar asociaciones<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> Ver *supra* Capítulo III.3.2.2.1.

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> Convención Internacional, Artículo 24, número 7: “Cada Estado Parte garantizará el derecho a formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas, así como la asistencia a las víctimas de desapariciones forzadas.

### **3.2.3.3. El deber que tiene el Estado de investigar toda noticia que tenga de la práctica de Desaparición Forzada de Personas.**

Ante el derecho que tiene la víctima de denunciar, existe el correlativo deber del Estado que ha recibido la denuncia de investigar. Como señalamos, el artículo 12 número 1 de la Convención Internacional contiene el derecho a denunciar ante las autoridades competentes los hechos constitutivos de desaparición forzada que acaezcan en su jurisdicción. Complementariamente, el artículo 3 contiene un mandato general que obliga al Estado parte a investigarlo. El artículo señala que: “los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2<sup>265</sup> que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”. Por otra parte, la Convención Internacional prescribe la investigación, *motu proprio*, por parte del Estado, a través de sus autoridades competentes, si conoce de hechos que generen motivos razonables respecto a una posible práctica del delito en su territorio<sup>266</sup>

En cuanto a la Convención Interamericana, no existe un mandato expreso a investigar, sino que se extrae de las obligaciones generales de no tolerar y sancionar. Sin embargo, regula los casos en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos pueda conocer de una comunicación o petición donde se denuncien hechos constitutivos de desaparición forzada de

---

Usualmente el objetivo de estas organizaciones, junto con buscar reparaciones es saber la verdad del paradero de las víctimas de desaparición forzada de personas”.

<sup>265</sup> Definición que da la Convención Internacional del delito de desaparición forzada de personas. Ver supra 3.2.2.1.

<sup>266</sup> Convención Internacional, artículo 12 número 1: “Siempre que haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, las autoridades a las que hace referencia el párrafo 1 iniciarán una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal”.

personas, señalando los cuerpos legales aplicables para su tramitación, o la posibilidad que tiene la Comisión Interamericana de solicitar información al Estado en el cual se cometen los hechos denunciados por medio de su Secretaría Ejecutiva, aun antes de ver la admisibilidad de la petición<sup>267</sup>. Otra regulación de la Convención Interamericana dice relación con los casos en que se ha hecho valer un recurso judicial para conocer el paradero de una persona privada de libertad durante situaciones de excepción, como amenaza de guerra, obligando, según los prescribe su artículo X inciso segundo, al Estado parte a dar las facilidades a las autoridades competentes para que tengan libre acceso “a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a las persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar”<sup>268</sup>.

La Convención Internacional, por su parte, contiene un catálogo más amplio en cuanto a deberes que debe seguir el Estado en orden de facilitar la investigación de las autoridades competentes, así lo señala su artículo 12 número 13, que lo compele a: Disponer que las autoridades competentes investiguen hechos denunciados que puedan configurar el delito de desaparición forzada tengan las facultades y recursos necesarios para llevar a cabo eficazmente la investigación, inclusive el acceso a la documentación y demás informaciones pertinentes para la misma; y tengan acceso, previa autorización judicial si fuera necesario emitida a la mayor brevedad posible, a cualquier lugar de detención y cualquier otro lugar donde existan motivos razonables para creer que pueda encontrarse la persona desaparecida.

Aunque la Convención Internacional es un poco más extensa respecto a los deberes de facilitar la investigación, no es mucha su diferencia respecto a la

---

<sup>267</sup> Convención Interamericana, artículos XIII y XIV.

<sup>268</sup> *Ibíd.*, artículo X.

Convención Interamericana. Donde realmente marca una diferencia es, primero, en el mandato expreso que hace al Estado de sancionar a todas aquellas personas que con su conducta estorben la labor de las autoridades que están investigando<sup>269</sup>. Segundo, la Convención Internacional en el artículo 19 contiene una limitación a las facultades de investigar y administrar la información obtenida: Los derechos humanos, las libertades personales y la dignidad de las personas. Estimamos que la limitaciones son pertinentes, toda vez que no se puede usar el proceso de investigación como una forma de violar los derechos de quienes sean sospechosos de haber practicado la desaparición forzada de personas.

#### **3.2.3.4. El deber de tipificar el ilícito y los compromisos legislativos.**

Una de los compromisos básicos que los Estados contraen al momento de suscribir cualquiera de estos dos instrumentos internacionales es el de tipificar como delito, en su derecho interno, la desaparición forzada de personas. A pesar de la eficacia que se le busca dar a la protección de los derechos humanos con la suscripción de acuerdo internacionales, la prioridad siempre estará en la jurisdicción nacional de cada Estado, es por esto que la Convención Interamericana en su artículo III y la Convención Internacional en el artículo 4 prescriben el deber que contraen los estados de tipificar el delito de desaparición forzada, considerando para esto, su extrema gravedad.

Ambas Convenciones contemplan la facultad de tipificar ciertas atenuantes a la responsabilidad para aquellas personas, que en el marco de

---

<sup>269</sup> Convención Internacional, artículo 12 número 4: "Cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para prevenir y sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones. En particular, deberán garantizar que las personas de las que se supone que han cometido un delito de desaparición forzada no estén en condiciones de influir en el curso de las investigaciones, ejerciendo presiones y actos de intimidación o de represalia sobre el denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como sobre quienes participan en la investigación".



una investigación suministren información respecto del paradero de las víctimas. Se diferencia la Convención Internacional en dos puntos: Uno, la hipótesis de atenuantes contempla a quienes hayan ayudado a la reparación de la víctima, mientras que la Convención Interamericana no se refiere nunca a esta etapa en el proceso. Dos, en su artículo 7 número 2 letra b) se incorpora la posibilidad de legislar agravantes en casos de víctimas calificadas por su vulnerabilidad, como mujeres embarazadas, niños o discapacitados.

Por último, existen también compromisos legislativos, como veremos más adelante en este trabajo, respecto a las regulaciones de extradición de los acusados de la práctica del delito y en la prescripción<sup>270</sup>.

#### **3.2.3.5. Deber de cooperación entre los Estados partes.**

Uno de los puntos fundamentales de suscribir tratados internacionales sobre derechos humanos es ir creando un sistema de protección supranacional, el cual se basa en el respeto y la cooperación entre las naciones. Por tanto, no es exagerado decir que la cooperación internacional es la base, no sólo de los derechos humanos, sino del *ius cogens* en general.

La Convención Interamericana posee un mandato general de cooperación y asistencia entre los Estados partes en su artículo I, el que señala que cooperarán entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas. No obstante, posee una norma que regula específicamente un caso de cooperación, a saber, el de búsqueda, localización, identificación y restitución de menores víctimas de la práctica de desaparición forzada. La convención internacional igualmente tiene una norma especial para la cooperación internacional en caso de los menores, en el marco del artículo

---

<sup>270</sup> Ver Capítulo III.3.2.4.4. y III.3.2.4.2.

25, que está dedicado exclusivamente a salvaguardar los derechos y libertades personales de los menores, que señala que los Estados partes se prestarán asistencia mutua en la búsqueda, identificación y localización de los niños a los víctimas de desaparición forzada, o que sus padres lo hayan sido o que hayan nacido en el cautiverio.

Sin embargo, la Convención Internacional no se limita a circunscribir la cooperación entre Estados al caso de los menores, sino que lo hace extensivo a todas las víctimas de la desaparición forzada, prestando todo el auxilio posible para asistir a las víctimas de las desapariciones forzadas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, en la exhumación, la identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos, según lo prescribe su artículo 15. Es importante recalcar que la Convención Interamericana no señalada nada respecto a la reparación de la víctima y, en cambio, la Convención Internacional la relaciona con la cooperación internacional.

En otro ámbito, relacionado con la cooperación entre Estados, la Convención Internacional deja la regulación de ésta al derecho interno del Estado requerido y a los tratados internacionales de cooperación internacional que hayan suscritos los Estados entre sí, cuando se trate de cooperación en caso de comenzar o llevar adelante los procesos penales contra los acusados de cometer el delito, especialmente en lo referente a las pruebas.

Parece claro que la Convención Internacional es un instrumento más completo respecto a la cooperación internacional, incorpora lo señalado en la Convención Interamericana y lo complementa, de manera que existen mayores posibilidades de cooperación y, en definitiva, de sacar adelante una investigación o un juicio.

### **3.2.3.6. Deber de mantener información actualizada y a disposición de los interesados sobre las personas privadas de libertad.**

Como señalamos al momento de presentar el deber de prevención, una de las formas de prevenir la realización del ilícito es obligando a la institución que prive de libertad a una persona o quien administra su detención a mantener un registro con información veraz y actualizada respecto de su detención. ¿Por qué podría ayudar esto a la prevención? Primero, porque se hace más difícil para quienes cometen el ilícito negar la detención de una supuesta víctima. Segundo, porque haría más sencillo la presentación de recursos judiciales, toda vez que se tendrían a disposición todos los datos de la causa y se podría señalar al tribunal dónde comenzar a buscar.

A este respecto, la Convención Interamericana cuenta con una sola norma, que dispone: “Los Estados Partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades”. Esto facilita la investigación, además de permitir noticias periódicas de quien se encuentra privado de libertad. Sin embargo, el texto no se pronuncia respecto al contenido de la información, la protección de aquellos que solicitan la información, ni propone medidas contra quienes nieguen o alteren la información requerida.

La Convención Internacional también contempla un artículo referente a la información que, en registros oficiales y actualizados, el Estado debe guardar de las personas privadas de libertad en su jurisdicción, para colocar a disposición de la autoridad judicial competente o de otra persona o institución que se estatuya en el derecho interno. Asimismo, el artículo 17 número 3 señala que la información que debe constar en los registros es la siguiente:

- a ) La identidad de la persona privada de libertad;
- b ) El día, la hora y el lugar donde la persona fue privada de libertad y la autoridad que procedió a la privación de libertad;
- c ) La autoridad que decidió la privación de libertad y los motivos de ésta;
- d ) La autoridad que controla la privación de libertad;
- e ) El lugar de privación de libertad, el día y la hora de admisión en el mismo y la autoridad responsable de dicho lugar;
- f ) Los elementos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad;
- g ) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos de la persona fallecida;
- h ) El día y la hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y la autoridad encargada del traslado

Como dijimos, esta información tiene la doble función de ser de informe periódico respecto al bienestar de una persona privada de libertad, y por otra permite presentar los recursos judiciales pertinentes de manera más eficaz, ya que se tiene de primera mano toda la información<sup>271</sup>, y brinda protección a

---

<sup>271</sup> Convención Internacional, artículo 18: "1. Sin perjuicio de los artículos 19 y 20, cada Estado Parte garantizará a toda persona con un interés legítimo en esa información, por ejemplo los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado, el acceso, como mínimo, a las informaciones siguientes:

- a ) La autoridad que decidió la privación de libertad;
- b ) La fecha, la hora y el lugar en que la persona fue privada de libertad y admitida en un lugar de privación de libertad;
- c ) La autoridad que controla la privación de libertad;
- d ) El lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y, en caso de traslado hacia otro lugar de privación de libertad, el destino y la autoridad responsable del traslado;

quien la solicita, de manera que se reduce el temor a las represalias por presentar un escrito judicial. Por otra parte, limita los abusos en la medida que se deja constancia de la evolución física de una persona.

Por otra parte, la Convención Internacional posee dos normas que son interesantes de destacar en cuanto a la información que se recibe de las personas privadas de libertad:

Primero, existe norma expresa que llama a los Estados a tomar medidas contra quienes niegue o modifiquen la información requerida, como señala el artículo 22 c) de la Convención Internacional: "cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para prevenir y sancionar las siguientes prácticas: c ) La negativa a proporcionar información sobre una privación de libertad o el suministro de información inexacta, cuando se cumplen las condiciones establecidas por la ley para proporcionar dicha información". De esta forma, el Estado parte no está sólo obligado a recaudar información, sino que también debe fiscalizar su calidad.

Segundo, la Convención señala las hipótesis en que este derecho a la información puede ser suspendido. De acuerdo a su artículo 20, únicamente se podrá limitar, de manera excepcional, el deber de entregar la información antes señalada de la persona privada de libertad si ésta se encuentra protegida de la ley y la privación de libertad se halle bajo control judicial, en casos

---

e ) La fecha, la hora y el lugar de la liberación;

f ) Los elementos relativos al estado de salud de la persona privada de libertad;

g ) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos.

2. Se adoptarán, llegado el caso, medidas adecuadas para garantizar la protección de las personas a las que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, así como de quienes participen en la investigación, contra cualquier maltrato, intimidación o sanción en razón de la búsqueda de informaciones sobre una persona privada de libertad. Relacionada con el art. 12.1 cuando presentan una denuncia."

estrictamente necesarios según causales de derecho estricto y la información afecte la dignidad o seguridad de la persona privada de libertad o la investigación criminal de la que es objeto, o motivos equivalentes, siempre que estén en armonía con los preceptos y fines perseguidos por la Convención Internacional, y en ningún caso se podrá usar para ocultar hechos que puedan constituir el delito de desaparición forzada. Como corolario de esta limitación, se estatuye que el recurso para solicitar la información ante los órganos competentes no es susceptible de limitación o suspensión alguna. En conclusión, si bien se puede limitar el derecho que tienen las personas, y no los órganos encargados de una investigación, a obtener información de quien se encuentra privado de libertad el motivo debe estar tipificado, limitando la arbitrariedad, y se entiende de carácter excepcionalísimo y temporal, dejando siempre la posibilidad de recurrir para que se levante la suspensión y se entregue la información.

Finalmente, respecto al momento en que una persona es liberada, la Convención Internacional prescribe el deber que tiene la autoridad que lo libera de dar garantías que permitan verificar que la liberación realmente sucedió, como por ejemplo dar información sobre el paradero de la persona, que puede verificarse en un corto plazo. Así también, los Estados partes tienen el deber de asegurar la integridad física y el ejercicio de los derechos de quien es puesto en libertad, como un complemento a cualquier otro tipo de obligación, principalmente de reparación si corresponde, que le corresponda por el derecho interno.

### **3.2.3.7. El deber de respetar condiciones mínimas de una privación de libertad conforme a derecho.**

Una novedad que presenta la Convención Internacional respecto a la Interamericana es que la primera, , individualiza una serie de condiciones mínimas en que la privación de libertad de una persona se debe realizar en forma de deberes para los Estados partes. Todas estas medidas, contenidas principalmente en el artículo 17 de la Convención Internacional, son una garantía para quien se encuentra detenido, y aseguran el respeto a su dignidad como ser humano a la vez que previenen conductas proclives a la desaparición forzada. El artículo 17 comienza con una prohibición, la de no poder detener a una persona en secreto. El secreto está íntimamente relacionado con los elementos esenciales del delito de desaparición forzada, debido a que detener a una persona de esta forma representa la negación, en la esfera pública, de su realización, lo que no implicaría que en cuanto a la información que cualquier persona puede obtener, la detención no existe, lo que importa simplemente otra forma de negarla.

Además, el artículo 17 contempla diversas obligaciones, independientes de las que puedan haber en el derecho interno de cada uno de los Estados partes, que se relacionan con la privación de libertad de una persona:

Primero, como un compromiso legislativo o administrativo, el Estado parte deberá establecer las condiciones bajo las cuales pueden impartirse las órdenes de privación de libertad y determinar las autoridades competentes para efectuar las detenciones<sup>272</sup>.

---

<sup>272</sup> Convención Internacional, artículo 17, número 2, letras a) y b).

Segundo, el Estado parte debe dar la garantía de que las personas privadas de libertad sean recluidas en centros de detención oficiales, como una forma de evitar el ocultamiento tanto del hecho de estar detenido como de los derechos que se vulneran durante el proceso, y garantizar que el detenido tenga la posibilidad de comunicarse con su familia, abogados y cualquier persona con interés<sup>273</sup>. Este deber de mantener a las personas en centros de desaparición forzada no está propiamente enmarcado dentro del tipo de desaparición forzada de personas, sino que se realiza una confusión “al considerar dentro de tales conductas al traslado fuera de un lugar de detención oficial, supuesto que no constituye un atentado contra la libertad ambulatoria, sino una vulneración de las garantías de la persona privada de libertad”<sup>274</sup>. Sin embargo, se pueden entender como una medida preventiva, tendiente a evitar otras conductas, como el negar el hecho de la detención. Además, como señalamos con el deber de investigar<sup>275</sup>, el Estado debe adoptar medidas para favorecer a la investigación, como señala el artículo 17, como garantizar el acceso de toda autoridad e institución competentes y facultadas por la ley a los lugares de privación de libertad, si es necesario con la autorización previa de una autoridad judicial. Esta medida favorece no sólo a la prevención del delito de desaparición forzada, sino también de otros conexos de violaciones a los derechos humanos, como el de tortura.

Por último, el Estado parte “garantizará en cualquier circunstancia a toda persona privada de libertad y, en caso de sospecha de desaparición forzada, por encontrarse la persona privada de libertad en la incapacidad de ejercer este derecho, a toda persona con un interés legítimo, por ejemplo los allegados de la persona privada de libertad, su representante o abogado, el derecho a interponer un recurso ante un tribunal para que éste determine sin demora la

---

<sup>273</sup> *Ibid.*, artículo 17 número 2, letras c) y d).

<sup>274</sup> MEDINA, Gonzalo. *Op. Cit.* (n. 5), p. 22

<sup>275</sup> Ver *supra* Capítulo III.3.2.3.3.



legalidad de la privación de libertad y ordene la liberación si dicha privación de libertad fuera ilegal”<sup>276</sup>. Creemos que esta norma confunde ciertos conceptos: señalamos lo anterior en base a que se entiende que por sospecha de haber sido víctima de desaparición forzada, toda persona con un interés legítimo puede recurrir para que ante un tribunal para que revise la legalidad de la privación de libertad, cuando todos los ordenamientos jurídicos tienen herramientas procesales en servicio de este punto, la revisión de la legalidad de la detención, como por ejemplo el *habeas corpus* o recurso de amparo. Sin embargo, si se tiene la sospecha de que una persona es víctima del delito de desaparición forzada, se debe revisar tanto el hecho de su detención, sea ilegal o no, como si existe ocultamiento de la persona y una negativa de parte de quien lo haya detenido a entregar información sobre su paradero que haga presumir su muerte. Otra forma de entender este número, es el de querer garantizar, en la Convención Internacional, un recurso de amparo para las víctimas de privaciones ilegales y/o arbitrarias de privación de libertad.

La falta de regulación en la Convención Interamericana nos lleva a concluir que ésta deja este punto a cargo del derecho interno, es decir, remite las garantías mínimas de privación de libertad de una persona a lo que estatuya el sistema jurídico del Estado en que ha sido detenido. Sin embargo, nos parece que el hecho de encontrarse regulado expresamente en la Convención Internacional como deberes de los Estados partes, conlleva la inclusión de una serie de derechos para los afectados, a nivel de tratado internacional, que hacen más efectiva la tutela de los derechos que la batalla contra la desaparición forzada de personas quiere proteger.

---

<sup>276</sup> Convención Internacional, artículo 17, número 2 letra f).

### **3.2.3.8. El deber de perseguir y sancionar a los responsables de la práctica de Desaparición Forzada de Personas.**

El hecho de que un Estado suscriba una convención específicamente desarrollada sobre desaparición forzada de personas es un poderoso indicador de la voluntad que existe en éste de perseguir y sancionar a los responsables, además de las máximas del sistema de protección de derechos humanos de prevenir y erradicar cualquier forma de abuso.

En relación con este ánimo, es que ambas convenciones contienen un precepto de carácter general que los compromete a perseguir y enjuiciar a los responsables. El artículo I de la Convención Interamericana, en su letra b) señala que “Los Estados Partes en esta Convención se compromete a: b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada, así como la tentativa de comisión del mismo”. Por su parte, la Convención Internacional en su Preámbulo indica: “Decididos a prevenir las desapariciones forzadas y a luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada (...) Teniendo presentes el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada y el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación”<sup>277</sup>. Estas fórmulas generales se ven concretadas en diversas obligaciones que se han presentado en este apartado, especialmente los compromisos legislativos y el deber de investigar, además de en otros apartados de este análisis comparativo, como en materia de extradición,

---

<sup>277</sup> Existen otras fórmulas generales en este sentido en la Convención Internacional, como el artículo 3: “Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”.

prescripción, la exclusión de causales eximentes de responsabilidad o justificación y las medidas tendientes a establecer su jurisdicción<sup>278</sup>.

Ambas convenciones no sólo persiguen a quien ejecuta el delito de desaparición forzada, sino que entendiendo la especial situación que representa su práctica sistemática, es decir, la existencia de grados de coordinación, y atendiendo a la especial situación de las fuerzas armadas y del orden, es que como señalamos con la Convención Interamericana, y en el mismo tenor se refiere el artículo 6 de la Convención Internacional, se persigue a toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma. La Comisión Internacional, en el mismo artículo, posee un apartado especial para la responsabilidad del mando<sup>279</sup>, ya que sindicada como penalmente responsable al superior que tenga conocimiento de que subordinados bajo su autoridad cometan o hayan cometido el delito de desaparición forzada, haciendo caso omiso de la información.

Se da especial énfasis en la posibilidad que tienen los mandos jerárquicos superiores de fiscalizar, controlar y tomar medidas represivas con los subordinados directos que cometan el delito o actividades que guarden relación con la misma, como la detención secreta de una persona. Es tan estricta esta medida, que no basta con que el superior jerárquico haya tomado ciertas medidas de prevención o represión, sino que la Convención habla de “todas las medidas necesarias y razonables”, lo que se debe entender como un estándar más exigente que la debida prudencia de un hombre razonable. Por último, respecto a los militares, la Convención Internacional no excluye la aplicación de normas más estrictas de responsabilidad para un jefe militar.

---

<sup>278</sup> Ver Capítulo III.3.2.4.

<sup>279</sup> *Ibíd.*, ver artículo 6, número 1, letra b).

Como ya hemos señalado, los subordinados no tienen la posibilidad de excusarse en el argumento de cumplir órdenes, para eximirse de responsabilidad de actos que dicen relación con la desaparición forzada de personas.

La Convención Interamericana da especiales directrices de comportamiento, que van más allá de las que analizaremos con relación a las que deben tener los Estados partes al establecer su jurisdicción<sup>280</sup>, que dicen relación con el comportamiento que se espera de un Estado si se encuentra dentro de su jurisdicción una persona acusada de practicar la desaparición forzada de personas. En primer lugar, el Estado debe examinar la información que se le presenta, y de existir circunstancias que justifican la detención del acusado, procederá a ésta o tomará medidas cautelares con el objetivo de asegurar la presencia del acusado, todo conforme al derecho interno del Estado para determinar si corresponde su entrega, extradición o procesamiento penal.

El grado de convencimiento que el Estado debe tener para llevar a cabo estas medidas, se debe entender inferior al que se necesita para condenar a una persona. En relación a este hecho, es que el artículo 10 número 2 de la Convención Internacional prescribe que adoptada alguna medida contra el acusado, se procederá a una investigación preliminar para determinar si ejerce o no su jurisdicción. En rigor, este es otro ámbito de convencimiento, no se resuelve si es necesario juzgar, eso ya se hizo, sino que se determina si corresponde al Estado en que se encuentra el acusado ser el encargado de llevar el juicio.

En definitiva, ambas convenciones poseen normas tendientes a estatuir el deber de perseguir y juzgar a los responsables, pero en el análisis

---

<sup>280</sup> Ver Capítulo III.3.2.4.3.

comparado, se ha visto la profundidad desarrolla por la Convención Internacional es superior al de la Convención Interamericana, que tiende en la mayoría de los casos a usar fórmulas generales que desvirtúan la obligación de perseguir y castigar en un simple compromiso.

### **3.2.3.9. Deberes en el procesamiento de los responsables.**

Junto con crear la obligación de perseguir y castigar a los responsables, la Convención Internacional da pautas para el debido procesamiento de éstos. Es un hecho lamentable que la Convención Interamericana no cuente con normas de esta naturaleza y, nuevamente, confíe su contenido al derecho interno del Estado parte.

En la Convención Internacional, la garantía general del debido proceso se encuentra consagrada en el artículo 11 número 3 que señala: “Toda persona investigada en relación con un delito de desaparición forzada recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento. Toda persona sometida a juicio por un delito de desaparición forzada gozará de las garantías judiciales ante una corte o un tribunal de justicia competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”. Pero la Convención no termina en la cláusula general, sino que diversas normas del mismo cuerpo internacional tienen como antecedente el debido proceso legal. Así, por ejemplo, el artículo 10 indica que las medidas adoptadas por un Estado en caso de que decida que existen motivos para juzgar al acusado se mantendrán solamente por el periodo que sea necesario a fin de asegurar su presencia en el procedimiento. Otro ejemplo está en el artículo 12 de la Convención Internacional, que dispone que la investigación que hagan las autoridades competentes a partir de una denuncia sea exhaustiva e imparcial. En definitiva, se entiende manifiestamente presente

la garantía del debido procedimiento judicial para el acusado en todas normas que se refieren a su procesamiento.

También es una novedad de la Convención Internacional respecto de la Interamericana, las disposiciones que tienen como objetivo impedir que la convención, y el sistema de protección de los derechos humanos en general sea usado como un mecanismo de persecución política de personas por sus creencias o influencia. En esta materia, el artículo 16, en sus dos numerales señala: “1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario”. Deben existir, en caso de expulsión, devolución o extradición, garantías suficientes en el país que recibe al acusado de que se llevará a cabo un proceso judicial de enjuiciamiento penal, atendiendo las normas del debido proceso. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 13 número 7 de la Convención internacional al señalar: “Ninguna disposición de la presente Convención debe interpretarse en el sentido de obligar al Estado Parte requerido a que conceda la extradición si éste tiene razones serias para creer que la solicitud ha sido presentada con el fin de procesar o sancionar a una persona por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social, o si, al aceptar la solicitud, se causara un daño a esta persona por cualquiera de estas razones”.

En definitiva, se garantiza al acusado el debido proceso legal tanto en el Estado en que ha sido detenido o se haya tomado alguna medida en su contra con el objetivo de procesarlo por la práctica de la desaparición forzada de personas, como en el Estado que vaya a recibirlo para juzgarlo.

### **3.2.3.10 El deber de adoptar medidas y sanciones contra otras conductas relacionadas con la Desaparición Forzada de Personas.**

La Convención Internacional, a diferencia de la Interamericana, señala una serie de prácticas que los Estados deben prevenir y sancionar que se entienden conexas al delito de desaparición forzada de personas. Su artículo 27 señala tres conductas:

Primero, las dilaciones o la obstrucción de los recursos previstos en el inciso *f*) del párrafo 2 del artículo 17 y el párrafo 2 del artículo 20, es decir, si no se permite ejercer el recurso contemplado para toda persona que tenga interés legítimo a favor de una persona privada de libertad si sospecha que puede ser víctima del delito de desaparición forzada, se revise la legalidad de su detención y eventualmente se deje en libertad, y el recurso a solicitar la información sobre una persona privada de libertad cuando, por causas justificadas, se haya limitado el acceso a ésta. Esta disposición está en armonía con la eficacia que se le quiere dar al sistema de protección de los derechos humanos mediante la acción de recursos especiales.

Segundo, el incumplimiento de la obligación de registrar toda privación de libertad, así como el registro de información cuya inexactitud el agente encargado del registro oficial o los expedientes oficiales conocía o hubiera debido conocer. Esta especialmente relacionada con la desaparición forzada de una persona, como expusimos con anterioridad, se entiende un ánimo de

ocultamiento o modificación de la información que configura uno de los elementos esenciales del delito de desaparición forzada.

Tercero, la negativa a proporcionar información sobre una privación de libertad o el suministro de información inexacta, cuando se cumplen las condiciones establecidas por la ley para proporcionar dicha información. Como en el caso anterior, toda negación a brindar información o su entrega inexacta hace presumir que existe un ánimo de ocultamiento.

Además de esta norma, existen otras en la Convención Internacional que sancionan conductas conexas a la desaparición forzada de personas, como el artículo 6, número 1, letra b) que considera responsable al superior que haya ejercido responsabilidad y control sobre actividades relacionadas con el delito de desaparición forzada, o el artículo 25 en relación a la especial protección que hace la Convención Internacional de los niños.

### **3.2.4. Aspectos procedimentales.**

#### **3.2.4.1. Exclusión de causales de justificación y eximentes.**

Cuando tratamos anteriormente la calificación del delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad vimos que una de las consecuencias en la sanción del delito –en respuesta a esa gravedad-, es la exclusión de circunstancias que justifiquen o eximan la responsabilidad penal.

Por el hecho de constituir una materia mucho más asentada en la jurisprudencia de los organismos internacionales, era de esperar que la Convención Interamericana se refiriera a ella. Y efectivamente, desde el artículo 1 letra a), los Estados partes de dicho tratado se comprometen a no practicar,



no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; lo que también se conoce como el carácter absoluto del derecho en cuestión.

La Convención Internacional, por su parte, contiene una norma similar por la que se establece que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada” (artículo 1.2.).

A mayor abundamiento, en la Convención Interamericana, el artículo X vuelve a referirse a exclusión de estas causales, esta vez en términos idénticos a los del artículo 1.2 de la Convención Internacional: “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas.” Sin embargo, la Convención Interamericana añadía que en esos casos se conserva el derecho a procedimientos o recursos judiciales para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva. Aún más, establece que respecto a la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, “las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.”

Aunque en principio parece más exhaustiva la regulación de la Convención Interamericana sobre la exclusión de justificantes y eximentes, los

incisos 2 y 3 del artículo X no se refieren directamente a este particular, sino que regulan la suerte de los procedimientos judiciales destinados a obtener información sobre la persona desaparecida –que usualmente se vuelven ineficaces durante los estados de excepción- y que en rigor está presente en la Convención Internacional a través de las numerosas obligaciones que este tratado establece para los Estados partes.<sup>281</sup>

Pese a esta última consideración, podemos concluir este punto indicando que se trata de una materia donde ambas Convenciones responden adecuadamente a la necesidad impuesta por el carácter de lesa humanidad de la desaparición forzada.

#### **3.2.4.2. Pronunciamiento sobre la imprescriptibilidad de la desaparición forzada.**

Otra de las consecuencias del carácter de crimen de lesa humanidad de la desaparición forzada es su imprescriptibilidad. Característica que ya había sido declarada en La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad y en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, como ya se dijo previamente, la desaparición forzada no siempre es considerada un crimen contra la humanidad, sino que adquiere ese carácter cuando se comete en forma sistemática o generalizada, y por tanto, habrá que examinar en que términos establecen dicha imprescriptibilidad las Convenciones.

---

<sup>281</sup> Ver *supra* Capítulo III.3.2.3.

Por un lado, la Convención Interamericana señala en el artículo VII que “la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.” En consecuencia, el tratado parte de la premisa de que tanto acción penal como pena son imprescriptibles. A lo que se añade que si una norma “de carácter fundamental” impide la aplicación de dicha imprescriptibilidad, “el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.”

Por el otro lado, en el artículo 8 de la Convención Internacional, si bien no se plasma un enunciado sobre la imprescriptibilidad de la acción o la pena impuesta por el delito de desaparición forzada, sí se establecen las medidas que deberá adoptar el Estado que quiera establecer plazos de prescripción de la acción penal: debe ser un plazo (1) prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; (2) que se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito; y (3) que durante el plazo de prescripción las víctimas cuenten con un recurso eficaz.

#### **3.2.4.3. Requisitos para establecer la jurisdicción de los Estados.**

Ambas Convenciones contienen normas relativas a la jurisdicción de los Estados, siendo la principal diferencia que los términos de la Convención Internacional son más amplios e incluyen a las naves y aeronaves.

La Convención Interamericana regula en el artículo IV los requisitos para que los Estados partes tengan jurisdicción para juzgar un determinado caso de desaparición forzada. En este sentido, dicha norma señala que “los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte”, lo que también se conoce con el nombre de

jurisdicción universal, que es una de las consecuencias de catalogar como crimen de lesa humanidad el delito en cuestión. Luego, la norma señala que “cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:

- a. Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;
- b. Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;
- c. Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.”

Además, el artículo IV establece la obligación para los Estados de adoptar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito cuando el presunto autor se encuentre dentro de su territorio y no lo extradite.

Por su parte, la Convención Internacional, regula detalladamente los requisitos de jurisdicción en los artículos 9, 10 y 11, los que “establecen un amplio margen para que el Estado inicie acciones y juzgue o extradite a cualquier sospechoso de haber cometido el delito de desaparición forzada que se encuentre bajo su jurisdicción. Además refuerza principios generales como la prohibición de tratar la desaparición como un delito político y, para facilitar la persecución de un delito tan complejo, exige que los Estados establezcan en forma adecuada modelos de coparticipación.”<sup>282</sup>

Los casos en que la Convención Internacional reconoce la jurisdicción de un Estado parte, de acuerdo al artículo 9, son:

- a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) Cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado;

---

<sup>282</sup> GÓMEZ, Juan José. *Op. Cit.* (n. 4), pp. 43-44

c) Cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

Estos requisitos, en general, coinciden con los establecidos por la Convención Interamericana, salvo en el caso de cometerse el delito a bordo de una aeronave o buque del Estado; y además aplican las normas comunes en materia de jurisdicción, es decir, territorialidad, nacionalidad (activa o pasiva) y universal, sujeta a la posibilidad de extradición<sup>283</sup> o sometimiento a la jurisdicción internacional penal.

Por su parte, el artículo 9.3 contempla la posibilidad de recurrir a cualquier instancia jurisdiccional, por lo que no se estaría excluyendo, “en principio, la jurisdicción militar.”<sup>284</sup>

Asimismo, la Convención Internacional comienza a demostrar una regulación más exhaustiva al establecer una serie de medidas que debe adoptar el Estado cuando la persona acusada de cometer el delito de desaparición forzada se encuentre en su territorio; medidas entre las que encontramos, la detención de la persona u otro mecanismo legal que asegure su presencia, la investigación preliminar o averiguación de los hechos, y la información a los Estados sobre las medidas adoptadas.<sup>285</sup>

---

<sup>283</sup> Ver *Infra* Capítulo III.3.2.4.4.

<sup>284</sup> Historia del Decreto N° 280, Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, p. 96

<sup>285</sup> En este sentido, el artículo 10 de la Convención Internacional prescribe: “1. Cada Estado Parte en cuyo territorio se encuentre una persona de la que se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas legales necesarias para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de asegurar su presencia en el marco de un procedimiento penal, de entrega o de extradición.

2. El Estado Parte que haya adoptado las medidas contempladas en el párrafo 1 del presente artículo procederá inmediatamente a una investigación preliminar o averiguación de los hechos. Informará a los Estados Partes a los que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 9, sobre las medidas adoptadas en aplicación del párrafo 1 del presente artículo, especialmente sobre la

Por último, en el artículo 11 encontramos los requisitos mínimos que debe cumplir el Estado que no extradite a la persona que cometió el delito o transfiera el caso a una instancia penal internacional. Dichos requisitos buscan garantizar “un juicio justo conforme a los estándares mínimos en materia de derechos humanos.”<sup>286</sup>

#### **3.2.4.4. Extradición.**

En los términos que lo regulan las Convenciones Interamericana e Internacional, el delito de desaparición forzada tiene dos características que se relacionan con la posibilidad de extraditar a quien lo cometió. Por un lado, de acuerdo a los artículos V y 13, respectivamente, la desaparición forzada no se considera delito político para los efectos de la extradición; por el otro lado, como consecuencia de lo anterior y como lo precisan los mismos artículos referidos, es un delito extraditable.<sup>287</sup>

La relevancia de regular en instrumentos internacionales la extradición, se debe a que si el Estado donde se encuentra la persona acusada de haber cometido el delito, no lo juzga, debe extraditarlo.

En primer lugar, la Convención Interamericana se refiere a la extradición en los artículos V y VI. La primera de dichas normas establece lo que ya hemos

---

detención y las circunstancias que la justifican, y sobre las conclusiones de su investigación preliminar o averiguación, indicándoles si tiene intención de ejercer su jurisdicción.

3. La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo podrá comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida.”

<sup>286</sup> Historia del Decreto N° 280, Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, p. 96

<sup>287</sup> No obsta a ello que la extradición esté sujeta a las condiciones previstas por derecho del Estado requerido o por los tratados de extradición aplicables.

indicado respecto a que la desaparición forzada no será considerada delito político, además de reconocer que será incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado celebrado entre los Estados partes, y se incluirá como tal en los que celebren entre sí a futuro. Asimismo, esta Convención señala expresamente que podrá servir de base jurídica para aquéllos Estados que subordinan la extradición a la existencia de un tratado.

Luego, el artículo VI establece el deber del Estado de juzgar el caso cuando no conceda la extradición; deberá someter el caso “a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional.” En cuanto a la decisión que adopten dichas autoridades, se contempla el deber de comunicarlo al Estado que haya solicitado la extradición.

Ahora bien, respecto a la Convención Internacional, los artículos 11, 13 y 16 contienen reglas referentes al tratamiento de la extradición. El caso del artículo 11 fue mencionado a propósito del ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado que no extradita a la persona que cometió el delito y que se halla en su territorio.

Por su parte, el artículo 13, además de negar la posibilidad de rechazar una extradición fundada en que el delito es político, conexo o inspirado en motivos políticos, contiene normas similares a las del artículo V de la Convención Interamericana. Para la Convención Internacional, la desaparición forzada quedará comprendida “de pleno derecho” entre los delitos que dan lugar a la extradición de acuerdo a los tratados celebrados entre los Estados partes, así como también se deberá incluir en los instrumentos que celebren a

futuro.<sup>288</sup> En lo que respecta a los demás numerales del artículo 13, se advierte el parecido casi literal de los N°s 4 y 5, con los párrafos 4 y 5 del artículo V de la Convención Interamericana al declararse la Convención como base jurídica necesaria para aquéllos Estados que subordinan la extradición a la existencia de un tratado. Mientras que para los Estados que no subordinan la extradición en estos términos, se establece el deber de reconocer el delito de desaparición forzada como susceptible de extradición entre ellos mismos.

La innovación de la Convención Internacional se aprecia en los numerales 6 y 7 del artículo 13, además de la disposición contenida en el artículo 16. Estas normas básicamente se refieren, por un lado, a la subordinación de la extradición a las pautas de derecho interno del Estado requerido o de los tratados de extradición aplicables, y a la prohibición de interpretar las normas de la Convención en el sentido de obligar al Estado requerido a que conceda la extradición si éste tiene razones serias para creer que la solicitud ha sido presentada con el fin de procesar o sancionar a una persona por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, origen étnico, opiniones políticas o pertenencia a un determinado grupo social, o si, al aceptar la solicitud, se causara un daño a esta persona por cualquiera de estas razones.

Por el otro lado, y para concluir el análisis de la extradición, la Convención Internacional mejora el tratamiento ofrecido por la Interamericana a través del artículo 16. En esta norma se prohíbe a los Estados expulsar, devolver, entregar o extraditar a una persona cuando haya razones fundadas

---

<sup>288</sup> El artículo 13 N°s 2 y 3 señala que: "2. El delito de desaparición forzada estará comprendido de pleno derecho entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes antes de la entrada en vigor de la presente Convención.

3. Los Estados Partes se comprometen a incluir el delito de desaparición forzada entre los delitos susceptibles de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí con posterioridad."



para creer que estaría en peligro de ser sometida a una desaparición forzada. Asimismo, señala que para el efecto de determinar la existencia de esas razones, “las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia, en el Estado de que se trate, de un cuadro de violaciones sistemáticas graves, flagrantes o masivas de los derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario.”

#### **3.2.4.5. Órgano competente para conocer la transgresión de las Convenciones.**

En cuanto a la aplicación de la Convención Interamericana, las únicas normas que se refieren al procedimiento con el que se juzga la infracción de sus preceptos se encuentran en los artículos XIII y XIV, los que entregan competencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, en definitiva, a la Corte Interamericana.<sup>289</sup> Por su parte, lo relativo a la organización, procedimiento y función de la Corte se encuentra regulado en la Convención Americana, a lo que debemos agregar el Estatuto de la Corte y un Reglamento expedido por la misma.

Por lo tanto, ya se advierte que en materia de órgano competente para conocer la transgresión de los principios y deberes consagrados en el tratado, la Convención Internacional establece una entidad completamente nueva, cuya principal característica es su carácter especializado y permanente. Y es que, durante las negociaciones de la Convención, uno de los temas más debatidos fue el relativo a la creación de un nuevo comité que fiscalizara la aplicación de las disposiciones del instrumento. Se terminó adoptando la figura porque se entendió que esta alternativa “presentaba importantes ventajas en términos del

---

<sup>289</sup> Ver *supra* Capítulo II.2

grado de protección para todas las personas contra las desapariciones forzadas, dada la preservación de la especificidad de los procedimientos de supervisión y protección.”<sup>290</sup> En definitiva, “la creación de un órgano específico de seguimiento significaría una mayor eficiencia en la supervisión del tratado.”<sup>291</sup>

En concreto, los artículos 26 a 36 de la Convención Internacional –y que constituyen la segunda parte del tratado-, instituyen el “Comité contra la Desaparición Forzada”, al que en lo sucesivo denominaré “el Comité”.

La regulación pertinente es bastante extensa, por lo que nos referiremos particularmente a los integrantes, criterios de elección, duración y carácter de sus funciones, y la competencia del Comité.

En cuanto a la formación del Comité, señala el artículo 26 N° 1 que estará integrado por diez expertos de gran integridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, independientes, que ejercerán sus funciones a título personal y actuarán con total imparcialidad.

Dichos integrantes serán elegidos por los Estados partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa. Asimismo, se tendrá en cuenta el interés que representa la participación en los trabajos del Comité de personas que tengan experiencia jurídica pertinente y de una representación equilibrada de los géneros.<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> GÓMEZ, Juan José. *Op. Cit.* (n. 4), p. 47

<sup>291</sup> *Ibíd.*

<sup>292</sup> El proceso de elección de los miembros del Comité se regula en el artículo 26 N°s 2 y 3, los que señalan: “La elección se efectuará en votación secreta de una lista de candidatos designados por los Estados Partes entre sus propios nacionales, en reuniones bienales de los Estados Partes convocadas a este efecto por el Secretario General de las Naciones Unidas. En estas reuniones, para las cuales formarán quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría

Respecto al tiempo durante el que los miembros del Comité ejercen sus funciones, prescribe el artículo 26 N° 4 que éstos serán elegidos por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegidos por una vez. Además, la Convención regula el proceso de reemplazo de aquellos miembros que mueren, renuncian o por cualquier causa no pueden seguir desempeñando sus funciones (artículo 26 N° 5).

Mientras, en lo relativo a la competencia del órgano, la Convención determina que ésta se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de su entrada en vigencia.<sup>293</sup> Esto responde al principio de irretroactividad de la ley penal.

Por último, entre las funciones que se le encomiendan al Comité destaca el deber de cooperación con todos los organismos que forman parte del sistema de protección de derechos humanos, así como también con las entidades que directamente se preocupan de la desaparición forzada.<sup>294</sup> Esta obligación,

---

absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes”; y “la elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándoles a que presenten sus candidaturas en un plazo de tres meses. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de todos los candidatos designados de este modo, indicando, por cada uno de ellos, el Estado Parte que lo ha presentado. Esta lista será comunicada a todos los Estados Partes.”

<sup>293</sup> Señala el artículo 35 que: “1. La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención.

2. Si un Estado pasa a ser Parte de la presente Convención después de su entrada en vigor, sus obligaciones respecto al Comité sólo se extenderán a las desapariciones forzadas que hayan comenzado con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado.”

<sup>294</sup> El artículo 28 N° 1 establece que: “En el marco de las competencias que le confiere la presente Convención, el Comité cooperará con todos los órganos, oficinas, organismos especializados y fondos apropiados de las Naciones Unidas, los comités convencionales creados en virtud de los instrumentos internacionales, los procedimientos especiales de las Naciones Unidas, las organizaciones o instituciones regionales intergubernamentales

sumada a la de consultar con otros comités creados por instrumentos de derechos humanos<sup>295</sup>; es decir, mayor coordinación y colaboración entre organismos, así como con instituciones nacionales y regionales, permite hacer más eficiente sus trabajos.

Otras tareas que se le han confiado al Comité son: examinar los informes presentados por los Estados partes en relación a las medidas que han adoptado para cumplir las obligaciones que contrajeron por esta Convención (artículo 29 N° 1); examinar peticiones urgentes para buscar y localizar a una persona desaparecida y enviar peticiones a los Estados para que adopten todas las medidas necesarias, cautelares incluidas, para localizar y proteger a dicha persona (artículo 30); y visitar a un Estado parte si llega a su conocimiento información que indique que ese Estado está cometiendo graves violaciones de las disposiciones de la Convención (artículo 33).

Para concluir esta sección y el capítulo III, confiamos en que las tareas que se le han asignado al Comité contribuirán a brindar una “mayor protección y mejor prevención”<sup>296</sup> de las desapariciones forzadas en todo el mundo, y que una vez asentada la jurisprudencia de este órgano de expertos especializados en el delito, adoptar la Convención Internacional sea la alternativa más atrayente para los Estados parte de Naciones Unidas.

---

apropiadas, así como con todas las instituciones, organismos y oficinas nacionales pertinentes que obren para proteger a todas las personas de las desapariciones forzadas.”

<sup>295</sup> Por su parte, el artículo 28 N° 2 prescribe que: “En el marco de sus funciones, el Comité consultará con otros comités convencionales creados por los instrumentos de derechos humanos pertinentes, en particular el Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con miras a asegurar la coherencia de sus observaciones y recomendaciones respectivas.”

<sup>296</sup> *Desapariciones Forzadas O Involuntarias*. Ver n. 17, p. 12

## CONCLUSIONES

1.- Ha quedado plasmado a lo largo de todo el presente trabajo que la comunidad internacional ha debido enfrentar la práctica de un delito especialmente gravoso y repudiable, como es la desaparición forzada de personas, acto que desde que comenzó a ser denunciado a los organismos internacionales de derechos humanos, logró un desarrollo esencialmente jurisprudencial, en una primera etapa, para luego comenzar a ser reconocido expresamente en diversos tratados internacionales.

2.- La comisión del delito es un hecho que dolorosamente acompañó a casi todo el siglo XX, desde los actos nazis de la Segunda Guerra Mundial hasta su práctica sistemática y general durante gobiernos dictatoriales, y es que, si bien la desaparición forzada puede presentarse como un hecho aislado, los casos emblemáticos, a nivel universal y latinoamericano, han estado relacionados a estados de excepción constitucional.

3.- En cuanto a la instauración de textos supranacionales que reconozcan los derechos que infringe la desaparición forzada y establezcan obligaciones para los Estados en orden a su juzgamiento, antes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, no existían instrumentos internacionales de carácter vinculante en esta materia, pese a que los derechos y principios que infringe sí venían siendo reconocidos en los textos más importantes de derechos humanos.

4.- Sobre lo que debemos entender por “desaparición forzada”, a partir de los instrumentos internacionales analizados en el primer capítulo quedó establecido cuáles son los elementos que la caracterizan y, en igual medida, la

definen. En este sentido, un concepto exhaustivo del delito deberá comprender a lo menos:

- que constituye una violación de múltiples derechos y que se manifiesta en forma continuada o permanente,
- su primer acto lo configura una privación ilegal y/o arbitraria de libertad,
- en la comisión del delito participa el Estado o sus agentes, ya sea en forma directa, o autorizando a otros,
- el sujeto activo procederá a ocultar a la víctima, además de negar la información relativa a la suerte de quien ha desaparecido,
- los actos referidos tienen como consecuencia una suerte de “desamparo legal”, o desprotección para la víctima, que se ve impedida de ejercer acciones para resguardar su libertad, o averiguar el paradero de sus familiares.

A dichos elementos debemos añadir la “impunidad” de todos aquéllos casos que no pudieron ser juzgados a la luz de los nuevos tratados internacionales que condenan la desaparición forzada, y que por el contexto de inestabilidad política del Estado en cuestión, quedaron fuera del alcance de las acciones judiciales locales.

Asimismo, a partir del primer elemento que caracteriza al delito de desaparición forzada podemos desprender dos consecuencias:

a) En primer lugar, que se trate de un acto de violación “múltiple” significa que infringe distintos derechos, tanto de las víctimas directas como de sus familiares más cercanos. Por ello, a propósito de los derechos violados, no sólo se contempló la libertad personal, puesto que el delito también afecta la

integridad personal, el debido proceso, y en una importante cantidad de casos, el derecho a la vida.

b) Y en segundo lugar, el hecho de ser una violación “continuada o permanente” dice relación con la práctica sistemática del delito, circunstancia que hoy le da el carácter de crimen de lesa humanidad, lo que se reconoce en las Convenciones Interamericana e Internacional sobre desapariciones forzadas.

5.- En el primer capítulo se hizo mención a algunos ilícitos regulados en el Código Penal chileno que, si bien no contemplan exactamente la descripción del hecho de la desaparición forzada, contienen normas que, antes del año 2009, permitían sancionar parcialmente el delito, al menos en lo relativo a la privación de libertad ilegal y/o arbitraria. En ese sentido, el delito de raptó, aunque se encuentre derogado en nuestra legislación, tenía la particularidad de agravar la pena cuando el agente se negaba a dar explicaciones satisfactorias sobre el paradero, la muerte o desaparición de la persona. Mientras que, por conductas infractoras del derecho a la libertad personal, el Código Penal castiga los delitos de secuestro, sustracción de menores, detención ilegal, violación de prerrogativas por parte de un funcionario público y las condenas irregulares.

Dicho análisis, por cierto, pierde relevancia a partir de 2009, año en que nuestra legislación finalmente adecua sus normas a las obligaciones contraídas en instrumentos como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al dictarse la Ley N° 20.357, cuyo artículo 6 recoge los elementos básicos del delito de desaparición forzada y que, cometido en forma sistemática y por parte de agentes vinculados al Estado o a otra instancia de autoridad, adquiere el carácter de crimen de lesa humanidad.

6.- En otro orden de ideas, a lo largo de este trabajo se analizaron en profundidad dos tratados internacionales relativos al delito de desaparición forzada de personas y que, a la fecha, han sido ratificados y se encuentran vigentes en Chile.

a) En primer lugar, atendida la fecha de su adopción y posterior ratificación por parte de Chile, se encuentra la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, tratado suscrito en Belem do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994 y que rige en nuestro país desde el 25 de febrero de 2010. La Convención Interamericana constituye uno de los instrumentos internacionales de la región que protege y promueve los derechos humanos, por lo que forma parte del llamado “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.”

En cuanto al procedimiento establecido para aplicar las normas contenidas en este tratado, existen dos órganos con competencia: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho procedimiento tiene su origen en la Comisión Interamericana, donde se reciben las denuncias y se inicia una investigación recabando informes de todos los interesados (ONG, Estados, familiares de víctimas, etc.), para que se determinen finalmente las medidas que deberá adoptar el Estado infractor. En caso de incumplimiento de dichas medidas, el asunto pasa a ser competencia de la Corte Interamericana, la que a través de un proceso similar de investigación, establece sanciones cuyo cumplimiento puede ser revisado, y que debe ser comunicado periódicamente a la Asamblea General de la OEA.

b) En segundo lugar, a nivel universal se logró recién en el año 2006 establecer un tratado vinculante sobre desaparición forzada que, en principio, fue pensado para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Se trata de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra



las Desapariciones Forzadas. Instrumento adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, y cuya entrada en vigencia se postergó para el 23 de diciembre de 2010, fecha en que se dio por cumplido el requisito de reunir veinte depósitos de instrumentos de ratificación o adhesión en la Secretaría General de Naciones Unidas, para poder comenzar a regir.

Chile firmó dicho tratado el 6 de febrero de 2007, para ratificarlo el 8 de diciembre de 2009. Finalmente, el texto se encuentra vigente en nuestro país desde el mes de abril de 2011, fecha en que comienza a regir el Decreto N° 280 que promulga la Convención Internacional.

7.- Para demostrar que la Convención Internacional es el instrumento supranacional más completo y acertado en cuanto a regulación del delito de desaparición forzada, y por ende, nuestro pleno acuerdo con la adopción por parte de Chile de dicho tratado, estableceremos las semejanzas y diferencias que fluyen del contenido de su texto, en relación al de la Convención Interamericana, todo ello a partir del desarrollo efectuado en los capítulos II y III de este trabajo.

a) Por un lado, en cuanto a las similitudes que presentan los tratados, podemos decir que: (a) las Convenciones definen en términos equivalentes el delito de desaparición forzada y en ciertas circunstancias lo consideran un crimen de lesa humanidad. (b) En ambos conceptos de desaparición forzada se excluyen las causales de justificación o eximentes de responsabilidad. (c) Los tratados consagran la obligación de tipificar la desaparición forzada como delito penal. (d) Establecen medidas contra los responsables. (e) Contienen normas sobre la posibilidad de hacer prescriptible la acción penal. (f) Contemplan requisitos para que los Estados tengan jurisdicción para juzgar un determinado

caso. (g) Regulan la extradición del responsable de haber cometido el delito. (h) Establecen la obligación de cooperación entre los Estados partes. (i) Regulan las condiciones mínimas de toda privación de libertad. Y, por último (j) ambas Convenciones se preocupan de la situación especial de los niños víctimas del delito.

b) Por otro lado, las diferencias entre ambos instrumentos internacionales reflejan la insuficiencia de la Convención Interamericana para regular asuntos de gran relevancia y, por ende, las mejores que ofrece el texto de Naciones Unidas que se caracteriza por innovar en temas que no habían sido tratados previamente. En este sentido, si bien la historia interamericana sirve de base para el establecimiento de un derecho de las víctimas del delito a buscar la verdad, (a) la Convención Interamericana no se refiere expresamente a él, a diferencia de La Convención Internacional que lo reconoce en el preámbulo y en la norma relativa a las víctimas. (b) Asimismo, la Convención Internacional se hace cargo del deber de los Estados de investigar los casos de desapariciones forzadas que se denuncien, lo que también suele expresarse como el derecho de las víctimas a investigar sobre el paradero de la persona desaparecida. La Convención Interamericana, por su parte, no se refiere a ello de manera expresa, sino que se infiere a partir de las normas de procedimiento. (c) Respecto al procesamiento de los responsables, la Convención Internacional ofrece determinadas pautas que no encontramos en la Convención Interamericana, la que confía su contenido al derecho interno de los Estados. (d) La Convención Internacional innova estableciendo deberes para los Estados en cuanto a las condiciones mínimas en que puede ser privada de libertad una persona. Medidas que garantizan el respeto a la dignidad de quien se encuentra detenido. (e) El concepto de víctima del delito sólo se establece en la Convención Internacional, la que además extiende la protección a los familiares del desaparecido, reconociéndoles una serie de derechos que ya venían

gestándose en la jurisprudencia sobre desaparición forzada. Lamentablemente, no existe una norma equivalente al artículo 24 en la Convención Latinoamericana. Y, (f) el órgano competente para conocer de la transgresión de las normas establecidas en las Convenciones es, por un lado, la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos que funcionan aplicando el procedimiento que señalamos anteriormente; mientras que, en cuanto a la Convención Internacional, se establece el Comité contra la Desaparición Forzada, órgano sumamente especializado en la materia y que se compone por sólo miembros expertos.

8.- Sin duda, la Convención Internacional ofrece una regulación más detallada y protectora que la Convención Interamericana, lo que debe servir de incentivo a los Estados que aún no ratifican dicho instrumento. Sin embargo, para el caso chileno, debemos considerar que ambos tratados se encuentran plenamente vigentes, lo que en la práctica se traduce en que distintos órganos supranacionales tendrán competencia para conocer de los casos de desapariciones forzadas en que se vea involucrado nuestro país. En este escenario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de los organismos más importantes, cuya jurisprudencia ha sido fundamental en el desarrollo y evolución del tratamiento de la desaparición forzada, por lo que habrá que esperar que con el tiempo el Comité contra la Desaparición Forzada adquiera el mismo respeto a nivel internacional, para que, como Estado, nos rijamos absolutamente por las normas de la Convención Internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

### LITERATURA

1. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *La Desaparición Forzada de Personas: Naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*. Estudios Constitucionales, Vol. 7, Núm. 2, 2009. [en línea]  
<<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=82011841017>>
2. ALFLEN DA SILVA, Pablo. *El Delito De Desaparición Forzada De Personas Y El Derecho Penal Brasileño*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV, Valparaíso, Chile, 1er semestre 2010. [en línea]  
<[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512010000100006&script=sci_arttext)>
3. AMBOS, Kai et al. *Desaparición Forzada De Personas. Análisis Comparado E Internacional*. Editorial Temis S.A., Bogotá, 2009. [en línea]  
<[http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20110207\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110207_02.pdf)>
4. AMNISTIA INTERNACIONAL. *Déjennos en paz*. Editorial Amnistía Internacional, Madrid. 2008.
5. BACIGALUPO, Enrique. *Hacia El Nuevo Derecho Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
6. BASCUÑÁN, Antonio. *Agravios Inferidos Por Funcionarios Públicos A Las Libertades Garantizadas Por La Constitución*. 2ª versión, Materiales de Estudio Curso de Derecho Penal II, 2008.
7. BRIJALBO, María et al. *Análisis Del Delito De Desaparición Forzada*. Tesis de grado, Universidad Javeriana, Colombia, 2004. [en línea]  
<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS55.pdf>>
8. BULLEMORE, Vivian et al. *Curso De Derecho Penal. Tomo II. Parte General*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
9. BULLEMORE, Vivian et al. *Curso De Derecho Penal. Tomo III. Parte Especial*. Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.
10. CANO, Miluska. *El Delito De Desaparición Forzada De Personas: El Régimen De Protección De Los Derechos Humanos Frente A Los Delitos De Lesa Humanidad*. [en línea]  
<[http://www.teleley.com/articulos/art\\_140708-2.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art_140708-2.pdf)>

11. DURÁN, Teresa. *Muerte y desaparición forzada en la Araucanía: Una aproximación étnica*, señala como una forma de estudio de la desaparición forzada en Chile la siguiente división: Desde septiembre a diciembre de 1973; de enero de 1975 a agosto de 1977; de septiembre de 1977 a marzo de 1990. [en línea]  
<<http://www.derechos.org/koaga/x/mapuches/>>
12. FARSON, Stuart y PHYTHIAN, Mark. *Comissions of Inquiry and National Security: Corporative Approaches*. Editorial ABC-CLIO, LLC., Estados Unidos, 2011.
13. GALLEGO, Gloria y FERNÁNDEZ, Natividad. *Guerra y Desaparición Forzada en Colombia (Primera parte)*. Revista Jueces para la Democracia. España. v. fasc.47. 2003.
14. GÓMEZ, Juan José. *La Desaparición Forzada De Personas: Avances Del Derecho Internacional*. Revista Mexicana de Política Exterior, N° 76-77, Junio, 2006. [en línea]  
<<http://portal.sre.gob.mx/imr/pdf/GomezCam.pdf>>
15. GONZÁLEZ CUEVA, Eduardo. *Tendencias en la Búsqueda de la Verdad*. Anuario de Derechos Humanos (N° 5), Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2007.
16. MEDINA, Gonzalo. *La Desaparición Forzada De Personas Como Forma Calificada De Detención Ilegal Cometida Por Funcionario Público*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2001.
17. MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría Y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso Y Recurso Judicial*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.
18. MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Editorial Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, Santiago, 2007.
19. MEDINA, Cecilia. *The battle of human rights: gross, systematic violations and the Inter-American system*. [en línea]  
<[http://books.google.com/books/about/The\\_battle\\_of\\_human\\_rights.html?id=LB-Kqj9ldjAC](http://books.google.com/books/about/The_battle_of_human_rights.html?id=LB-Kqj9ldjAC)>
20. NOGUERIA, Humberto y MATUS, Jean Pierre que se encuentran en la Revista *Ius Et Praxis*, año/Vol. 12, número 001, Universidad de Talca Chile.
21. PARAYRE, Sonia. *La Desaparición Forzada De Personas Como Violación Continuada De Los Derechos Humanos Y Su Incidencia En La Determinación De La Competencia Ratione Temporis De La Corte Interamericana De Los Derechos Humanos*. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, N° 29, Enero-Junio, 2000. [en línea]  
<<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr4.pdf>>

22. PORTALES, Felipe. *Chile, una Democracia Protegida*. Editorial Sudamericana, Santiago, 2000.
23. POZO, Nelson et al. *El Cuerpo Del Delito En El Homicidio*. Doctrinas Esenciales Gaceta Jurídica, Tomo I, Derecho Penal, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011.
24. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997.

### INFORMES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. Amnistía Internacional. "Disappearances" and political killings: Human Rights Crisis of the 1990s. A manual for action. [en línea]  
<<http://amnesty.org/en/library/info/AMR23/046/1993/en>>
2. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Informe CONADEP. Editorial Universitaria de Los Andes, 5 ed., 1984, Buenos Aires, [en línea]  
<http://eltallerliterario.com.ar/libros/nunca-mas-el-informe-de-la-conadep-en-pdf/>
3. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
4. *Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada De Personas*. Adoptada en Belén do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994.
5. *Convención Internacional Para La Protección De Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas*. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006.
6. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. [en línea]  
[http://genero.bvsalud.org/lildbi/docsonline/1/5/751-MFN\\_5051\\_CIEM\\_3233.06.pdf](http://genero.bvsalud.org/lildbi/docsonline/1/5/751-MFN_5051_CIEM_3233.06.pdf)
7. *Declaración Sobre La Protección De Todas Las Personas Contra Las Desapariciones Forzadas*. Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992. [en línea]  
<[http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument)>
8. *Desaparición Forzada De Personas Por Agentes Del Estado*. Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Tomo VI. Sección cuarta: los crímenes y violaciones de los derechos humanos. Capítulo 1: Patrones en la perpetración de los crímenes y de las violaciones de los derechos humanos, Perú. [en línea]  
<<http://www.cverdad.org.pe/ifinal/index.php>>

9. *Desapariciones Forzadas O Involuntarias*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Folleto informativo N° 6/Rev.3. [en línea]

<[http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs6rev2\\_sp.htm](http://www2.ohchr.org/spanish/about/publications/docs/fs6rev2_sp.htm)>

10. *Estatuto De La Corte Penal Internacional*. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

11. Informe Final de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile. También llamado "Informe Rettig". [en línea]

<[http://www.ddhh.gov.cl/ddhh\\_rettig.html](http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html)>

12. Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú. [en línea]

<<http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/cv/>>

## JURISPRUDENCIA.

1. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de julio de 2009.
2. Caso Baena Ricardo vs. Panamá. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2001.
3. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2000.
4. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de septiembre de 2003.
5. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000.
6. Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de noviembre de 1997.
7. Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de septiembre de 1999.
8. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de agosto de 2000.
9. Caso Gangaram Panday vs. Surinam. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de enero de 1994.

10. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de enero de 1989
11. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de septiembre de 2006.
12. Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2006.
13. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 1997.
14. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2003.
15. Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de enero de 1995.
16. Caso Paniagua Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de marzo de 1998.
17. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2002.
18. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 1988.