



Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal

Cohorte 2017

Santiago de Chile

**LA SUSTRACCIÓN DE MENORES POR AGENTES DEL ESTADO EN EL
CONTEXTO DE LA DICTADURA CÍVICO-MILITAR CHILENA:**

¿UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD?

Análisis de un caso tipo

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE
MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

Autora: Valentina Jesús Bustamante Aguirre

Rut: 16.751.785-4

Profesora guía: Claudia Cárdenas Aravena

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a todas las mujeres que hicieron posible este trabajo, en particular a la profesora Claudia Cárdenas, quien fuera una guía indispensable para su realización, a Cecilia Erazo por su compromiso con el tema de sustracción de menores, y a todas las madres que no se han dado por vencidas en la búsqueda de sus hijas e hijos.

RESUMEN

Este trabajo busca dilucidar si la sustracción de menores, cometida por agentes del Estado en el periodo de la dictadura cívico-militar en Chile, debe ser considerada “otro acto inhumano” constitutivo de crímenes de lesa humanidad, a la luz de los criterios desarrollados por el derecho penal internacional.

Para lograr el objetivo se elaborará un caso tipo, en base a los casos que se conocen coloquialmente como “adopciones irregulares” que habrían ocurrido en Chile, en el periodo materia de estudio.

Luego, se analizará la regulación que ha adoptado la legislación nacional en relación al delito de sustracción de menores, siendo éste el ilícito a considerar para el análisis de los hechos del caso tipo.

A continuación, se revisará la regulación internacional de los crímenes de lesa humanidad, en primer lugar, en relación con el elemento de contexto de estos crímenes y, en segundo lugar, analizando la categoría de “otros actos inhumanos”.

Finalmente, se realizará el ejercicio de subsunción con cada uno de los elementos descritos, para así poder demostrar, o bien descartar, que estos hechos puedan ser considerados crímenes de lesa humanidad.

Palabras claves: Crímenes de lesa humanidad, sustracción de menores, actos inhumanos, dictadura cívico-militar, derechos humanos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL PERIODO 1973 Y 1990 EN CHILE Y LA NORMATIVA NACIONAL APLICABLE	11
I.1 Descripción del fenómeno de sustracción de menores en Chile	11
I.2 Elaboración de un caso tipo.....	18
I.3 Derecho chileno aplicable al caso. El delito de sustracción de menores	19
CAPÍTULO II: CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	26
II.1 Fuentes del Derecho Penal Internacional	26
II.2 Los CLH en general y su consagración en el Derecho Internacional consuetudinario.....	28
II.3 Imprescriptibilidad de los CLH	31
II.4 Elemento de contexto de los CLH.....	34
II.4.1 Ataque.....	34
II.4.2 Que el ataque sea generalizado o sistemático.....	37
II.4.3 Que el ataque se dirija contra una población civil	37
II.5 Regulación de conductas descritas como actos inhumanos en el Derecho Penal Internacional	39
II.5.1 Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física	42
II.5.2 Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos constitutivos de CLH.....	43
II.5.3 Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto	43
II.5.4 Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.....	44

II.5.5 Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo 44

CAPÍTULO III: SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO TIPO A LOS ELEMENTOS DE LOS CLH ESTABLECIDOS POR EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....46

III.1 Subsunción de los hechos del caso tipo al Derecho Internacional aplicable en relación al elemento de contexto de los CLH.....46

III.1.1 Ataque.....46

III.1.2 Que el ataque sea generalizado o sistemático.....53

III.1.3 Que el ataque se dirija contra una población civil58

III.1.4 Consideraciones finales respecto del acaecimiento del elemento de contexto de CLH en Chile63

III.2 Subsunción de los hechos del caso tipo al Derecho Internacional aplicable en relación al concepto de “otros actos inhumanos” 66

III.2.1 Que el autor haya causado grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.....66

III.2.2 Que el acto haya tenido un carácter similar a cualquiera de los otros actos constitutivos de CLH.....70

III.2.3 Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto73

III.2.4 Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.....74

III.2.5 Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo 76

III.2.6 Consideraciones finales respecto de si los hechos pueden ser considerados “otros actos inhumanos” según los criterios elaborados por el Derecho Penal Internacional.....77

CONCLUSIONES FINALES	80
BIBLIOGRAFÍA.....	84

INTRODUCCIÓN:

Durante la época de la dictadura cívico-militar en Chile¹ (1973 a 1990), fueron perpetrados graves crímenes, cometidos por agentes del Estado. Las sistemáticas violaciones a los derechos humanos dejaron víctimas que hasta nuestros días sufren las consecuencias de los horrores vividos en aquellos años.

La presente investigación tiene por objeto analizar un delito en particular cometido en dicho contexto: la sustracción de menores perpetrada por agentes del Estado.

Estos actos habrían sido realizados contra mujeres vulnerables socialmente, luego del parto, a quienes les habrían sustraído a sus hijas e hijos principalmente desde los hospitales públicos en los que daban a luz, indicándoles que las niñas o niños habían nacido muertos. Algunas de ellas denuncian que habrían sido drogadas para proceder a dicha sustracción, y que luego, cuando reclamaban información de sus hijas e hijos les indicaban que no podían ver el cuerpo –muchas veces argumentando que los niños presentaban alguna deformidad y que era mejor que no los vieran- negándoles así cualquier información al respecto, y si insistían, les decían que llamarían a Carabineros y que la denuncia de estos hechos les traería perniciosas consecuencias. También habrían existido niñas y niños sustraídos desde hogares de menores del Estado.

Lo anterior habría sido realizado por funcionarios públicos, pertenecientes a distintos órganos del Estado, quienes habrían actuado concertadamente entre ellos y con otros particulares para dar a los niños en adopción, principalmente fuera de Chile.

El principal objetivo de esta investigación es determinar si un caso tipo de sustracción de menores, cometido por agentes del Estado en el contexto de la dictadura, puede ser considerado como “otro acto inhumano”, constitutivo de crímenes de lesa humanidad (en adelante, “CLH”), según los criterios elaborados por el derecho penal internacional.

¹ La denominación “dictadura cívico-militar” responde a la participación que tuvieron civiles en general, y una serie de instituciones privadas pertenecientes a todas las esferas de la sociedad, que resultan relevantes en el contexto de la presente investigación.

Para determinar si resulta afirmativa la hipótesis será necesario establecer, por un lado, si existe una vinculación entre los hechos del caso tipo y el ataque generalizado y sistemático ejecutado por el régimen cívico-militar en contra de la población civil chilena, en el periodo materia de análisis -que de aquí en adelante llamaremos “elemento de contexto de los CLH”- y por otro, si la sustracción de menores puede clasificarse dentro de la categoría de “otros actos inhumanos” según los criterios esbozados por el derecho penal internacional.

Lo anterior permitirá concluir si esos actos particulares deben ser entendidos como CLH, al amparo del derecho internacional o bien, por el contrario, si no se configuran los elementos, debiendo calificar las conductas antedichas como hechos constitutivos de un delito común.

El caso tipo elaborado se basa en antecedentes relacionados con mujeres que han presentado denuncias describiendo hechos relacionados con la sustracción de sus hijas o hijos, cuyo objeto habría sido darlos en adopción a través de un proceso que aparentaba legalidad, pero que habría tenido como base el engaño.

Para conocer más acerca de estos hechos, se llevó a cabo una reunión con una representante de la organización “Nos buscamos”, que desde el año 2014 tiene como fin reunir a padres, madres e hijos, que fueron separados al nacer.

Además, la sociedad civil creó la página de Facebook “Hijos y madres del silencio”, en la que los afectados publican sus casos con el objetivo de intentar contactar a las niñas y niños con sus padres. Dicho grupo brindó un importante conocimiento en términos humanos sobre las vivencias y consecuencias de los hechos antes descritos.

Para cumplir con el objetivo de este trabajo, la primera parte tiene por objeto describir la forma en que habrían acaecido los hechos de sustracción de menores en Chile. De esta manera, se expondrá el número de denuncias que existen, así como en términos generales, la descripción de hechos que relatan las mujeres que habrían perdido a sus hijas e hijos, en las denuncias que investiga actualmente la justicia.

Además, se revisarán los resultados arrojados por la comisión investigadora de las Cámara de Diputados en su informe “Comisión especial investigadora de los actos

y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores y control de su salida del país” para luego, con dicha información, elaborar un caso tipo.

En relación a este caso, se analizará tanto la normativa nacional aplicable específicamente al delito de sustracción de menores -entendiendo que, en el evento que los partícipes de los ilícitos pudiesen ser sancionados, sería éste el delito a considerar- así como también la normativa internacional aplicable al momento de los hechos.

Dado que el objetivo principal de este trabajo será determinar si los hechos del caso tipo materia de estudio han de ser considerados CLH, resultará necesario analizar el derecho penal internacional, describiendo los elementos de los CLH, según lo establecido en él.

Con el objetivo de resolver la pregunta anterior, se utilizará el Estatuto de Roma (en adelante, “ER”) de la Corte Penal Internacional (en adelante, “CPI”) -entendiendo que este instrumento plasma lo que ya se encontraba consagrado en el Derecho Internacional. Se utilizarán además, los elementos de los crímenes del ER de la CPI, la jurisprudencia de tribunales internacionales, y la opinión doctrinaria de autoras y autores expertos en la materia.

De esta manera, a se analizará el elemento de contexto de los CLH, es decir, si a la época de comisión de estos hechos existía o no un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.

A continuación, se analizará si los hechos descritos pueden ser subsumidos como “actos inhumanos”, entendiendo como tales aquellos de carácter similar a los contemplados en el ER, que causan intencionalmente grandes sufrimientos o afectan gravemente la integridad física o la salud mental o física de las personas. También se estudiará si, además, se cumplen los requisitos estipulados en los elementos de los crímenes del ER de la CPI, para finalmente, determinar si existe un vínculo –objetivo y subjetivo- entre esos actos individuales y el elemento de contexto global.

Como resultado, la investigación permitirá determinar si los hechos antes descritos, relacionados con la sustracción de menores en el contexto de la dictadura chilena,

deben ser considerados CLH o no, adelantando desde ya que las conclusiones a las que arriba esta investigación otorgan una respuesta afirmativa.

Dilucidar si el hecho materia del caso puede ser calificado jurídicamente como CLH, resulta relevante, en atención a la diferenciación jurídica que existe entre los delitos comunes y los CLH, en aspectos tales como: **i)** La gravedad de los delitos, pues los crímenes de lesa humanidad son considerados los más graves de trascendencia para la comunidad internacional, al constituir una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad; **ii)** Imprescriptibilidad; y **iii)** imposibilidad de que una norma de fuente estatal afecte la punibilidad de la conducta, a partir del derecho internacional .

Por otra parte, se trata de hechos especialmente graves al ser cometidos por un lado, contra niños, principalmente lactantes, es decir, sujetos protegidos por el derecho, que por su falta de madurez física y mental necesitan resguardo y cuidados especiales, y por otro lado, contra madres, muchas de ellas menores de edad, pertenecientes a los estratos socioeconómicos más bajos de la población y en un momento de sus vidas –puerperio- en que se encontraban particularmente vulnerables y precisamente por ello requerían estar tranquilas y protegidas.

CAPÍTULO I: SUSTRACCIÓN DE MENORES EN EL PERIODO 1973 Y 1990 EN CHILE Y LA NORMATIVA NACIONAL APLICABLE

I.1 Descripción del fenómeno de sustracción de menores en Chile

Uno de los objetivos del presente trabajo es contextualizar, en términos generales, el *modus operandi* con el que los hechos relativos a la sustracción de menores acaecieron en Chile, para así obtener los insumos necesarios que nos permitan realizar el trabajo de subsunción, y determinar si éstos, en efecto, pueden ser considerados CLH o no.

Aun cuando no se sabe con certeza a cuánto asciende el número de menores que habrían sido sustraídos ilícitamente, existen oficialmente más de 350 denuncias, y se estima que existen alrededor de 20.000 casos.²

Si bien no se puede afirmar con propiedad cuántos de estos casos se verifican específicamente en el periodo materia de análisis —es decir desde el año 1973 hasta el año 1990— es posible afirmar que un número significativo de ellos acontecen en estos años. Así, por ejemplo, de las denuncias que se tuvieron a la vista para la realización de este trabajo, el 83% acontecen en dicho periodo.

De las denuncias efectuadas, es posible desprender determinados patrones de conducta, en base a ciertas circunstancias particulares que se repiten en los relatos de las mujeres como, por ejemplo, que involucrarían a madres con características específicas que las hacían particularmente vulnerables, específicamente por provenir de estratos socioeconómicos bajos, muchas de ellas jóvenes, o incluso niñas.

En términos generales, lo que describen las mujeres es que habrían concurrido a hospitales públicos, a lo largo de todo el país con el objetivo de dar a luz. De acuerdo a la descripción, algunas fueron drogadas con el objetivo de provocar

² Esta cifra se encuentra en SEPÚLVEDA Nicolás. Adopciones ilegales: 141 madres ya se han reencontrado con los hijos que les arrebataron al nacer. Publicada el 4 de julio del año 2019. En línea [<https://ciperchile.cl/2019/06/04/adopciones-ilegales-141-madres-ya-se-han-reencontrado-con-los-hijos-que-les-arrebataron-al-nacer/>].

confusión, y una vez que recobraban la conciencia, eran informadas por algún profesional de la salud, que su hija o hijo había nacido sin vida. Sin embargo, muchas de las denunciantes han asegurado que siempre supieron que esta información era falsa, ya que escucharon el llanto de sus hijas e hijos tras el parto.

La investigación de los casos de sustracción de menores, se encuentra en manos de la justicia, específicamente en las del Ministro Carroza, y el Ministro Balmaceda, quienes buscan dilucidar la forma de comisión de delitos.

La investigación de la justicia ha arrojado resultados sumamente relevantes para el esclarecimiento de los hechos acaecidos, por ejemplo, en relación a los establecimientos involucrados en estas prácticas. Entre ellos se encuentran el Hospital Sótero del Río, Hospital Paula Jaraquemada, Hospital de Chillán, Hospital San Juan de Dios, Hospital San José, Hospital Regional de Concepción, Hospital Higuera de Talcahuano, Hospital Barros Luco, Hospital de Lirquén, Hospital de Los Ángeles, Hospital de Lota, Hospital de Ancud, Hospital de Talagante, Hospital de Achao, Hospital de Angelmó, Hospital de Buin, Hospital de Castro, Hospital de Nacimiento, Hospital de Parral, Hospital de Quilpué, Hospital de Rancagua, Hospital Clínico de la Universidad Católica, Hospital de Yumbel. Lo anterior, de acuerdo a la información extraída de un peritaje realizado en el contexto de la investigación realizada por los Tribunales de Justicia³

Esta información demuestra que, en definitiva, se trataría de hechos acaecidos de manera similar, a lo largo de todo Chile, excluyendo la posibilidad de entenderlos como hechos aislados. Son casos que requieren de una coordinación y entramado complejo, además de la coordinación permanente de distintos funcionarios públicos desde diferentes órganos estatales.

Otro dato relevante que se desprende del informe pericial previamente citado dice relación con el auge exponencial en el ítem denominado tuición y autorización de

³ INFORME PERICIAL SISTEMATIZACIÓN Y ANÁLISIS ANTECEDENTES INCAUTADOS. Elaborado por María Cecilia Erazo Venegas, perito judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago. Página 25.

salida del país, fundamentalmente entre el año 1980 y 1989. El informe contiene un gráfico⁴ que da cuenta de dicho auge:

Década de Nacimiento	Tuición y Autorización de Salida del País	Tuición y Legitimación Adoptiva	Adopción Plena	Causa Indeterminada	Total
1950 - 1959	0	6	0	0	6
1960 - 1969	2	36	0	0	38
1970 - 1979	50	15	0	1	66
1980 - 1989	403	17	1	0	421
1990 - 1999	40	2	5	0	47
2000 - 2009	0	0	1	0	1
Total	495	76	7	1	579

Además de los representantes de la justicia, los miembros de la sociedad civil también han sido protagonistas en la búsqueda de la verdad. Este es el caso de la historiadora Karen Alfaro⁵, quien ha investigado con profundidad estos acontecimientos.

Alfaro, a través de la historia de vida de un joven llamado Alejandro, se aproxima a la temática de lo que ella denomina “apropiaciones ilegales” de menores ocurridas durante la dictadura en Chile.

En su texto, relata el proceso de adopción de Alejandro por parte de una pareja holandesa, luego que la asistente social del Hospital de Paillaco declarara su situación de abandono por la mala situación económica de la madre.

Dentro de su investigación, la autora logra conocer a la madre de Alejandro, Orfelina, quien relata la historia de sustracción del menor.

Según explica la mujer, dentro del hospital, y tras amamantar al bebé por primera vez, un profesional de la salud tomó al niño diciendo que estaba amarillo. Luego la

⁴ INFORME PERICIAL SISTEMATIZACIÓN Y ANÁLISIS ANTECEDENTES INCAUTADOS. Elaborado por María Cecilia Erazo Venegas, perito judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago. Página 17.

⁵ ALFARO, Karen. Una aproximación a las apropiaciones de menores y adopciones irregulares bajo la dictadura militar en el sur de Chile (1978-2016). Memorias de Alejandro. Revista Austral de Ciencias Sociales. (37-51). 2018.

asistente social y una religiosa del recinto, se acercaron a Orfelina para contarle que su hijo había muerto y pedirle que rellenara una serie de documentos, vinculados “supuestamente” al fallecimiento del menor. Sin embargo, Alejandro no había muerto, sino que había sido dado en adopción en el extranjero. Como resultado, madre e hijo no lograron reencontrarse, sino hasta diecisiete años después.

Fue tal la magnitud de los casos de sustracción de menores que arrojaron cada una de las investigaciones, efectuadas tanto por los tribunales de justicia como por la sociedad civil, que el día 15 de enero del año 2019, la Cámara de Diputados creó una comisión especial denominada “Comisión Especial Investigadora de los actos de organismos del Estado”. Esta comisión, presidida por el Diputado Boris Barrera Moreno, fue creada en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores y control de su salida del país. Como resultado, con fecha 24 de julio del mismo año, la agrupación emitió un informe.⁶

Resulta esclarecedora la intervención en la comisión de Karen Alfaro⁷ quien, en mentada instancia, declara que comenzó su investigación el año 2015, respecto del origen biológico de madres, hijos, y familias, fundamentalmente realizado por la agrupación “Hijos y Madres del Silencio”.

En su intervención, destaca que, diversos autores –fundamentalmente norteamericanos- declaran que Chile fue uno de los países emisores para la adopción internacional durante la década de los setenta y ochenta⁸.

Señala también que es importante destacar cómo la categoría de menores en situación irregular ha ido cambiando, y que en algún momento el hecho de ser pobre constituía una irregularidad social. Alfaro agrega que se trata de un aspecto

⁶ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141].

⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141]. Página 60-69.

⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141]. Página 61.

importante, porque para situar a estos menores como susceptibles de adopción, los asistentes sociales argumentaban que las niñas y niños vivían en situaciones de pobreza. En base a esto, concluye que la pobreza se constituía como un elemento de irregularidad social, independiente de que los padres sí se hicieran cargo de sus hijas e hijos.⁹

En cuanto a un tema estadístico, la autora menciona que, en base a los datos de origen geográfico de menores dados en adopción, y aportados por centros internacionales entre 1975 y 1982, el porcentaje de niños chilenos que fue objeto de adopción aumentó de forma relevante. Este dato –declara la autora- es corroborado por la literatura internacional, producto del trabajo de investigadores sociales, historiadores -entre otros- quienes indican que, en este periodo de la década de los setenta y de los ochenta, aumentó la presencia de niños chilenos en los procesos de adopción internacional.¹⁰

En cuanto a las víctimas, las describe como madres-niñas-campesinas y pobres.¹¹

Con respecto a cómo operaban estas redes de circulación de niños, Alfaro revela que estos sistemas tienen un carácter amplio, que incluye primero la figura del captador o captadora, y luego a asistentes sociales, personal del ámbito de la salud, y funcionarios del ámbito judicial, quienes tomaban contacto para desarrollar procesos de captación de mujeres en situación de vulnerabilidad. También agrega que estas organizaciones funcionaban captando madres solteras, en su mayoría de edades comprendidas entre los catorce a los diecisiete años, sustrayendo los niños durante el parto, o en guarderías infantiles.

⁹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141. Página 61.

¹⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141. Página 63.

¹¹ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141. Página 64.

Finalmente, en cuanto a la motivación que da origen a estas sustracciones de menores, la experta señala que, por un lado, está el lucro. No obstante, también considera importante destacar que a la vez existe una política de Estado, de regulación de la adopción en relación con la infancia. Como ejemplo, menciona entrevistas con asistentes sociales, en las que las profesionales señalan que lo hicieron para salvar a esos niños del destino de pobreza, concluyendo que:

“Además del lucro, existía el convencimiento político-ideológico de salvación de la infancia pobre en un contexto en que en Chile y en América Latina, en la década de los 80, estaba viviendo una de las más crudas crisis económicas de la que tienen conciencia en la historia reciente”¹².

La Comisión Especial Investigadora de los actos de organismos del Estado en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores y control de su salida del país, contó además con otros testimonios relevantes, como por ejemplo el del comisario Fernando Hernández¹³ de la Policía de Investigaciones de Chile, cuya investigación comenzó el año 2014, mientras desempeñaba funciones en la Brigada Investigadora contra Delitos (sic) Humanos, específicamente, en la agrupación que prestaba cooperación al Ministro Carroza. En ese momento se le designó para investigar determinadas denuncias de hechos que revestían el carácter delito, relacionados con la sustracción de menores desde hospitales públicos y clínicas privadas. Según Hernández, estas denuncias eran contra médicos, matronas, asistentes sociales y religiosos.

Él explica que el desarrollo de su investigación no fue simple, ya que los hospitales involucrados indicaban que no tenían información respecto de los hechos.

¹² CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141. Página 68.

¹³ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141 Página 46-51.

A continuación, se encuentra la declaración de don Roberto Gaete, un funcionario de la PDI que trabaja directamente con el Ministro Carroza¹⁴. Sobre la temática, el detective señaló que actualmente existen alrededor de 350 denuncias relacionadas a estos hechos, y explicó el esquema de funcionamiento de la adopción irregular de menores de la siguiente manera:

“Existía un requerimiento de parte de una familia que necesitaba un hijo, y se contactaba muchas veces con asistentes sociales, con abogados, con organizaciones para que, de una u otra forma, pudiesen captar a menores que, en el buen entendido, eran hijos de madres vulnerables.

Principalmente se escogían a menores de edad que llegaban solas a los hospitales, y en ese momento existía una persona que hacía las veces de captadora, y muchas veces se les decía a las madres, una vez que daban a luz, que su hijo (...) que había fallecido y no se le entregaba ningún tipo de documento o se les mostraba el cuerpo o se sepultaba, sino que se les decía que el menor había quedado para estudio.

Entonces la madre de aquella época no hacía ninguna otra gestión y se convencía de que su hijo estaba fallecido. En esta estructura aparecía la figura de una guardadora, que después de captar al menor lo derivaba a un particular o a una organización, que hacía las veces de guardadora y mantenía al menor hasta que se tramitaba su salida del país, bajo la figura de una tuición o medida de protección.

Para tal efecto, obviamente las asistentes sociales generaban un informe, muchas veces ideológicamente falsos, respecto de que ese niño estaba abandonado, señalando que la madre era sujeto de drogadicción y alcoholismo. Entonces, con esos antecedentes, los tribunales resolvían una medida de protección y entregaban a este menor bajo una adopción que posteriormente se realizaba -muchas de la veces- en el extranjero.”¹⁵

¹⁴ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141. Página 51-54.

¹⁵ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea

El testimonio del Policía permite concluir que, para llevar a cabo estos hechos, resultaba necesaria la coordinación de distintas personas –muchos de ellos funcionarios públicos- desde diversas instituciones, por ejemplo, personal de la salud de los distintos Hospitales Públicos; asistentes sociales de los establecimientos; juezas y jueces de tribunales que a lo menos no verificaban que concurrieran las causales para entregar a las y los menores en adopción; personas del registro civil que efectuaban las inscripciones de defunción, entre otros.

Otro acercamiento de la sociedad civil a esta temática se realiza a través del grupo en Facebook, "Hijos y madres del silencio". Esta iniciativa busca que madres e hijos dados en adopción en condiciones irregulares puedan reencontrarse, como también exponer sus casos y vivencias. Luego, es posible destacar que los actores sociales han impulsado por un lado la investigación, y por otro el reencuentro de las madres y padres con sus hijas e hijos.

Asimismo, el año 2014 fue creada la organización "Nos buscamos, el abrazo del reencuentro". La asociación surge luego de que su fundadora, Constanza del Río, se enterara que había sido adoptada irregularmente. En la búsqueda de su familia sanguínea, y a través de un reportaje de Ciper Chile, la joven se encontró con los casos de varias madres que creían muertos a sus hijas e hijos en el nacimiento, cuando estos en realidad habían sido sustraídos. Finalmente, del Río logró encontrar a sus padres biológicos, y hoy en día ayuda a otras familias a materializar el anhelado reencuentro.

I.2 Elaboración de un caso tipo

Con la información recopilada en el acápite anterior, se elaborará un caso tipo que busca ejemplificar lo que habrían sido las vivencias de los cerca de 20.000 menores sustraídos a través de engaño, de la esfera de custodia sus padres.

https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141]. Página 51-54.

El objetivo es trabajar en base a este caso tipo para dilucidar si los agentes del Estado que intervienen en él –en el caso tipo específico, la doctora (D)- debe ser juzgada como autora del delito de sustracción de menores constitutivo de CLH, o bien, si debe ser investigada como interviniente en un delito común, y por tanto, ya prescrito.

El caso tipo es el siguiente:

El día 1 de enero del año 1982 (M), de catorce años de edad, concurrió al Hospital Público (HP) para dar a luz a su hija (H). La doctora (D) –funcionaria pública de (HP) fue la encargada del parto, y una vez que (H) nace, se la lleva de la habitación en la que se encontraba (M) y se la entrega a la asistente social (A).

(M) durante todo el procedimiento se sintió adormecida, y una vez que despertó de un profundo sueño, preguntó por la niña sin obtener respuesta. Luego, llegó a su habitación la doctora (D) quien le explicó que su hija había nacido muerta. Esto no tenía sentido para (M), pues sabía que había escuchado el llanto de la menor.

Tras recibir la información, (M) comenzó a llorar y reclamó insistentemente a la doctora (D) para que le permitieran ver el cuerpo de (H). En ese momento le inyectaron Valium y se quedó dormida. Despertando, le preguntó al enfermero (E) del Hospital por el cuerpo de su hija, quien le aconsejó no verla, asegurando que la menor presentaba una malformación muy impactante, y que ellos se harían cargo de la sepultura.

Finalmente, la asistente social del Hospital (A), elaboró un informe indicando que (H) se encontraba en situación de abandono, y posteriormente la jueza (J) declaró que la menor era apta para su adopción en el extranjero, por lo que fue trasladada a Holanda, sin conocer jamás a su madre (M).

Con el objeto de facilitar el análisis se centrará, únicamente, en la responsabilidad penal de la doctora (D).

I.3 Derecho chileno aplicable al caso. El delito de sustracción de menores

Dado que a la época del acaecimiento de los hechos no existía regulación nacional que regulara específicamente CLH –a diferencia de lo que ocurre hoy en día, con la entrada en vigencia de la ley 20.357¹⁶ -para el análisis en cuestión resultará necesario aplicar dos clases de normas: nacionales e internacionales. Las normas nacionales, en la tipificación del delito y la determinación de la pena, y las internacionales, para fundamentar si los actos descritos son constitutivos de CLH y de ser así, la inaplicabilidad de la prescripción¹⁷ y la amnistía¹⁸, la obligación de enjuiciar o extraditar, y su jurisdicción universal¹⁹.

Dado lo anterior, resulta importante determinar cuál es la legislación chilena aplicable al caso precedentemente descrito, pues será la normativa utilizada por el juez en caso de determinar si los hechos revistieron las características de ser típicos, antijurídicos y culpables y, por tanto, eventualmente sancionables penalmente por el derecho chileno.

Dentro de la legislación nacional, el delito que viene en consideración en relación con el caso tipo es el de sustracción de menores, ilícito que ha experimentado diversas modificaciones a lo largo de los años.

Según expone el profesor Bascuñán,²⁰ todo cambio legal ocurrido entre el acaecimiento de los hechos y el juzgamiento, plantea el problema de la determinación del derecho vigente al caso. Es decir, si se debe aplicar el derecho vigente al momento de los hechos, o al momento de la sentencia, o bien, si los cambios han sido múltiples, algún derecho con vigencia intermedia²¹.

¹⁶ LEY 20.357. Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Entrada en vigencia 18 de julio de 2009. En línea [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297>].

¹⁷ C.S. Paulino Flores Rivas y otros. Rol 559-2004. 13.12.2006

¹⁸ GALDÁMEZ, Liliana. Incidencia de los tratados y del *ius cogens* internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile. Revista de Derecho Público. Volumen 77. Universidad de Chile. Santiago. 2011. Página 307.

¹⁹ GONZÁLEZ, José Luis. Los delitos de lesa humanidad. Revista de la Facultad de Derecho Universidad de la República Oriental del Uruguay. 2014. Uruguay. 2014. Página 162.

²⁰ BASCUÑAN, Antonio. El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional. Revista de Estudios de la Justicia N°23. 2015. Página 13.

²¹ Cabe agregar, que han existido leyes intermedias entre aquella aplicable al acaecimiento de los hechos y aquella aplicable al momento de la sentencia, sin embargo, el núcleo de la

Al momento del acaecimiento de los hechos, esto es, el 1 de enero del año 1982, la sustracción de menores se encontraba redactada de la siguiente manera:

"Artículo 142²². La sustracción de un menor de 10 años será castigada:

1) Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo en los siguientes casos:

a) Si se ejecutare para obtener un rescate o si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor, y

b) Si a consecuencia de ella resultaren lesiones de las indicadas en el artículo 397, número 1, o la muerte del menor.

2) Con presidio perpetuo o muerte si concurrieren a lo menos dos de las circunstancias señaladas en las letras a) y b) del número anterior.

3) Con presidio mayor en cualquiera de sus grados en los demás casos".²³

Hoy en día, en cambio, el artículo 142 del código punitivo dispone lo siguiente:

"La sustracción de un menor de 18 años será castigada:

1- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare grave daño en la persona del menor.

2- Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos.

Si con motivo u ocasión de la sustracción se cometieren delitos como homicidio, violación, violación sodomítica o lesiones se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Que el delito contemple penas tan elevadas resulta ser un indicador respecto de la gravedad que el legislador asigna a la conducta.

Las instrucciones para saber qué norma se debe aplicar al caso tipo, encuentra su regulación en el artículo 18 del Código Penal, en cuanto dispone que:

conducta típica se ha mantenido invariable en el tiempo y la penalidad tampoco ha diferido respecto de aquellas.

²² Ley N°9.762, publicada el 10 de noviembre de 1950. "Modifica en la forma que señala el Código Penal. En línea [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=123792>]

²³ Como se puede apreciar, en la época de acaecimiento del hecho materia del caso tipo, la edad del menor sustraído resultaba relevante para efectos de determinar la sanción aplicable, siendo más grave la sustracción de un menor de 10 años, que la de un mayor de 10 años y menor de 18 años.

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se pronunciare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.

Este artículo regula la prohibición de aplicación retroactiva de las leyes penales, entendiéndose que debe aplicarse la ley vigente al momento del hecho. Esto significa, la ley que ya ha entrado en vigencia en ese momento, sin que haya dejado de estar en vigor.²⁴ Sin embargo, la excepción es que, se puede aplicar una norma de forma retroactiva siempre que sea favorable al reo, caso en el cual el juez deberá aplicar la ley más benigna.²⁵

En el caso materia del presente trabajo, la ley más favorable es la que se encontraba vigente al momento de la perpetración del hecho, esto es, la Ley N°9.762, publicada el 10 de noviembre de 1950, pues en ella, la forma base del delito de sustracción de menores, se sanciona con presidio mayor en cualquiera de sus grados, mientras que la ley actual sanciona el ilícito con la pena de presidio mayor en sus grados medio a máximo, excluyendo por tanto, la posibilidad al juez de sancionar la conducta con presidio mayor en su grado mínimo.

En cuanto al núcleo de la conducta típica, el verbo rector de la figura típica es “sustraer”. Es decir, supone sacar al menor de la esfera de custodia en la que se encuentra²⁶, o bien apartarlo de una esfera de vigilancia.²⁷ El profesor Etcheberry, sostiene que el vocablo sustracción indicaría la idea de quitar al menor de la esfera

²⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas S.A. España. 1997. Página 162.

²⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas S.A. España. 1997. Página 166.

²⁶ ESCOBAR, Javier. Faz objetiva del delito de sustracción de menores. Santiago. 2015. En línea [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S0718-33992015000200002]. Página 10.

²⁷ GUERRERO, Camila. El delito de sustracción de menores en Chile. Análisis dogmático y jurisprudencial del artículo 142 del Código Penal, con especial referencia a los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo. Editorial Lus Civile. Santiago. 2017. Página 101-102.

de cuidado y dependencia en que se encuentra, generalmente la de sus padres y guardadores.²⁸

El primer pronunciamiento sobre la materia fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago, aduciendo que el término “sustracción” –en el delito de sustracción de menores- estaría constituido por la separación o apartamiento del menor de la esfera de protección o custodia familiar a la que se encontraba sometido.²⁹

La autora Camila Guerrero sostiene en su libro “El delito de sustracción de menores en Chile”³⁰, en cuanto al bien jurídico protegido por el ilícito, que estaría constituido por la seguridad del menor en relación con su libertad ambulatoria, estando la seguridad garantizada por la presencia del menor dentro de un núcleo determinado, lo que significaría, una esfera establecida para su convivencia, ya sea, de manera legal, convencional o judicial.

En relación a sus características particulares del delito, se trataría de un delito de carácter permanente³¹. Así lo declaró la Corte Suprema, el día 25 de enero del año 2013, en causa rol 3579-2011, sentencia en la que el máximo tribunal estableció lo que sigue:

“El delito de sustracción de menores, según sostiene Garrido Montt, es un delito de ejecución permanente que continúa consumándose mientras no se le ponga término.”³²

Lo distintivo de los delitos permanentes -en palabras del profesor Mañalich- es lo siguiente:

²⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal parte especial. Tomo II. Séptima Edición. Editorial Jurídica de Chile. Página 211.

²⁹ GUERRERO, Camila. El delito de sustracción de menores en Chile. Análisis dogmático y jurisprudencial del artículo 142 del Código Penal, con especial referencia a los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo. Editorial Ius Civile. Santiago. 2017. Página 109.

³⁰ GUERRERO, Camila. El delito de sustracción de menores en Chile. Análisis dogmático y jurisprudencial del artículo 142 del Código Penal, con especial referencia a los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo. Editorial Ius Civile. Santiago. 2017. Página 101-102.

³¹ GUERRERO, Camila. El delito de sustracción de menores en Chile. Análisis dogmático y jurisprudencial del artículo 142 del Código Penal, con especial referencia a los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo. Editorial Ius Civile. Santiago. 2017. Página 103.

³² C.S. Hartmut Wilhelm y otros. Rol 3579-2011. 25.01.2013.

“Lo distintivo -del secuestro-, en tanto delito permanente, es que su consumación (instantánea) puede no sólo no coincidir, sino que diferir significativamente de la terminación del delito, esto es, el momento del cese de la ejecución del hecho que corresponde a la descripción legal del comportamiento punible.³³

Que el delito tenga el carácter de permanente, supone importantes consecuencias en lo que dice relación con el momento en que comienza el plazo de prescripción de la acción penal.

El ex Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Alejandro Solís, afirmó en un reportaje de Ciper Chile³⁴ que los casos de “adopciones irregulares”, como se conoce a los hechos de sustracción de menores acaecidos en Chile, califican como delitos de carácter permanente, por lo que no prescribirían.

Sin embargo, el carácter permanente del delito de sustracción de menores no le otorga la categoría de imprescriptible, sino que el plazo de prescripción comienza a correr una vez que el delito se encuentra terminado. Lo anterior es relevante, ya que en el caso materia de la presente investigación, una vez que los niños sustraídos crecen y superan la mayoría de edad -es decir, los dieciocho años-, el delito resulta terminado, pues, no puede existir sustracción de menores de sujetos mayores de edad.

En efecto, una vez que los menores alcanzan la mayoría de edad, la prescripción comienza a correr, por lo que, si se trata de delitos comunes, es decir, no constitutivos de CLH, estos casos se encontrarían prescritos.

Por ejemplo, las niñas y niños que fueron sustraídos en marzo del año 1990, adquirieron la mayoría de edad el año 2008, de manera que, contemplando el delito penal de crimen, estos prescribieron el año 2018, aplicando el artículo 94 del mismo código punitivo. Es por esto que, resulta fundamental dilucidar si estos hechos pueden ser considerados CLH, pues es la manera de entender que el ordenamiento

³³ MAÑALICH, Juan Pablo. El secuestro como delito permanente frente al Decreto Ley de Amnistía. Revista de Estudios de la Justicia N°5. 2004. Página 4.

³⁴ SOLÍS ALEJANDRO. Las adopciones irregulares constituyen un delito permanente. Ciper Chile. En línea [<https://ciperchile.cl/2014/06/16/las-adopciones-ilegales-o-irregulares-constituyen-un-delito-permanente/>]. 2014.

jurídico permita su persecución, al tener dichos delitos el carácter de imprescriptibles, según lo que se indicará en el capítulo siguiente.

Ahora bien, en relación con los hechos del caso tipo, cabe concluir que (D), aprovechándose de su calidad de funcionaria pública, como doctora en un hospital determinado, y en el ejercicio de una función pública, debe ser considerada autora de un delito consumado de sustracción de menores, al sacar a la menor (H) de la esfera de custodia de su madre (M), afectando su seguridad, la que se encontraba garantizada por su presencia en un núcleo determinado, específicamente con (M), sin que existiera justificación médica alguna para apartarla permanentemente de ella y entregarla a la asistente social (A).

En cuanto al medio comisivo del ilícito, (D) utilizó el engaño, al indicar a (M) que (H) había muerto, siendo esto absolutamente falso, y aun cuando su madre reclamaba insistentemente poder verla, para que la menor pudiese ser entregada en adopción.

La conducta típica se verifica el día 1 de enero del año 1982 y –al tener el delito el carácter de permanente- se mantiene el injusto hasta que la menor (H) cumple 18 años, es decir, hasta el año 2000. Por lo tanto, aplicando el artículo 94 del Código Penal, la conducta habría prescrito el año 2010, razón por la cual resultaría imposible a los jueces de la nación aplicar una sanción a (D), en atención a que ésta se encontraría prescrita. Lo anterior, salvo que el hecho de sustracción de menores antes descrito pueda ser considerado CLH, según los criterios del derecho internacional.

En base a lo anterior, a continuación, se analizará si los hechos revisten las características necesarias para ser considerados de aquellos crímenes más graves para la comunidad internacional, y por lo tanto imprescriptibles, o por el contrario, deben ser considerados como constitutivos de un delito común y por lo tanto, ya prescritos, debiendo el juez declarar la prescripción sin consecuencias penales para (D).

CAPÍTULO II: CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

II.1 Fuentes del Derecho Penal Internacional

Para entender la forma en que son aplicables las normas internacionales al caso materia de la presente investigación, resulta necesario realizar brevemente un análisis de las fuentes del derecho penal internacional –entendido como el conjunto de normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales.³⁵

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como elementos a aplicar:³⁶ a) Las convenciones internacionales, b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, c) Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

De esta manera, en el Derecho Penal Internacional rige el “principio de juricidad”, pues se encuentra desprovisto de la exigencia de reserva absoluta de ley formal y de plasmación por escrito de las normas penales. De esta manera, otras fuentes como las previamente mencionadas, se convierten en fuentes del Derecho Penal Internacional en sentido objetivo,³⁷ rigiendo el principio *nullum crimen sine iure* que consiste en la prohibición del surgimiento de responsabilidad penal por conductas

³⁵ AMBOS, Kai. La Parte General del Derecho Penal Internacional. Introducción, bases de la investigación. 2005. Página 34. En OLEA, Helena y SALVO, Paula. Corte Penal Internacional. Condiciones Jurídicas y Ciudadanas para la ratificación del Estatuto de Roma. Chile. 2008. Página 11.

³⁶ ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA En línea [<https://www.un.org/es/documents/iccstatute/chap2.htm>].

³⁷ ANDRÉS, Ana Cristina. Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006. Página 95-96.

que, en el momento de llevarse a cabo, no eran constitutivas de delito, según el derecho nacional o internacional aplicable.³⁸

En este sentido, el artículo 15 N°1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que:

“Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional”³⁹

El contenido de dicho principio se basa en dos elementos fundamentales: **(i)** La exigencia de que la conducta sea constitutiva de delito, conforme al sistema de fuentes previsto para la creación del derecho penal en el ordenamiento jurídico nacional o internacional; y **(ii)** Los requisitos de accesibilidad de la norma que recoge la conducta prohibida y previsibilidad de la responsabilidad penal en que incurre el autor en el momento de ejecutarla.⁴⁰

En el siguiente apartado, para entender la configuración de los crímenes de lesa humanidad, se utilizará principalmente el Estatuto de Roma –Convención Internacional que entró en vigencia para Chile el día 1 de septiembre del año 2009 a través del Decreto 104⁴¹, del Ministerio de Relaciones Exteriores- así como los Elementos de los Crímenes del mismo Estatuto, como instrumentos cristalizadores del derecho consuetudinario.

El ER de la CPI es una fuente central del derecho penal internacional, que en general confirma y precisa el derecho penal en vigor según el derecho internacional consuetudinario, que además en ciertas ocasiones va más allá de mera copia y sistematización del derecho penal consuetudinario, contribuyendo autónomamente al desarrollo progresivo del derecho penal internacional. Por otra parte, hay ocasiones en que el Estatuto se queda atrás frente al estado actual del derecho internacional consuetudinario. A su vez las disposiciones del ER de la CPI se ven

³⁸ OLASOLO, Héctor. Introducción al Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. Página 74.

³⁹ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1966. En línea [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

⁴⁰ OLASOLO, Héctor. Introducción al Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. Página 75.

⁴¹ DECRETO 104. Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicación (1/08/2009). Ley Chile. En línea [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004655>].

complementadas por las Reglas de Procedimiento y Prueba de por los Elementos de los Crímenes⁴²

Como medio auxiliar, se utilizará tanto la jurisprudencia de los tribunales internacionales como lo señalado por destacadas y destacados miembros de la doctrina.

II.2 Los CLH en general y su consagración en el Derecho Internacional consuetudinario

Dado que los CLH no estaban tipificados en la legislación nacional en la época en la que habrían sido cometidos los crímenes de sustracción de menores en Chile, para responder la pregunta principal, será necesario primeramente determinar si el derecho internacional, a través de la fuente del derecho de la costumbre internacional, había desarrollado suficientemente en aquellos años estos crímenes. Sólo así podríamos entender que en la época en cuestión dicha normativa resultaría aplicable al caso concreto.

De esta manera, el siguiente apartado tendrá como objetivo demostrar que los CLH tuvieron un vasto desarrollo internacional, que permite concluir que a la época de comisión de los actos de sustracción de menores, eran ampliamente reconocidos por la costumbre internacional.

En 1915 los gobiernos de Francia, Reino Unido y Rusia realizaron una declaración conjunta afirmando que, lo que hoy conocemos como Turquía (imperio Otomano)⁴³, había cometido “delitos que afectaban a la conciencia de la humanidad” contra cerca de 800.000 armenios que habitaban en su territorio.⁴⁴ Sin embargo, no se procesó a los responsables, pues Estados Unidos y Japón afirmaron que la categoría de delitos contra la conciencia de la humanidad no había sido definida a

⁴² WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3^o Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 131-133.

⁴³ BASSIOUNI. Crimes Against Humanity. Historical evolution and contemporary application. Introducción. Página. XXX.

⁴⁴ OLASOLO, Héctor. Introducción al Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. Página 55.

nivel internacional con anterioridad a la perpetración de los actos de violencia.⁴⁵ Lo que resultaba particular en este caso, es que se trataba de crímenes cometidos por ciudadanos de un Estado contra sus propios conciudadanos, y no contra los de otro Estado.⁴⁶

Sin embargo, fue Estados Unidos el que 25 años después se convertiría en paladín del Tribunal Internacional Militar, con sede en Núremberg, establecido el año 1945 a través del Tratado de Londres. Dicho tribunal juzgaría a los más altos dirigentes políticos y militares del régimen nazi por los delitos de agresión, crímenes de lesa humanidad y de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial.⁴⁷

El Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg⁴⁸ en su artículo 6 c), estableció que se considerarían crímenes contra la humanidad:

“CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.”

Luego, se dictan los principios de Derecho Internacional reconocidos por las sentencias del Tribunal de Nuremberg –aprobados por la Comisión de Derecho Internacional y presentados a la Asamblea General.⁴⁹

⁴⁵ OLASOLO, Héctor. Introducción al Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. Página 48.

⁴⁶ AMBOS, Kai. Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional. Publicado originalmente como “*Crimes against humanity and the International Criminal Court*”. Revista General de Derecho Penal. 2013. En línea [https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/338/284]. Página 96.

⁴⁷ OLASOLO, Héctor. Introducción al Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015. Página 55.

⁴⁸ ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Comité Internacional de la Cruz Roja. En línea [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66].

⁴⁹ PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL RECONOCIDOS POR EL ESTATUTO Y POR LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE NUREMBERG. Comité Internacional de la Cruz Roja. En línea [<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>].

El Principio I dispone que, toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.

El principio segundo establece que, el hecho de que el derecho interno no imponga penal alguna por un acto que constituya delito de derecho internacional no exime de responsabilidad en derecho internacional a quien lo haya cometido.

Por su parte, el Principio VI de Núremberg regula la guerra de agresión, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, definiendo estos últimos de la siguiente manera:⁵⁰

“El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.”

Posteriormente en la década de los noventa, se crearon Tribunales Internacionales cuyos estatutos acogen la regulación que había elaborado el Derecho Internacional en relación con los delitos de lesa humanidad, específicamente el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia –que tuvo como objetivo enjuiciar a los responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 y el Tribunal Internacional para Ruanda, -que tuvo como objeto enjuiciar a los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario, cometidas en el territorio de Ruanda y además a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.⁵¹

⁵⁰ PRINCIPIOS DE NUREMBERG. Comité Internacional De La Cruz Roja. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias de Nuremberg. Principio VI. En Línea [\[http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66\]](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66)

⁵¹ NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS OFICINA DEL ALTO COMISIONADO. En línea [\[https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRuanda.aspx\]](https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRuanda.aspx).

Finalmente, el 11 de marzo del año 2003, entró en funcionamiento en la Haya la Corte Penal Internacional⁵², que constituye el primer Tribunal Penal de carácter permanente, y está facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, dentro de los cuales se encuentran específicamente los CLH.⁵³

La evolución y vasta regulación de los CLH demuestran que, luego de los juicios de Nuremberg, éstos formaban parte de la costumbre internacional.

II.3 Imprescriptibilidad de los CLH

Como se indicó precedentemente en este trabajo, la única forma de entender que los partícipes de los casos de sustracción de menores, y en especial la doctora (D) - como autora del delito del caso tipo- pueden ser castigados actualmente por estos crímenes, es justificando que ellos se enmarcan dentro de la categoría de CLH, pues éstos son imprescriptibles.

La calidad de imprescriptibles de los CLH se encuentra reconocida en instrumentos internacionales tales como la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968 y el ER⁵⁴ de la CPI (artículo 29).

Estas fuentes son fundamentales pues demuestran que el Derecho Internacional no sólo reguló la forma en que debían ser entendidos los CLH, sino que además les otorgó una categoría especial de imprescriptibilidad, que supone que se puedan perseguir criminalmente aun cuando el transcurso del tiempo –si no fuesen considerados como CLH- hubiese impedido su juzgamiento.

⁵² WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3º Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 186.

⁵³ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. Artículo 1º. En línea [<https://www.google.com/search?q=estatuto+de+roma&oq=estatuto+de+roma+&aqs=chrome..69i57j0l5.2111j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>].

⁵⁴ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En línea [<https://www.google.com/search?q=estatuto+de+roma&oq=estatuto+de+roma+&aqs=chrome..69i57j0l5.2111j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>].

El párrafo primero y segundo del preámbulo de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968⁵⁵ menciona una serie de instrumentos internacionales, haciendo hincapié en que en ninguna de estas declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento o castigo de los crímenes de guerra (en adelante, “CG”) y de los CLH, se ha previsto limitación en el tiempo.

Los instrumentos mencionados son los siguientes: La resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 del año 1946 (I) y 170 del año 1947 (II), sobre la extradición y castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios del derecho internacional, reconocidos por el Estatuto del TMIN y por el fallo de este Tribunal; y las resoluciones 2184 (XXI) y 2202 (XXI), todas ellas del año 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad, la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política de apartheid, por otra.

A estos se suman también las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 1965 y 1966, relativas al castigo de criminales de guerra y de personas que hayan cometido CLH.

En cuanto a las razones que justifican la imprescriptibilidad de estos delitos, la Convención considera que los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos más graves de derecho internacional y que la represión efectiva de los CG y CLH supone un elemento importante para prevenir estos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales.

De manera que el artículo I de dicha Convención establece que los CG y los CLH son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido.

⁵⁵ CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD. 1968. En línea [https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1968-war-crimes-conv-5tdm6m.htm?gclid=Cj0KCQjwy97qBRDoARIsAITONTJtsypPL49Wi7u62gHG77nBvMoGTittpXzyUI4N6jDYFLhfrsUEuDwaArQLEALw_wcB].

Congruentemente, el artículo 29 del Estatuto de Roma de la CPI, dispone que “Los crímenes de competencia de la Corte no prescribirán.”⁵⁶

La consagración del principio de imprescriptibilidad de los CLH en los instrumentos internacionales citados, así como el hecho de que las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento o castigo de los crímenes de guerra y de los CLH, no hayan previsto limitación en el tiempo, permiten concluir que la imprescriptibilidad de los CG y los CLH suponía –a la época del acaecimiento de los hechos- una norma aceptada por el derecho internacional⁵⁷, lo que la hace aplicable al caso tipo, aun cuando en esa fecha Chile no hubiese suscrito la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968⁵⁸, así como tampoco el ER de la CPI, instrumento que fue ratificado por Chile recién el año 2009.

La Corte Suprema de Chile, –aplicando el derecho internacional- en causa Rol N°3452-2006, utilizó exactamente la misma línea de análisis, declarando que se deriva como resultado lógico la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad, dado que los injustos contra la humanidad son delitos contra el derecho de gentes. Además, alude al mismo instrumento internacional, a saber, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y CLH, que importaría una norma vigente, en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, confirmando un principio instalado por la costumbre internacional, vigente al momento de la realización de los sucesos.⁵⁹

⁵⁶ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En línea [https://www.google.com/search?q=estatuto+de+roma&oq=estatuto+de+roma+&aqs=chrome..69i57j0l5.2111j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8]. Artículo 29.

⁵⁷ MATUS, Jean Pierre. El informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional. Apuntes a propósito de la obra del Prof. Dr. Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrech*, 2 ed., Dunker und Humblot, Berlín 2004, 1058 Páginas. *Revista lus et Paxis*. En línea [http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/528/393]. 2005. Página 20.

⁵⁸ Chile aún no suscribe la Convención.

⁵⁹ CORTE SUPREMA. *Contra Basclay Zapata y Enrique Romo Mena*. Rol 3452-2007. (10/05/2007) Considerando 75° a 77°.

II.4 Elemento de contexto de los CLH

El artículo 7 del ER de la CPI, denominado crímenes de lesa humanidad, dispone lo que sigue⁶⁰:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”

La idea central del tipo delictivo de CLH es que, el acto individual adquiere un nuevo nivel de criminalidad por el hecho de ser cometido como parte del ataque, que sirve de elemento contextual.⁶¹

II.4.1 Ataque

El concepto de ataque se encuentra consagrado en el artículo 7.2 a) del E.R, y por él se entiende:

Una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil”.

Según describe el ER un ataque se encuentra conformado por una multiplicidad de actos de violencia,⁶² que tienen entre sí una relación tal, que son susceptibles de ser entendidos como una “línea de conducta”.⁶³

⁶⁰ ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA En línea [<https://www.un.org/es/documents/iccstatute/chap2.htm>].

⁶¹ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3° Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 554.

⁶² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Milorad Krnojelac. Judgment, (15/03/2002). Párrafo 54.

⁶³ CÁRDENAS, Claudia. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. Revista de Derecho XXVII (2):169-189. 2014. Página 172.

No es necesario que el ataque sea militar⁶⁴ ni en tiempos de guerra, de manera que también puede existir un ataque constitutivo de CLH en tiempo de paz. Esto permite que puedan clasificarse como CLH los horrores cometidos por los gobiernos en contra de su propia población.⁶⁵

Por otra parte, existe comisión múltiple de actos cuando se comete en varias ocasiones una misma acción típica, como cuando se cometen distintas alternativas típicas, sin que sea necesario que un mismo autor actúe en todos los casos, siendo lo relevante que este hecho individual forme parte de la relación funcional de conjunto.⁶⁶

El elemento político del ataque encuentra regulación en el artículo 7.2 a) del ER de la CPI, que exige que el ataque se lleve a cabo de conformidad con la política de un Estado o de una organización, de cometer ese ataque o para promover esa política.

Luego los Elementos de los Crímenes– artículo 7 párrafo 3- complementan lo anterior indicando que:

“Se entiende que la política de cometer ese ataque requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra una población civil.”

Y luego en el pie de página –número 6- del instrumento que define los elementos de los crímenes, establece lo siguiente:

“La política que tuviera a una población civil como objeto del ataque se ejecutaría mediante la acción del Estado o de la organización. Esa política, en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo. La existencia de una política de ese tipo no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización.”

⁶⁴ Elementos de los crímenes, artículo 7° Introducción 3.

⁶⁵ LOSTAL, MARINA Y OTRAS. Crímenes de Lesa Humanidad. Directrices de Derecho Penal Internacional. Investigación y Determinación de los Hechos. Análisis de casos. En línea [<https://www.legal-tools.org/doc/66bb47/pdf/>]. 2017. Página 14.

⁶⁶ WERLE, Gerard y JESSBERGER Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3° edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Página 562.

La política debe ser entendida como aquello que hace que el ataque –es decir, la comisión múltiple de actos de violencia- siga un patrón regular.⁶⁷ A su vez, dicho patrón consiste en una conducta activa por parte del Estado u organización, o en la omisión deliberada de actuar, siendo la inacción, la tolerancia o la aquiescencia frente a CLH considerado suficiente.⁶⁸

En cuanto al elemento político, los profesores Robinson, de Guzman, Jalloh y Cryer, entregaron a la CPI ciertos elementos que pudiesen servir de guía para entender este concepto, a saber: **(i)** La evidencia directa de la adopción formal de una política no es necesaria; una política no necesita ser formalizada y puede inferirse de la manera en que se producen los actos; **(ii)** no se requiere que los autores de los delitos particulares sean motivados por la política; la política puede deducirse de patrones objetivos, relativos al ataque en su conjunto; y **(iii)** una política no necesita ser probada en relación con cada incidente particular, es necesario examinar la totalidad de la evidencia para ver si se cumplen los requisitos del artículo 7º.⁶⁹

Por su parte, la sentencia del caso *Blaskic* el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, enunció factores indicativos para identificar un plan o política como elemento de contexto de CLH. Por ejemplo, el contenido general de un programa político, propaganda mediática, la movilización de las fuerzas armadas, ofensivas militares coordinadas y repetidas temporal y geográficamente, vínculos entre la jerarquía militar y la estructura política, entre otros.⁷⁰

⁶⁷ CPI. Jean Pierre Bemba Gombo. Decisión relativa al artículo 61(7) (a) y (b) del E.R. 15.06.2009. Párrafo 81.

⁶⁸ AMBOS, Kai, Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional. Publicado originalmente como “*Crimes against humanity and the International Criminal Court*”. Revista General de Derecho Penal. 2013. En línea [https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/338/284]. Página 106.

⁶⁹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Laurent Gbagbo. Amicus curiae observaciones de los profesores Robbison, de Guzman, Jalloh y Crayer. (9/10/2013). Párrafo 4.

⁷⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. Tihomir Blaskic (03/03/2000) 204.

II.4.2 Que el ataque sea generalizado o sistemático

El carácter generalizado del ataque es un elemento cualitativo, y supone que éste sea realizado a gran escala, es decir sobre un área geográfica vasta⁷¹ o contra un gran número de víctimas.⁷²

Por otra parte, el carácter sistemático del ataque se refiere a que éste debe gozar de cierto grado de planificación y organización, excluyendo de esta manera los casos esporádicos y aislados⁷³ y haciendo observable que en él se sigue un plan o política⁷⁴, de manera que la violación de derechos individuales debe seguir un patrón determinado.⁷⁵

La descripción que propone el ER de CLH, utiliza la conjunción o, es decir, basta con que el ataque, sea o bien generalizado o bien sistemático. Por otra parte, es necesario advertir que los requisitos “generalizado o sistemático” se refieren al ataque como parte del contexto, sin que deban concurrir estas características en los hechos individuales.⁷⁶

II.4.3 Que el ataque se dirija contra una población civil

⁷¹ WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3° edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 564.

⁷² CORTE PENAL INTERNACIONAL. Katanga&Ngudjolo Chui (CPI/30/09/2008)396.

⁷³ WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3° edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 565.

⁷⁴ CÁRDENAS, Claudia. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. Revista de Derecho XXVII (2):169-189. 2014. Página 172.

⁷⁵ WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3° edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 565.

⁷⁶ WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3° edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 565.

El término de población civil es diferente para los CG y para los CLH, en los primeros se utiliza la noción proveniente del derecho internacional humanitario⁷⁷ que protege a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades⁷⁸ mientras que en los CLH se entiende que el término población civil incluye a cualquier grupo de personas con características comunes, que no forman parte del poder organizado del que proviene la violencia.⁷⁹

Dentro de las características comunes puede ser, por ejemplo, cohabitar en una misma región, o seguir determinadas corrientes políticas o religiosas,⁸⁰ lo que no significa que toda la población de un Estado o de un territorio deba verse afectada por el ataque, sino que se busca poner de relieve el carácter colectivo del ataque y la exclusión a personas individuales y los actos aislados de violencia.⁸¹

Luego, para definir el término población civil en el marco de los crímenes de lesa humanidad, debe tomarse en consideración el objetivo que el tipo persigue, es decir, la protección de derechos humanos de todas las mujeres y hombres frente a cualquier forma de violación sistemática.⁸²

Para interpretar la pertenencia a una población civil es necesario tener en cuenta la necesidad de protección de la víctima, que se deriva de su indefensión de la violencia organizada, sea militar, estatal o de otro tipo.⁸³

⁷⁷ CÁRDENAS, Claudia. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. *Revista de Derecho XXVII* (2):169-189. 2014. Página 173.

⁷⁸ WERLE, Gerard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3º edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 557.

⁷⁹ WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3º edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 556.

⁸⁰ CÁRDENAS, Claudia. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. *Revista de Derecho XXVII* (2):169-189. 2014. Página 173.

⁸¹ WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3º edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 556.

⁸² WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3º edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 557-558.

⁸³ WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 3º edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 558.

II.5 Regulación de conductas descritas como actos inhumanos en el Derecho Penal Internacional

La categoría de “otros actos inhumanos” estuvo presente por ejemplo, en los Estatutos del Tribunal Internacional Militar de Núremberg, de los Tribunales especiales de la ex Yugoslavia, Ruanda y de Sierra Leona.

Posteriormente, la jurisprudencia de estos tribunales especiales fue dotando de contenido específico este concepto, para finalmente, culminar en la regulación que adopta el ER de la CPI.

En su Tratado de Derecho Penal Internacional, Werle y Jessberger señalan que, en las sesiones de Roma existía un acuerdo sobre la dificultad de tipificar todas las conductas que merecen castigo como crímenes contra la humanidad de forma casuística. Sin embargo, una cláusula general podía vulnerar la exigencia de taxatividad requerida, por lo que finalmente se decidió incorporar una cláusula de “otros actos inhumanos”, que debía cumplir con los requisitos que se expondrán más adelante.⁸⁴

Como ya se ha mencionado precedentemente, el artículo 7.1 del ER⁸⁵ dispone que:

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes:

Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución, desaparición forzada, el crimen de apartheid, otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes

⁸⁴ WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3º Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 635.

⁸⁵ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En línea [<https://www.google.com/search?q=estatuto+de+roma&oq=estatuto+de+roma+&aqs=chrome..69i57j0l5.2111j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>]. Artículo 7º.

sufrimientos o atentos gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”.

Resulta importante destacar que los tribunales especiales incorporaron determinados actos que no se encontraban individualmente previstos en sus Estatutos, en la categoría de “otros actos inhumanos”, algunos de los cuales fueron luego añadidos al listado establecido en el ER de la CPI.

Así, por ejemplo, el Tribunal Especial para Sierra Leona⁸⁶ consideró que los actos de “matrimonios forzados” cumplían con los requisitos para ser considerados como parte de esta categoría.

En el contexto de la Guerra Civil de Sierra Leona, miles de mujeres fueron secuestradas y obligadas a convertirse en esposas de sus captores contra su voluntad, debiendo asumir dichas obligaciones, siendo violadas repetidas veces, y obligadas a cocinar, limpiar y cuidar a sus “maridos”.⁸⁷ En este caso, se estableció que no había dudas de la gravedad del sufrimiento soportado por las víctimas de matrimonios forzados durante el conflicto armado en Sierra Leona, o respecto de la conexión entre el sufrimiento y el acto del matrimonio.⁸⁸ El relato de las sobrevivientes fue fundamental para demostrar que la profundidad de su sufrimiento era comparable con el de otras víctimas de crímenes contra la humanidad, incluidas las víctimas de violación, esclavitud sexual, tortura, embarazos forzados y esclavitud.⁸⁹

Los argumentos que entrega la Cámara de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona, en orden a considerar los matrimonios forzados como “otros actos inhumanos constitutivos de CLH”, fueron que las víctimas habían sido dañadas físicamente, sometidas a actos de violación y violencia sexual, trabajos forzados, castigos corporales y privación de libertad. Muchas habían sufrido traumas, obligadas a ver mutilaciones de miembros de su familia cercana, antes de

⁸⁶ CEPSSL. Appeals Chamber. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu. 22.02.2008.

⁸⁷ CHENOR, Charles. *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy the impact for Africa and International Criminal Law*. Cambridge University Press. 2013. Página 193.

⁸⁸ CHENOR, Charles. *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy the impact for Africa and International Criminal Law*. Cambridge University Press. 2013. Página 204.

⁸⁹ CHENOR, Charles. *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy the impact for Africa and International Criminal Law*. Cambridge University Press. 2013. Página 204-205.

convertirse en las esposas de quienes cometieron estas atrocidades. Además, en los casos en que quedaron embarazadas, tanto la madre como el niño sufrieron el estigma social.⁹⁰

La Cámara además tomó especialmente en consideración la atmósfera de violencia en la que las mujeres fueron secuestradas, así como la vulnerabilidad de las víctimas, muchas de las cuales eran muy jóvenes o niñas al momento de los hechos.⁹¹ Asimismo consideró los efectos de la conducta de los perpetradores en la salud física, moral y psicológica de las víctimas, indicando que estos actos tienen una gravedad que constituyen CLH de esclavitud, tortura, violación, esclavitud sexual y violencia sexual.⁹² Finalmente, argumentó que los perpetradores, al obligar a sus víctimas a contraer matrimonio con ellos, eran conscientes de que su conducta causaría graves daños psicológicos a sus víctimas.

Paralelamente, teniendo en cuenta la sistematicidad de los hechos y que estos secuestros forzados se enmarcaron en un ambiente de coerción e intimidación, la Cámara consideró que los perpetradores no podían no tener conocimiento respecto de que su conducta era criminal. Este último punto, unido a que los matrimonios forzados involucran otros actos que sí son considerados crímenes internacionales como esclavitud, violación, esclavitud sexual, secuestro, entre otros.⁹³

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, por su parte, argumentó que el traslado forzado de personas, es lo suficientemente serio como para poder ser considerado como “otros actos inhumanos”.⁹⁴

Al revisar los actos individuales de actos inhumanos que contempla el ER, es posible apreciar que luego esta categoría de traslados forzados, es reconocida por dicho instrumento internacional.

⁹⁰ CEP SL. Appeals Chamber. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu. 22.02.2008. Párrafo 199.

⁹¹ CEP SL. Appeals Chamber. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu. 22.02.2008. Párrafo 200.

⁹² CEP SL. Appeals Chamber. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu. 22.02.2008. Párrafo 200.

⁹³ CEP SL. Appeals Chamber. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu. 22.02.2008. Párrafo 201.

⁹⁴ TPIY. Trial Chamber. Momcilo Perisic. 06.09.2011. párrafo 113. También en TPIY. Trial Chamber. Zdravko Tolimir. 12.12.2012. Párrafo 842.

Asimismo, la CPI estableció que, las “heridas corporales”, provocadas por las fuerzas pro *Gbagbo*, en la República Democrática del Congo, podían ser consideradas “otros actos inhumanos”, tomando en consideración el tipo de armas utilizadas (armas de fuego y machetes) y la naturaleza de las heridas sufridas por las víctimas, que causaron grave sufrimiento y serias heridas corporales.⁹⁵

A continuación, se revisarán los requisitos establecidos en el artículo 7.1.k de los elementos de los crímenes del ER de la CPI, para determinar cuándo se puede considerar que un acto puede ser considerado “otro acto inhumano” constitutivo de CLH.

II.5.1 Que el autor haya causado mediante un acto inhumano grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física

El TPIY⁹⁶ indicó que los daños físicos y mentales de carácter grave⁹⁷ resultan sin duda, un acto inhumano que desarrollado en el contexto de un ataque sistemático, asume las características de un CLH.

La gravedad del acto debe ser determinada caso a caso, tomando en consideración las circunstancias particulares.⁹⁸ Esas circunstancias pueden incluir la naturaleza de la acción u omisión, el contexto en el que ocurre, las circunstancias particulares de la víctima incluida edad, sexo, salud, y los efectos, físicos, psicológicos, mentales y morales que el acto u omisión genera a la víctima.

⁹⁵ CPI. Pre-Trial Chamber. Charles Blé Goudé. 11.12.2014. párrafo 120.

⁹⁶ TPIY. Trial Chamber. Tihomir Blaškić. 03.03.2000. párrafo. 239.

⁹⁷ TPIY. Trial Chamber. Dario Kordić. 26.01.2001. párrafo. 269. También en: TPIY. Appeals Chamber. Dario Kordić and Mario Cerkez. 17.12.2004. párrafo 117; TPIY. Trial Chamber. Milan Lukić and Sredoje Lukić. 20.07.2009. párrafo 960; TPIY. Trial Chamber. Zdravko Tolimir. 12.12.2012. párrafo 802. CEPSL. Trial Chamber. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao. 02.03.2009. párrafo 168.

⁹⁸ TPIY. Trial Chamber. Tihomir Blaškić. 03.03.2000. párrafo. 243

En el caso Milan Lukic,⁹⁹ el tribunal agregó que no era necesario que la víctima sufriera efectos a largo plazo derivados del acto, pero ello puede ser relevante para la evaluación de la seriedad del mismo.¹⁰⁰

II.5.2 Que tal acto haya tenido un carácter similar a cualquier otro de los actos constitutivos de CLH¹⁰¹

Este elemento resulta importante pues limita el concepto, de tal manera de no transgredir la exigencia de taxatividad,¹⁰² entendiendo que no cualquier acto debe ser considerado apto para ser constitutivo de “otros actos inhumanos”, sino que sólo aquellos de naturaleza y gravedad comparables a los otros actos a los que se refiere el párrafo 1 del artículo 7 del ER.¹⁰³

II.5.3 Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto

Una nota a pie de página de los elementos de los crímenes del ER establece que, debe entenderse que el vocablo “carácter” se refiere a la naturaleza y gravedad del acto, por lo tanto, se exige que el autor o autora haya sido consciente de aquellas circunstancias que determinaban la naturaleza y gravedad del acto particular que estaba ejecutando.

⁹⁹ TPIY. Trial Chamber. Milan Lukic and Sredoje Lukic. 20.07.2009. párrafo 961.

¹⁰⁰ TPIY. Trial Chamber. Milan Lukic and Sredoje Lukic. 20.07.2009. párrafo. 961

¹⁰¹ Elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional. En línea [<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>] 7.1.k). Según consta en el pie de Página del instrumento, “carácter” se refiere a la naturaleza y gravedad del acto. También en CEPISL. Trial Chamber. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao. 02.03.2009. párrafo 168.

¹⁰² WERLE, Gerard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3° Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 635.

¹⁰³ TPIY. Trial Chamber. Milan Lukic and Sredoje Lukic. 20.07.2009. párrafo 961.

II.5.4 Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil

Este requisito exige que, el acto en particular, pueda entenderse vinculado al ataque generalizado y sistemático cometido contra la población civil y no aislado del mismo, de manera de otorgarle a este acto particular la gravedad de los CLH.

Ahora bien, sólo el ataque -y no los actos individuales- deben ser generalizados o sistemáticos. Un solo acto del acusado puede constituir CLH si forma parte del ataque. Un acto del acusado puede constituir un ataque si es de gran magnitud, por ejemplo si se usa un arma biológica contra la población civil.¹⁰⁴

II.5.5 Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo

Lo que se exige es que el acusado tenga conocimiento del más amplio contexto en que las acciones se llevan a cabo, denominado “ataque contra la población civil”¹⁰⁵

El acusado no necesita ser un creador del ataque, no necesita estar involucrado en la formación de ninguna política y no necesita estar afiliado con ningún Estado u organización ni siquiera compartir los objetivos ideológicos del ataque.¹⁰⁶ Tampoco

¹⁰⁴ VAN DER WOLF, Willem-Jan. Crimes against humanity. International courts association. 2011. Página 25.

¹⁰⁵ VAN DER WOLF, Willem-Jan. Crimes against humanity. International courts association. 2011. Página 26.

¹⁰⁶ VAN DER WOLF, Willem-Jan. Crimes against humanity. International courts association. 2011. Página 25.

es necesario que los actos del acusado sean los mismos actos que se cometen durante el ataque.¹⁰⁷

Tampoco se exige que el autor actúe motivado por la política del Estado o de la organización. Respecto de este punto se suele citar el caso denominado J y R conocido por el Tribunal Supremo alemán en que sentenció por crímenes contra la humanidad a un alemán que había denunciado a la policía a otros dos alemanes por escuchar una emisora de radio extranjera prohibida, con lo cual las personas habían sido enviadas a prisión y muertas por las condiciones de internamiento.¹⁰⁸

¹⁰⁷ VAN DER WOLF, Willem-Jan. Crimes against humanity. International courts association. 2011

¹⁰⁸ CASSESE, Antonio. International Criminal Law. Oxford. 2003. Página 81. En MENDOZA, Silvia. La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: El caso Scilingo. Revista Estudios de la Justicia N°6. 2005. Página 93.

CAPÍTULO III: SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO TIPO A LOS ELEMENTOS DE LOS CLH ESTABLECIDOS POR EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

III.1 Subsunción de los hechos del caso tipo al Derecho Internacional aplicable en relación al elemento de contexto de los CLH

III.1.1 Ataque

En este apartado, en primer lugar, se describirá en términos generales el contexto que vivió Chile entre septiembre del año 1973 y marzo del año 1990, para luego poder realizar el ejercicio de subsunción respecto del elemento “ataque” de los CLH. Lo anterior es relevante, por cuanto este contexto supuso el escenario en el que se enmarcaron múltiples conductas constitutivas de delito, así como también miles de casos de sustracción de menores –a los que se hizo referencia en el capítulo primero- y en específico el caso tipo planteado en este trabajo.

El informe Rettig explica cómo, luego de septiembre del año 1973, los Institutos Armados y de Orden, a través de la Junta de Gobierno, asumieron de manera conjunta el poder ejecutivo (Decreto ley N°1), legislativo y constituyente (Decreto Ley N°128)¹⁰⁹, instaurando un régimen totalitario con el objetivo de imponer –a través del uso de la fuerza- su ideología; e instaurando, de esta manera, una nueva institucionalidad, política, económica y social para Chile.

El objetivo fue mantener el control absoluto de la Nación, lo que se configuró a través de un sistema de plenos poderes, que finalmente se materializó en los siguientes acontecimientos: (i) Disolución del Congreso y del Tribunal Constitucional; (ii) proscripción y receso de partidos políticos; (iii) caducidad e incineración de los Registros Electorales; (iv) cesación de alcaldes y regidores; (v)

¹⁰⁹ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Tomo I. Página 42.

estados de emergencia, “estado de sitio”, entendiéndose estado de guerra para los efectos de la aplicación del Código de Justicia Militar; (vi) control de la actividad sindical; (vii) intervención de las Universidades; (viii) Censura de los medios de comunicación.¹¹⁰

Luego, en la forma de ejercicio del poder, el mando se ejerció de manera vertical, presidiendo la Junta el Comandante en Jefe del Ejército, a quién se le otorgó el título de Jefe Supremo de la Nación (Decreto Ley N°527) sustituido luego, por el Presidente de la República/ Comandante en Jefe, dotado de una inigualable suma de poderes. Su titular gobernaba y administraba el país, además de integrar y presidir la Junta de Gobierno. La profundidad y extensión de poder se complementaba, amplificándolo todavía más por el uso de los estados de excepción durante todo el régimen, cargo que asumió Augusto Pinochet durante todo este periodo¹¹¹

El sistema de plenos poderes, demuestra el control absoluto que mantenía Augusto Pinochet en Chile, durante la dictadura, quien al respecto incluso llegó a indicar que: “En este país no se mueve ni una hoja sin que yo lo sepa”¹¹²

Ahora bien, luego de esta breve descripción del periodo -que tenía como objetivo graficar el inigualable poder que detentaban aquellos que habían tomado el poder a través del uso de la fuerza y en especial el Comandante en Jefe/Presidente de la República- corresponde ahora analizar el elemento “ataque.

Según la definición entregada en el capítulo anterior, un ataque supone una línea de conducta que implica la comisión múltiple de actos, de aquellos descritos en el párrafo 1 del artículo séptimo del ER.

En este contexto, en el que existía un control total de la cabalidad del territorio nacional; unido a la necesidad de represión de ciertas personas, que en la creencia

¹¹⁰ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo I. Páginas 58-61.

¹¹¹ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo I. Página 47-48.

¹¹² MUY INTERESANTE. Revista. Cultura. “13 frases célebres de Augusto Pinochet”. En línea [\[https://www.muyinteresante.es/cultura/arte-cultura/articulo/13-frases-celebres-de-augusto-pinochet-171418223797\]](https://www.muyinteresante.es/cultura/arte-cultura/articulo/13-frases-celebres-de-augusto-pinochet-171418223797).

de sus agentes podría desestabilizar el régimen, así como el ánimo de eliminar a sujetos que se creían “indeseables” para la sociedad, se convirtió en el escenario propicio para la comisión de actos criminales de forma reiterada, encabezados por los grupos militares y civiles a lo largo de todo el país, y de forma permanente desde el año 1973 al año 1990.

Actualmente, según se demostrará más adelante en este trabajo, se encuentran debidamente documentados los siguientes delitos: asesinatos, deportaciones, encarcelaciones (denominadas detenciones ilegítimas), torturas, violaciones y otras formas de violencia sexual, desapariciones forzadas de personas¹¹³, y según propone este trabajo “otros actos inhumanos”, ejecutándose diversas acciones típicas repetidamente.

La línea de conducta que definió la forma de ejercicio de la violencia, consistió fundamentalmente en el intento de controlar la totalidad del territorio, y de represión, tanto en la búsqueda de la obediencia, como buscando eliminar a ciertos grupos de personas consideradas como “indeseables”.

Las atrocidades cometidas en este periodo –que se detallarán más adelante- se vieron agravadas por el hecho de que estos actos delictuales gozaron durante años de un manto de impunidad, materializado a través de la abstención de los Tribunales de Justicia, ante las graves violaciones de DD.HH. cometidas en el periodo. En este contexto, el Poder Judicial no sólo no brindó protección a las víctimas en los casos denunciados, sino que además, otorgó a los agentes represivos una creciente certeza de impunidad por sus acciones delictuales, cualquiera fueran las variantes de agresión empleadas.¹¹⁴

Para entender el ataque que se ejecutó en el periodo en contra de una población civil, resulta necesario comprender cuál era la ideología en la que se sustentaba el régimen, por lo que a continuación se realizará una breve exposición del mismo.

La doctrina que sustentaba el régimen cívico-militar fue develada días después del 11 de septiembre del año 1973 por el propio Augusto Pinochet, quien estableció

¹¹³ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo II. Páginas 480-482.

¹¹⁴ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo I. Página 95-104.

que “el gobierno militar no era de transición, pues su objetivo era transformar económica, social y políticamente el país, surgiendo un nuevo Chile”.¹¹⁵

En esta pretendida transformación, no sólo los militares fueron relevantes, sino que también cobraron protagonismo muchos civiles.

Entre los civiles que participaron activamente se encontraban jóvenes gremialistas, que participaron en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile (octubre de 1973), un documento que buscaba sentar las bases doctrinarias a las cuales se ajustaría la acción de la dictadura.¹¹⁶

Otro grupo de civiles que resultó fundamental para dotar de contenido la ideología de la dictadura, fueron los jóvenes economistas estudiantes de Universidades norteamericanas, neoliberales en su disciplina y en su concepción de la sociedad y del hombre. Estos profesionales, antes del 11 de septiembre del 1973, contactaron con la Armada y prepararon un completo plan económico¹¹⁷ donde el Estado tuviese el menor papel posible y la iniciativa particular el mayor¹¹⁸, el que se denominó “el ladrillo”.

La autora Naomi Klein¹¹⁹ sostiene que las propuestas económicas que aparecen en el documento final se parecían asombrosamente a las que hace Milton Friedman en Capitalismo y Libertad, las que consistían fundamentalmente en privatización, desregulación y recorte del gasto social, y que los economistas chilenos educados en Estados Unidos habían tratado de introducir esas ideas pacíficamente dentro de los confines del debate democrático, pero habían sido rechazadas de forma abrumadora.

¹¹⁵ VALDIVIA, Verónica. “¡Estamos en guerra, señores!”. El régimen militar de Pinochet y el pueblo”, 1973-1980. Scielo. [En línea https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942010000100005]. Página 3.

¹¹⁶ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo I. Página 49.

¹¹⁷ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo I. Página 49-50.

¹¹⁸ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo I. Página 50.

¹¹⁹ KLEIN, Naomi. La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre. Colaboración con Editorial Planeta. 2007. Página 112.

El régimen profesaba un discurso abiertamente antimarxista, que cobra fuerza en la época por el contexto mundial de la Guerra Fría. Lo anterior quedó de manifiesto al divulgarse la Declaración de Principios del Gobierno de Chile. En dicho documento, la Junta declaró que rechazaría toda concepción que supusiera y fomentara un antagonismo irreductible entre las “clases sociales”, agregando que conforme a la inspiración Portaliana que lo guiaba, el gobierno de las Fuerzas Armadas y de orden ejercerían con energía el principio de autoridad sancionando drásticamente todo brote de indisciplina o anarquía.¹²⁰ Con esto, quedó de manifiesto que, aun cuando el régimen cívico-militar tenía una ideología abiertamente antimarxista, en realidad, los grupos políticos vinculados a la izquierda no serían los únicos reprimidos, sino que la violencia estaría dirigida en contra de todos quienes pudiesen -de algún modo- poner en peligro el régimen, o bien, ser considerados sujetos indeseables para el mismo.

En resumen, la ideología global de la dictadura supuso cambiar el modelo político, social y económico en Chile, instaurando un sistema completamente nuevo. Para llevar a cabo lo anterior, se ejecutó una línea de conducta de múltiples actos criminales cuyo objetivo fue controlar la totalidad del territorio y atacar y reprimir a todos aquellos grupos de individuos que tuviesen la capacidad potencial de ser un riesgo para el sistema o bien no ser sujetos o grupos “deseables” para el mismo.

En este orden de ideas, lo que propone este trabajo es que la pobreza era entendida, en este segundo grupo, es decir como sujetos indeseables para el régimen y por lo tanto objeto de ataque, por lo que se toleró que funcionarios públicos concertados con particulares, sustrajeran menores de la esfera de custodia de sus madres –vulnerables socialmente- para poder dar a las niñas y niños en adopción en el extranjero.

En cuanto al elemento político del ataque, según se explicó en el capítulo anterior, es necesario que el Estado u organización, promueva o aliente activamente un ataque de esa índole contra la población civil. Lo anterior puede ser ejecutado a través de acciones o bien a través de una omisión deliberada de actuar que apuntase conscientemente a alentar un ataque de este tipo.

¹²⁰ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo I. Página 62.

La política del Estado de Chile en relación con los crímenes acaecidos en Chile fue activa y pasiva simultáneamente. Fue activa en cuanto a conductas que implicaron asesinatos, torturas, violación, violencia sexual, deportaciones, detenciones ilegítimas y pasivas a través de la omisión deliberada de actuar, en relación con los actos de sustracción de menores, al ser permitido que agentes del propio Estado – que no eran militares a la cabeza del poder- utilizaran el aparataje estatal, a través de sus diferentes órganos, para la comisión de estos crímenes, ejecutados a gran escala y de forma permanente en el tiempo.

La política pasiva del Estado supuso la tolerancia de estos actos, como parte del plan mayor de represión, control y específicamente en el caso de las personas pobres de desprecio hacia ellos, como sujetos indeseables tanto para el régimen como para la transformación económica del país que pregonaban.

Que existió un desprecio por parte de los actores de la dictadura por las personas pobres es una tesis sostenida por la historiadora Karen Alfaro –previamente citada en este trabajo- quien declara lo siguiente:

“Nuestra hipótesis de trabajo propone que durante la dictadura se desarrollaron prácticas por parte de profesionales vinculados al tratamiento de la infancia, que facilitaron la apropiación de menores y posteriores adopciones irregulares. Lo anterior se explicaría por las prácticas de estos profesionales en las que se encarna la actitud “salvacionista del régimen” unido a un enfoque ideológico marcado por el odio de clase, que ve en las familias pobres, sujetos no aptos para desarrollar la protección de los menores. En función de lo señalado las prácticas de profesionales que son parte del aparato público durante la dictadura militar se caracterizan por el abuso de poder sobre los sectores populares. Esta lógica de ejercicio de poder se entienden como parte del supuesto proyecto civilizatorio del régimen.”¹²¹

Este punto será profundizado al realizar la subsunción del elemento “ataque contra la población civil” analizando específicamente a las víctimas de la dictadura.

Ahora bien, antes de poder asegurar que fueron conductas “toleradas” por los militares que controlaban el territorio nacional –y llevaban a cabo un ataque contra

¹²¹ ALFARO, Karen. Una aproximación a las apropiaciones de menores y adopciones irregulares bajo la dictadura militar en el sur de Chile (1978-2016). Memorias de Alejandro. Revista Austral de Ciencias Sociales. (39). 2018.

la población civil—es necesario preguntarse si quienes detentaban el poder central estaban en conocimiento de estos hechos de sustracción de menores, cometidos por agentes del Estado, pues para tolerar una conducta es necesario primeramente estar en conocimiento de la misma.

Por un lado, es necesario considerar el contexto en que se llevan a cabo estos actos de sustracción de menores. Se trata de una dictadura que instauró un régimen del terror, y que controlaba absolutamente todo el territorio, con permanente estado de excepción a lo largo del mismo. Además, liderado por un Presidente/Comandante en Jefe, dotado de una inigualable suma de poderes y diversos centros de inteligencia.

Paralelamente, hay que advertir que los hechos de sustracción de menores se ejecutan en el marco del aparataje estatal, del que los militares se encuentran siempre a la cabeza —dada la estructura vertical del poder— y adquieren una dimensión de gran envergadura, ya que se lleva a cabo con la participación de múltiples funcionarios y funcionarios públicas, coordinados permanentemente y por conductas verificadas a lo largo de todo Chile y de forma permanente en el tiempo. De manera que participan médicas y médicos, enfermeras, enfermeros, asistentes sociales, juezas y jueces, así como otros funcionarios de tribunales, profesionales del Registro Civil e Identificación, entre otros. En definitiva, estas conductas alcanzaron tal nivel de organización planificación y magnitud, que resulta poco plausible creer que esto sucediera sin el conocimiento de la cúpula del Estado.

Finalmente, en cuanto a este punto, un dato concreto que permite desprender que quienes detentaban el poder, efectivamente tenían conocimiento de estos hechos se encuentra en la circular N° 103, dictada con fecha 26 de junio del año 1980, por el Servicio Nacional de Salud, en la que consta lo que sigue:

“Reitera instrucciones sobre menores abandonados en establecimientos del Servicio Nacional de Salud

Mediante Circular N°71, de 2 de mayo de 1978, esta Superioridad impartió instrucciones acerca del procedimiento que corresponde seguir en el caso de menores que son abandonados en establecimientos asistenciales del Servicio.

Por medio del Ministerio de Justicia, se ha tenido conocimiento que matrimonios especialmente extranjeros, habrían obtenido la entrega y tuición

de menores abandonados en los establecimientos dependientes del servicio mediante el uso de procedimientos irregulares, que transgreden las normas de la referida Circular y que en algunos casos podrían configurar ilícitos penales como la suplantación de estado civil o la simulación de parto. En atención a lo anterior, se ha estimado necesario reiterar la observancia de las siguientes instrucciones relativas a la materia:

1.- Queda estrictamente prohibido cualquiera sean las circunstancias que el personal de los Hospitales, maternidades y otros establecimientos del Servicio Nacional de Salud, sea cual fuere su calidad jerárquica, proceda a entregar o autorizar la entrega de menores abandonados en esos establecimientos, a terceros que deseen adoptarlos, legitimarlos adoptivamente o hacerse cargo de su cuidado personal (...).

Dr. Augusto Schuster Cortes, delegado del Gobierno, Servicio Nacional de Salud.”

La circular demuestra que en el año 1980 las autoridades del gobierno dictatorial ya habían tomado conocimiento de procedimientos irregulares vinculados a adopciones de niños en el extranjero, por lo que la política de los altos mandos estatales, fue de tolerancia respecto de estos actos criminales cometidos por sus propios agentes. Todo, con el objetivo de permitir que estos actos se siguieran cometiendo en el marco del mismo aparataje estatal –fundamentalmente por el desprecio a las personas pobres – asegurando además la absoluta impunidad los perpetradores.

III.1.2 Que el ataque sea generalizado o sistemático

En Chile actualmente no es discutido que el régimen cívico-militar ejecutó un ataque contra la población civil que cumplía las características de ser generalizado y a la vez sistemático, lo que se demuestra, por ejemplo, en informes reconocidos por el Estado de Chile, específicamente el informe Rettig y el informe Valech. Además la Corte Suprema se ha pronunciado respecto a este punto, así como también la Corte IDH.

En este punto, cabe recordar que el ataque contra la población civil es el que debe cumplir con los requisitos de ser generalizado o sistemático, y no los actos individuales –por ello un solo acto puede ser considerado CLH si se ejecuta como parte del ataque- por lo que lo que debe demostrarse es que el ataque que sufrió la población civil por parte del Estado de Chile cumplía con estas características y no así los actos de sustracción de menores en particular.

En cuanto al carácter generalizado del ataque, cabe recordar que se trata de un elemento cualitativo, que supone que el ataque sea realizado a gran escala, es decir, sobre un área geográfica vasta o contra un número significativo de víctimas, excluyendo por tanto los actos aislados de violencia o producidos al azar.

Al respecto, se puede indicar que los actos de violencia fueron ejercidos durante todo el régimen cívico-militar, y a lo largo de todo Chile, es decir, sobre un área geográfica vasta.

En relación al número de víctimas, el Estado ha acreditado un importante número de víctimas, a las que además habría que agregar una importante “cifra negra”, es decir aquellos casos que no pudieron ser demostrados. Al respecto una investigación realizada por Mónica González indica que:

“Una investigación ordenada por el General Augusto Pinochet y realizada entre marzo y abril de 1976 por su ministro de Defensa, general Herman Brady sobre los “juicios instruidos contra personal del Ejército por abuso de sus funciones” revela episodios desconocidos de violencia indiscriminada después del Golpe, agrega numerosas víctimas que no aparecen en el informe Rettig y demuestra que las autoridades del régimen conocieron los crímenes y sepultaron sus huellas.”¹²²

Se pueden identificar ciertos grupos de víctimas, como por ejemplo, personas asesinadas, detenidas y detenidos desaparecidos, personas torturadas, personas deportadas, y -según se propone en este trabajo- niñas y niños sustraídos de la esfera de custodia de sus madres.

¹²² GONZÁLEZ, Mónica. El informe secreto de Pinochet sobre los crímenes. CIPER CHILE. En línea [<https://ciperchile.cl/2013/09/10/el-informe-secreto-de-pinochet-sobre-los-crimenes/>].

El Estado de Chile reconoció a un grupo de víctimas de la dictadura en el Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación –conocido como informe Rettig- creada el día 9 de mayo del 1990, mediante Decreto Supremo N°355¹²³.

Luego, reconoció a otro grupo de víctimas a través de los informes de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura –conocidos como informe Valech-. La Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura, o Comisión Valech, fue creada el 26 de septiembre de 2003 por el Decreto Supremo N°1.040 como órgano asesor del Presidente con el objetivo de determinar quiénes fueron víctimas de privación de libertad y torturas por razones políticas por actos de agentes estatales entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.¹²⁴

El informe Rettig demostró la existencia de 2.298 víctimas,¹²⁵ siendo consideradas como tales únicamente a los detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que apareciere comprometida la responsabilidad moral del Estado, por actos de sus agentes o de personas a su servicio, como asimismo los atentados contra la vida de personas cometidas por particulares bajo pretextos políticos.

Por su parte, la Comisión Nacional Sobre Prisión Política y Tortura, al día 28 de noviembre del año 2004, reconoció un total de 27.255 personas,¹²⁶ en su primer informe y 9.795 víctimas¹²⁷ en el segundo informe, lo que finalmente supone un total de 36.948 personas víctimas de prisión por razones políticas y de tortura..

Finalmente, en caso de entender que los casos de sustracción de menores acaecidos durante la dictadura también fueron parte del ataque contra la población

¹²³ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. En línea [<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-94640.html>]. Tomo I Volumen I. Página 3.

¹²⁴ INFORME DE CMI. Comisiones de la Verdad de Chile. Verdad y reparaciones como política de Estado. CHR Michelsen Institute, número 14. 2018. Página 36.

¹²⁵ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Tomo I, II, III. En línea [<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-94640.html>]. Anexo VI. página 945.

¹²⁶ INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PARA LA CALIFICACIÓN DE DETENIDOS DESAPARECIDOS, EJECUTADOS POLÍTICOS Y VÍCTIMAS DE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA En línea [<https://www.indh.cl/destacados-2/comision-valech/>]. Nómina de personas reconocidas como víctimas. Página 539.

¹²⁷ INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PARA LA CALIFICACIÓN DE DETENIDOS DESAPARECIDOS, EJECUTADOS POLÍTICOS Y VÍCTIMAS DE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA En línea [<https://www.indh.cl/destacados-2/comision-valech/>]. Nómina de personas reconocidas como víctimas. Valech 2. Página 194.

civil, a las víctimas reconocidas oficialmente por el Estado chileno, se deben agregar los miles de casos de niñas y niños que fueron sustraídos al nacer de la esfera de custodia de sus madres, por agentes del Estado.

Aun cuando, dado el avance de las investigaciones actuales no resulta factible establecer el número exacto de casos de sustracción que se verificaron en el periodo en estudio, hay indicios que permiten presumir que parte importante de este número se verificó justamente entre septiembre del año 1973 y marzo del año 1990. En primer lugar, de las denuncias, así como los antecedentes en relación con los casos de sustracción de menores en Chile, se desprende que la mayoría de éstos – salvo contadas excepciones- se verifican en el periodo de la dictadura. En segundo lugar que, como se explicó en el capítulo primero de esta presentación, las tuiciones y las autorizaciones de salidas del país de niños tuvieron un elevado incremento en el periodo en cuestión, y hoy en día sabemos que gran parte de las niñas y niños que fueron sustraídos ilícitamente fueron trasladados al extranjero.

Para analizar el elemento sistemático del ataque, se propone en este trabajo distinguir entre los distintos tipos de víctimas reconocidas.

Respecto de los actos de asesinato, tortura, violación y violencia sexual –entre otros- uno de los hechos que da cuenta a simple vista de esta característica del ataque, es la constitución de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) a través del Decreto Ley N°521, dictado el día 14 de junio del año 1974. En definitiva, se trataba de un organismo militar de carácter “técnico profesional”, cuya misión era reunir información fundamentalmente para llevar adelante la represión. Este organismo funcionó como una verdadera organización criminal¹²⁸ y para el año 1977 fue reemplazado por la Central Nacional de Informaciones (en adelante, “CNI”)¹²⁹. En los recintos secretos de detención de la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) se practicaron sistemáticamente malos tratos y tortura.¹³⁰ Dentro de sus prácticas habituales se pueden señalar, la aplicación de electricidad a los prisioneros, los “colgamientos” o suspensión de la víctima de muñecas o muñecas y

¹²⁸ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen 1. Tomo 2. Página 449.

¹²⁹ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Tomo I, II, III. En línea [<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-94640.html>]. Página 450.

¹³⁰ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. En línea [<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-94640.html>]. Volumen 1 Tomo 2. Página 478.

rodillas por largos periodos de tiempo, hundimiento de la cabeza del detenido en agua sucia hasta el punto de asfixia o en una bolsa de plástico, golpes con pies y manos, cadenas o culetazos, privación de alimento y de agua, violación o vejámenes sexuales, tortura de carácter psicológico, o la realización de actos aberrantes con empleo de animales.¹³¹

Respecto de las víctimas de detenciones ilegítimas (encarcelaciones) uno de los elementos que da cuenta del carácter sistemático del ataque son los recintos de detención en los que se realizaban los “interrogatorios”. Estos fueron habilitados a lo largo de todo el territorio nacional. destacando por ejemplo Pisagua en la Primera Región, Campamento de Prisioneros de Tejas Verdes (Quinta Región), Isla Quiriquina (Octava Región), Isla Dawson (Duodécima Región) y en la capital el Estadio Nacional, que alcanzó a tener unos siete mil detenidos al día 22 de septiembre de 1973, según estimaciones de la Cruz Roja.

Finalmente, respecto de las personas víctimas de sustracción de menores en Chile, estos actos siguieron patrones de conductas determinados, descartándose que puedan ser entendidos como casos aislados o esporádicos según lo indicado en el capítulo primero de esta presentación. En efecto, se trata de sustracciones de niñas y niños que se llevan a cabo a lo largo de todo Chile, permanentemente en el tiempo, bajo exactamente el mismo *modus operandi*, de mujeres que concurrían a Hospitales Públicos, y una vez que les quitaban a sus hijas e hijos les indicaban que éstos habían muerto, negándoles posteriormente cualquier información respecto del cadáver de los lactantes para poder así darlos en adopción principalmente en el extranjero.

En conclusión, la sustracción de menores en nuestro país supuso una verdadera organización dedicada al robo de niños de manera sistemática, a lo largo de todo Chile, que necesitó de una gran coordinación entre funcionarios públicos y particulares. Estos profesionales se valieron del aparataje estatal para tales efectos, y contaron con el apoyo de particulares, que captaban a los lactantes para entregarlos a familias de adopción. De esta manera, alrededor de 20.000 niñas y niños fueron sustraídos, por medio del engaño de la esfera de custodia de sus

¹³¹ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. En línea [http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-94640.html] Volumen 1 Tomo 2. 479-480.

madres, siendo hechos verificados en su gran mayoría en el contexto de la dictadura cívico-militar.

Finalmente, es posible concluir que todos estos actos criminales tienen como elemento unificador la participación de agentes del Estado, siendo en algunos casos cometidos activamente, y en otros casos –específicamente en los casos de sustracción de menores- tolerados por los mismos, en contra de personas “indeseables” para el régimen.

III.1.3 Que el ataque se dirija contra una población civil

Entendiendo población civil como un grupo de personas que comparten características comunes y que no forman parte del ataque del que proviene la violencia, es necesario ahora determinar quiénes fueron las víctimas de la dictadura, y cuáles eran sus características comunes.

En este apartado se pretende demostrar que, aun cuando se ha tendido a analizar a las víctimas de la dictadura en relación a personas vinculadas con ideologías políticas de izquierda, el espectro de individuos que sufrieron sus horrores resulta muchísimo más amplio, situación que permite comprender la razón por la cual este trabajo propone que, los menores sustraídos en dictadura fueron asimismo víctimas del régimen dictatorial.

El ataque fue cometido por el Estado de Chile, en contra de su propia población. En cuanto a las características comunes que compartían sus víctimas, ellas en un 98.09% de los casos registrados por la comisión Rettig eran de nacionalidad chilena, sin que fueran afectados extranjeros por regla general.¹³²

En cuanto a las “otras víctimas de la dictadura” no vinculados a grupos político de izquierda, se encuentran por ejemplo, aquellos considerados “antisociales“, según consta de manifiesto en el informe Rettig:

¹³²INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I Tomo II. Página 945.

“También ha conocido la comisión de casos de ejecuciones selectivas de pretendidos delincuentes. La eliminación de supuestos antisociales es otra forma de “limpieza” que interesa recordar para el análisis del fenómeno de ésta. El paralelismo con los ejecutados políticos es evidente: los unos- según la idea de sus verdugos- dañan a la sociedad por sus doctrinas y actividades político sociales, los otros por acciones criminales de tipo común; éstos y aquellos son delincuentes por igual y la sociedad se libra de todos quitándoles la vida. Caso relevante es el de algunas personas que aparecieron inhumadas clandestinamente en la fosa colectiva de Pisagua (...) –que- no tenían vinculaciones políticas, sino que pretendidos lasos –no comprobados o comprobados falsos- con el tráfico de drogas. Pero el ejemplo de Pisagua se repite a lo largo de todo el país, en las grandes ciudades como en los villorios rurales: delincuentes habituales; alcohólicos consuetudinarios, hombres violentos que golpean a sus mujeres o protagonizan incidentes con los vecinos, jóvenes drogadictos, o que inician una carrera de pequeños delitos; etc., aparecen muertos en las calles; o a la vera del camino; o misteriosamente en la Morgue, de dos tres disparos. O al revés desaparecieron. En todos estos casos está implícita la idea de perversa de que la sociedad se ha liberado drásticamente, de un elemento indeseable y perjudicial.”¹³³

Otras de estas víctimas fueron personas objeto de uso indebido de la fuerza, o abusos de poder sin motivación política alguna. Por ejemplo, personas asesinadas en un toque de queda o en manifestaciones. En esta categoría, la Comisión registró 131 víctimas de violencia en manifestaciones colectivas.¹³⁴ Además, existen casos de mapuches y campesinos muertos o que sufrieron desaparición como resultado de acciones represivas.¹³⁵

Respecto de la represión a mapuches, la dictadura llevó a cabo un proceso de persecución y represión en todo el país, pero que en la Araucanía adquirió características particularmente virulentas, represión que tenía directa relación con la participación de los mismos en la reivindicación de tierras, siendo las mayoría de

¹³³ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen I. Tomo I. Página 115-116.

¹³⁴ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen II. Tomo I. Página 709.

¹³⁵ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen II. Tomo I. Página 474.

las víctimas de ejecuciones y desapariciones de origen mapuche campesinos u obreros agrícolas sin militancia política.¹³⁶

Asimismo, una noticia del sábado 18 de junio del año 1988 –que se encuentra en el registro histórico del Museo de la Memoria y los Derechos Humanos- demuestra denuncias de violaciones a derechos humanos de niños en la dictadura. La noticia señala que el Departamento del Niño y el Adolescente, de la Comisión Chilena de Derechos Humanos, dio a conocer un cuadro de violaciones a los derechos de los menores durante los años de dictadura, específicamente en 1987 a nivel de estadísticas. Expusieron las situaciones de represión, desaparecimiento, asesinatos, torturas, exilio y detenciones de los menores de edad durante el régimen militar y entregaron estadísticas correspondientes al año 1987, donde señalan que en ese periodo 398 menores sufrieron violaciones a sus derechos, de los cuales 246 fueron detenidos en lugares no habilitados para ello y 72 fueron víctimas de tratos crueles, entre otros torturas físicas.¹³⁷

De forma paralela, las personas más pobres de la sociedad también sufrieron el ataque –directo- de la dictadura, de manera que fueron comunes los allanamientos masivos a poblaciones.

La revista Solidaridad, de la Vicaría de la Solidaridad¹³⁸, en su número 149, relata que, en los días previos al año nuevo (año 1983) las poblaciones Nuevo Amanecer en La Florida y 14 de Enero en La Cisterna, fueron objeto de vastos operativos policiales. Cada cierto tiempo –explica la revista- las fuerzas de Carabineros y de Investigaciones, con el apoyo de agentes de la CNI e incluso de personal del Ejército, efectuaban allanamientos y redadas masivas en los sectores populares, reteniendo ilegalmente a centenares de pobladores. Concluye el artículo de la revista que, durante 1982- la pesada mano de la represión se dejó sentir en más de una oportunidad en las poblaciones de Santiago.

¹³⁶YAÑEZ, Nancy, MOLINA, Raúl y CORREA, Martín. La reforma agraria y las tierras mapuches. LOM Ediciones. 2005.277-278.

¹³⁷ MUSEO DE LA MEMORIA Y LOS DERECHOS HUMANOS. Centro de documentos. Prensa. “Derechos de los niños” Fortin Mapocho. 1988.

¹³⁸ REVISTA SOLIDARIDAD. Vicaría de la Solidaridad. N°149. Enero de 1983. En Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Página 19.

Asimismo, en el número 160 de la revista Solidaridad del año 1983, se denuncia que Carabineros hizo redadas o allanamientos en la población Las Palmas, Pudahuel, Renca, San Bernardo, siendo en el último sitio apresadas personas que transitaban por las calles, y conducidas a la Comisaría Santa Laura, en donde fueron golpeadas, pisoteadas e insultadas.¹³⁹

Asimismo, un grupo de Carabineros habría atacado el Pasaje Platón de la Villa Sur, causando graves destrozos y provocando el pánico de los moradores en una acción de inusitada violencia. Los afectados relataron que ellos se encontraban en el interior de sus domicilios, cuando los Carabineros equipados con cascos y escudos y tapándose el rostro con gorros pasamontañas, procedieron a someterlos a un bombardeo de bombas lacrimógenas, las que caían al interior de sus casas o de sus patios, produciendo una situación de pánico.¹⁴⁰

El informe Rettig por su parte se refiere a la situación de los allanamientos a las poblaciones. Expone el 14 de mayo del año 1983, Fuerzas militares de Carabineros, Investigaciones y civiles, allanaron varios sectores de la zona Sur de Santiago. A las 5:00 am se llamó a levantarse a todos los hombres mayores de 14 años, quienes serían recogidos en la puerta de sus casas. En ese minuto, los efectivos irrumpieron con violencia llevándose los objetos que ellos estimaron de carácter subversivo.¹⁴¹

Los allanamientos permanentes que realizaban los agentes del Estado en las distintas poblaciones dan cuenta que efectivamente, los miembros del aparato central de la dictadura entendieron la pobreza como una irregularidad social que debía ser reprimida y controlada, evidenciando un notorio desprecio por estas personas.

La doctora en estudios americanos, Verónica Valdivia, va un paso más allá, indicando que en general los análisis sociológicos y politológicos de la época sostenían la existencia de una íntima relación entre el subdesarrollo y la seducción

¹³⁹ REVISTA SOLIDARIDAD. Vicaría de la Solidaridad. N°160. Julio de 1983. En Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Página 14.

¹⁴⁰ REVISTA SOLIDARIDAD. Vicaría de la Solidaridad. N°160. Julio de 1983. En Museo de la Memoria y los Derechos Humanos. Página 19.

¹⁴¹ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Volumen II. Tomo I. Página 706.

alcanzada por el marxismo, auspiciando la urgencia y la idea de derrotarlo.¹⁴² Lo anterior, en estrecha relación con la política adoptada por el régimen cívico-militar en cuanto a que la intervención militar proclamaba como objetivo el desarrollo económico. Esto se traducía en la participación de tecnócratas en los diseños de esas políticas, así para la oficialidad, el mejoramiento económico era lo que haría posible un mayor bienestar social, ayudando a neutralizar el atractivo marxista.¹⁴³ En palabras de la autora, esto era lo que planteaba el principal documento emanado del mundo militar:

“La extrema pobreza atenta contra la dignidad y priva al país de la plena utilización de su potencial humano; luego la marginalidad activa y pasiva serán combatidas hasta reducirlas, en el corto y mediano plazo y, en definitiva, lograr obtener la erradicación de la pobreza. Esa será una de las tareas prioritarias del gobierno (para lo cual) se volcarán los recursos de los distintos sectores y ministerios que deben comprometerse en esta acción”.¹⁴⁴

Es posible concluir que –a diferencia de lo que tradicionalmente se piensa- las diferencias políticas no fueron el único factor que implicó que determinados miembros de la sociedad civil fueran considerados “enemigos del régimen” y por tanto, fuesen atacados. De esta manera, fueron víctimas del ataque otros individuos despreciados por los atacantes, tales como criminales de tipo común, personas vinculadas –o que se creía vinculadas a las drogas-, personas que se catalogaban como “violentas”, personas que participaban de manifestaciones, mapuches, campesinos, entre otros.

Por otra parte, existió un desprecio por la pobreza que, como vimos, fue causal suficiente para perseguir y violentar por parte del aparato estatal. Lo anterior,

¹⁴² VALDIVIA, Verónica. “¡Estamos en guerra, señores!”. El régimen militar de Pinochet y el pueblo”, 1973-1980. Scielo. [En línea https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942010000100005]. Página 6.

¹⁴³ VALDIVIA, Verónica. “¡Estamos en guerra, señores!”. El régimen militar de Pinochet y el pueblo”, 1973-1980. Scielo. [En línea https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942010000100005]. Página 6.

¹⁴⁴ Líneas de acción de la Junta de Gobierno de Chile. 10 de marzo de 1974. VALDIVIA, Verónica. “¡Estamos en guerra, señores!”. El régimen militar de Pinochet y el pueblo”, 1973-1980. Scielo. [En línea https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942010000100005]. Página 6.

facilitado por el contexto de la dictadura, en que se encontraba controlado todo el territorio, y limitadas en extremo las libertades de los individuos. Aquello nos permite explicar que se produzcan actos criminales por parte del Estado, como por ejemplo, la sustracción de menores, a gran escala y a lo largo de todo Chile.

Dichas prácticas requirieron en primer lugar, utilizar los recursos de órganos públicos, así como también la coordinación y colaboración de diferentes funcionarias y funcionarios públicos y particulares de todo el país.

Luego, es posible sostener que las madres y padres que perdieron a sus hijas e hijos durante la época de dictadura, pertenecientes al porcentaje más pobre de la población de aquella época, fueron otro grupo de víctimas de ésta, sobre todo si se tiene en consideración el abierto desprecio del régimen por las personas pobres, quienes fueron atacados a través de una política tanto activa como pasiva.

III.1.4 Consideraciones finales respecto del acaecimiento del elemento de contexto de CLH en Chile

La etapa que vivió Chile entre los años 1973 y principios de los 90', es lo que se ha denominado el contexto de "macro criminalidad". Este concepto hace referencia a la estructura de un poder organizado para reprimir y que se vale de ese control para procurar la impunidad de horribles actos. Además, cuenta con mecanismos que procuran la impunidad de los mismos y que eliminan la activación de mecanismos jurídicos para la protección o defensa de los derechos vulnerados.¹⁴⁵

Que en Chile existió un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, justamente en el periodo que se analiza, no resulta discutido, siendo incluso reconocido por el propio Estado de Chile, así como por la comunidad internacional, por ejemplo, a través del pronunciamiento de la Corte IDH.

¹⁴⁵ GALDÁMEZ, Liliana. Incidencia de los tratados y del *ius cogens* internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile. Revista de Derecho Público. Volumen 77. Universidad de Chile. Santiago. 2011. Página 297.

La Corte IDH en el caso Almonacid -por el que el Estado de Chile fue condenado- se estableció lo siguiente:

“Como se desprende del capítulo de “hechos probados”, desde septiembre de 1973 hasta 10 marzo de 1990, gobernó en Chile un (sic) dictadura militar que, dentro de una política de Estado, encaminada a causar miedo, atacó masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, y 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura.”

Asimismo, la Corte Suprema de nuestro país, en causa rol N°3452-2006, por el delito de secuestro calificado de don Ricardo Troncoso Muñoz, estableció que:

“Es posible concluir que se está en presencia de lo que la conciencia jurídica ha dado en denominar crímenes contra la humanidad. Efectivamente el presente ilícito fue efectuado en un contexto de violaciones de derechos humanos graves, masivas y sistemáticas, verificadas por Agentes del Estado, constituyendo la víctima un instrumento dentro de una política a escala general de exclusión, hostigamiento, persecución o exterminio de un grupo numeroso de compatriotas integrado por políticos, trabajadores, estudiantes, profesionales, adolescentes, menores, y todo aquel que en la época inmediata y posterior al once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, se le sindicó la calidad de pertenecer ideológicamente al régimen político depuesto o que por cualquier circunstancia fuera considerado sospechoso de oponerse o entorpecer la realización de la construcción social y política ideada por los detentadores del poder”¹⁴⁶

Resulta importante destacar respecto de la sentencia previamente citada, que ella reconoce que el sujeto pasivo del ataque podían ser no sólo las personas vinculadas políticamente a los grupos de izquierda, sino que en realidad los actos criminales eran efectuados contra todas aquellas personas que de alguna manera – esto es, en sentido amplio- se opusieran al régimen o fueran sujetos indeseables para el mismo.

¹⁴⁶CORTE SUPREMA. Contra Basclay Zapata y Enrique Romo Mena. Rol 3452-2007. (10/05/2007) Considerando 53°.

El contexto de estos actos es el siguiente: tras un golpe de Estado, el día 11 de septiembre del año 1973 las Fuerzas Armadas y de Orden se tomaron el poder instaurando un régimen totalitario, con un control absoluto y ejerciendo plenos poderes.

Como forma de represión y control, así como mecanismo de ataque de personas “indeseables” para el régimen, se ejecutaron actos inhumanos de asesinatos, deportaciones, encarcelaciones, torturas, violaciones y otras formas de violencia sexual, desapariciones forzadas y según propone este trabajo –otros actos inhumanos- todo lo anterior, bajo un manto de absoluta impunidad.

La ideología que estaba detrás de estos actos criminales era transformar económica, social y políticamente el país para que pudiera surgir un “nuevo Chile”.

La política del Estado respecto de estos actos fue tanto activa como pasiva simultáneamente, todo ello bajo la lógica de represión, control y ataque a personas consideradas “indeseables” dentro de los cuales encontramos –además de personas vinculadas a grupos políticos de izquierda- niños, mapuches, estudiantes, delincuentes habituales, personas pobres, entre otros.

Estos últimos fueron atacados tanto de forma activa –a través de allanamientos que implicaron detenciones ilegales, golpes, torturas, como de forma pasiva, siendo, por ejemplo, permitido que las hijas e hijos de este grupo particular de personas de bajo estrato socioeconómico, fueran sustraídos desde Hospitales Públicos –como el caso de (H) que fue sustraída de la esfera de custodia de (M), por la doctora (D), en el Hospital público (HP).

El ataque asimismo fue generalizado, a lo largo de todo Chile y contra un grupo importante de personas, y sistemático siendo cada grupo de crímenes cometido bajo patrones determinados, que a su vez demuestran patrones comunes entre sí, como por ejemplo que todas las víctimas –por diversas razones- eran consideradas como personas “despreciadas” por parte del régimen dictatorial.

Finalmente, el ataque fue cometido contra una población civil, quienes compartían la característica de –por cualquier motivo- entenderse como contrarios o indeseables para el régimen.

III.2 Subsunción de los hechos del caso tipo al Derecho Internacional aplicable en relación al concepto de “otros actos inhumanos”

A continuación, y de acuerdo a lo expuesto en el capítulo segundo, específicamente en el acápite II.5, donde fueron analizados los requisitos que deben concurrir para que se pueda entender que un acto puede ser considerado “otro acto inhumano” constitutivo de CLH, se procederá con el ejercicio de subsunción respecto del caso tipo planteado. Lo anterior, para responder a la principal pregunta de esta investigación, esto es, si los casos de sustracción de menores cometidas en época de dictadura por agentes del Estado, puede calificarse como CLH de acuerdo a los estándares internacionales.

III.2.1 Que el autor haya causado grandes sufrimientos o atentado gravemente contra la integridad física o la salud mental o física

En cuanto a los efectos, es indiscutible que estos hechos causaron un grave sufrimiento a sus víctimas.

En primer lugar, se encuentra el sufrimiento de las madres de las niñas y niños que habrían sido sustraídos, cuyos relatos son verdaderamente desgarradores, y las secuelas psicológicas sin duda perdura hasta hoy en día. Ellas perdieron a sus hijas e hijos, sin conocer el paradero de los mismos, si ellos se encontraban bien, o cuál habría sido finalmente su destino, lo que finalmente las impulsa, décadas más tarde a organizarse a través de distintas agrupaciones con el objetivo, por un lado de reencontrarse con sus descendientes así como también conocer la verdad de lo ocurrido, siendo estas mujeres las que han obligado al Estado de Chile, ya sea a través de los Tribunales de Justicia o de la Cámara de Diputados y su correspondiente comisión investigadora de las llamadas “adopciones irregulares”, a que se haga cargo de esta situación y se convierta en agente activo en el esclarecimiento de estos hechos.

En cuanto a los efectos en las niñas y niños sustraídos, estos hechos produjeron indudables consecuencias, pues se trata de personas que no tienen certezas acerca de su identidad ni de sus orígenes¹⁴⁷, muchas veces sin saber quiénes son sus padres biológicos ni las circunstancias en que fueron entregados a quienes los criaron.

Los niños que fueron trasladados al extranjero, además, relatan las diferencias físicas evidentes con las otras personas de su entorno, que en definitiva les recordaban permanentemente que no pertenecían a dicho lugar.

En cuanto a la conducta ilícita, ésta es considerada grave por nuestro ordenamiento jurídico, conclusión a la que se puede arribar al analizar la pena asignada al injusto de sustracción de menores -según lo examinado en el capítulo primero de esta investigación-.

Además, se trata de conductas que vulneran múltiples derechos de sus víctimas.

Por un lado, se encuentran los efectos en las niñas y niños, quienes vieron vulnerados sus derechos, reconocidos en múltiples tratados internacionales.

Si bien la Convención de los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en noviembre del año 1989, y ratificada por Chile en el año 1990,¹⁴⁸ este instrumento consagra la especial protección que merecen los niños, previamente reconocida en otros instrumentos internacionales tales como **(i)** la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño; y **(ii)** La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que en su artículo 16 N°3 dispone que La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, así como su artículo 25 N°2 en el que se reconoce que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.¹⁴⁹

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ, Pilar. Adopciones irregulares II. Habla Matías Troncoso, otra de las guaguas dadas en adopción por el doctor Monckeberg. CIPER CHILE. En línea [<https://ciperchile.cl/2014/04/28/adopciones-irregulares-ii-habla-matias-troncoso-otra-de-las-guaguas-dadas-en-adopcion-por-el-doctor-monckeberg/>].

¹⁴⁸ Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. En línea [https://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf].

¹⁴⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. En línea [<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>].

Es decir, el Estado de Chile tenía la obligación internacional de proteger a la familia como elemento fundamental de la sociedad. Sin embargo, no sólo incumplió su obligación de protección, sino que además permitió que agentes estatales como (D) ejecutaran acciones permanentes en el tiempo destinadas a la destrucción de la familia, separando a hijas e hijos de sus madres y padres.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos,¹⁵⁰ en su artículo 23 N°1 establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado y en su artículo 24 N°1 dispone que: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado.

En este punto, resulta necesario reconocer que la comisión del delito de sustracción de menores en Chile, fue posible a través del aprovechamiento de la vulnerabilidad social de las madres, es decir mujeres en situación de pobreza –y consecuentemente de sus hijas e hijos- existiendo una discriminación en contra de las niñas y niños en cuanto a su posición social y económica convirtiéndolos en víctimas de acciones delictuales en su contra.

Por su parte el artículo 24 N°2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que: Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre y 24 N°3: Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

El registro de nacimiento es el acto jurídico a través del cual el Estado cumple con la obligación de garantizar a todas las personas el derecho a la identidad, al nombre y a su filiación familiar, cultural y nacional. A través de este acto el Estado también garantiza a una persona el reconocimiento administrativo de su existencia y personalidad jurídica. La importancia del registro de nacimiento y del derecho a la identidad, principalmente entre la población infantil estriba en sus funciones como medida de protección frente a crímenes que pudiesen comprometer su identidad,

¹⁵⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 1966. En línea [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].

de manera que su cumplimiento contribuye a reducir el peligro de que niñas y niños sean objeto de comercio, raptos u otros crímenes.¹⁵¹

Estos instrumentos internacionales permiten reconocer que, a la época de la comisión de estos hechos, la protección de la infancia se encontraba debidamente regulada en el Derecho Internacional.

Las niñas y niños que fueron sustraídos, por su falta de madurez física y mental requerían de atención y cuidados especiales,¹⁵² sin embargo fueron apartados de la esfera de custodia de sus madres, por agentes del Estado, funcionarios que tenían la obligación de darles protección, vulnerando además su derecho a pertenecer a su propia familia, y desconociendo el concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Respecto de las madres cuyos hijos fueron sustraídos, el Estado igualmente vulneró sus derechos, transgrediendo obligaciones internacionales.

Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, del año 1979¹⁵³, en su artículo 12 consagra el derecho de las mujeres a que el Estado garantice los servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto. Es decir, el órgano que la comunidad internacional encarga velar por el cuidado de las mujeres en el periodo de embarazo, parto y lactancia, no sólo no les entregó los cuidados necesarios, sino que atacó a las mujeres que concurrían a los hospitales públicos en busca de atención y cuidados, para sustraer a sus hijas e hijos, utilizando en ocasiones mecanismos que atentaban contra la salud de las mujeres como el uso de drogas sin fines médicos.

¹⁵¹ UNICEF. Derecho a la identidad. La cobertura del registro de nacimiento en México. México. 2018. En línea [\[https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20la%20identidad.pdf\]](https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20la%20identidad.pdf) Página 13.

¹⁵² CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Suscrita por el Estado de Chile el año 1990, a través del Decreto 830. En línea [\[https://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf\]](https://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf). Preámbulo.

¹⁵³ CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN SOBRE LA MUJER. 1979. En línea [\[https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx\]](https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx)

La gravedad de los casos de sustracción de menores se ve reflejada, también, en las circunstancias particulares del mismo, tales como, la violencia de género que se encuentra implícita en la comisión de estos hechos. Además, se trataba de mujeres –muchas de ellas jóvenes o incluso niñas- provenientes de los estratos socioeconómicos más bajos de la población, en el momento del parto es decir en un momento en que las mujeres se encuentran en un estado de particular vulnerabilidad.

Por otra parte las mujeres no tenían ninguna otra alternativa que aceptar la situación impuesta justamente por el contexto en que se desarrollan estos actos delictuales, es decir, una dictadura sumamente represora, que infundía temor a la población y que actuaba al margen del Estado de Derecho, de manera que, en un primer momento interponer las denuncias pertinentes podía suponer un riesgo para la vida o integridad de las mujeres, razón por la que se explica que las denuncias se hayan verificado en su mayoría en los últimos años, es decir luego de transcurridas décadas desde la comisión de los ilícitos.

III.2.2 Que el acto haya tenido un carácter similar a cualquiera de los otros actos constitutivos de CLH

El caso de la sustracción de (H) por (D) de la esfera de custodia de (M) y en general todos los casos de sustracción de menores, acaecidos tanto en Chile como en otras partes del mundo, comparten ciertas características similares con otros crímenes previstos en el ER de la CPI, sin embargo, se trata de un fenómeno diferente con características propias y que los hace reconocibles por sí mismo, de manera que este trabajo propone que sean incorporados en la categoría de “otros actos inhumanos”.

En los casos de sustracción de menores, analizados en este trabajo, es posible advertir que ellos comparten rasgos, por ejemplo, con crímenes tales como la esclavitud y la desaparición forzada de personas.

La esclavitud se encuentra definida en el artículo primero de la Convención sobre la Esclavitud, como:

“El estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos”¹⁵⁴

La esclavitud también se encuentra definida en el artículo 7.1.c) del ER de la CPI y definida en el artículo 7.2.c) como:

“El ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas en particular mujeres y niños,¹⁵⁵

El sujeto activo del ilícito sustrae a los menores y luego dispone de ellos, ejerciendo así uno de los atributos del dominio, sin embargo, difieren en que en el caso analizado al parecer lo que se transaría serían los “trámites de adopción” y no el menor como mercancía, que más bien es tratado como un niño en adopción, aunque dicha adopción fuese irregular.

Por otra parte, resulta posible advertir similitudes con los actos de desapariciones forzosas, previstas en el artículo 7.1.i) del ER de la CPI, instrumento que describe la conducta de la siguiente manera:

“Por desaparición forzada de personas se entenderá 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 de admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.”¹⁵⁶

El año 1994 fue aprobada la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas¹⁵⁷, y el año 2006 fue aprobada la Convención Internacional

¹⁵⁴ CONVENCIÓN SOBRE LA ESCLAVITUD. 1926. En línea [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/slaveryconvention.aspx>].

¹⁵⁵ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En línea [<https://www.google.com/search?q=estatuto+de+roma&oq=estatuto+de+roma+&aqs=chrome..69i57j0l5.2111j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>]. Artículo 7.2.c).

¹⁵⁶ ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En línea [<https://www.google.com/search?q=estatuto+de+roma&oq=estatuto+de+roma+&aqs=chrome..69i57j0l5.2111j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>]. 7.1.i).

¹⁵⁷ CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. En línea [<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>].

para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas¹⁵⁸, definiendo este crimen en su artículo segundo -de manera muy similar a la forma en que lo regula el ER- de la siguiente manera:

“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”.

La esencia de este crimen es que amigos y familiares de las personas desaparecidas no tengan conocimiento respecto de si ellas se encuentran vivas o muertas¹⁵⁹. Los hechos del caso materia de análisis suponen que agentes del Estado –en el caso tipo específicamente (D)- sustraen niñas y niños (H) desde la esfera de custodia de madres vulnerables (M), haciéndoles creer que sus hijos estaban muertos, para luego entregarlos en procesos irregulares de adopción, negando cualquier tipo de información a las familias, pues cuando concurrían los padres a los Hospitales pedir información, ella les era negada en su totalidad, diciéndoles incluso que sus hijas e hijos presentaban malformaciones y por ello no podían verlo, por lo tanto, la similitud se encuentra en que agentes del estado retienen a estos menores, sin dar a sus familiares información respecto de su paradero.

En este sentido, resulta necesario tomar en consideración que incluso hoy en día, la investigación efectuada por la Policía de Investigaciones se ha visto dificultada por las trabas que han puesto los Hospitales Públicos en relación con la entrega de información respecto de estas niñas y niños.¹⁶⁰

¹⁵⁸ CONVENCIÓN INTERANCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS. En línea [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>]

¹⁵⁹ VAN DER WOLF, Willem-Jan. Crimes against humanity. International courts association. 2011. Página 51.

¹⁶⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. En línea [https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmID=2141] Página 46-51.

En conclusión, es posible advertir que el delito de sustracción de menores tiene similitudes con otros actos criminales contemplados en el ER de la CPI, como la esclavitud, al ejercer facultades de dominio sobre los menores, y principalmente comparte elementos con desapariciones forzadas, en el sentido de que, en ambos casos agentes del Estado privan de libertad a determinadas personas - (H) en el caso tipo- negando la información respecto del paradero de los mismos a quienes tenían el derecho de conocer esa información -(M) en nuestro caso-.

III.2.3 Que el autor haya sido consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto

Lo que se exige es que la autora (D) haya tenido conocimiento de las circunstancias de hecho que determinaban la naturaleza y gravedad del acto.

Es posible desprender que (D) conocía la naturaleza y gravedad del acto que estaba cometiendo al sustraer a (H) de la esfera de custodia de (M), en primer lugar, pues se trataba de una conducta sancionada penalmente por el derecho interno, pudiendo desprenderse en relación con la pena asignada al delito que el ordenamiento jurídico consideraba que se trataba de una de las conductas más graves contempladas en nuestra legislación.

Además, cabe agregar que la conducta de (D) no es aislada, sino que se enmarca dentro de un grupo de delitos de sustracción de menores, cometidos a gran escala y de forma permanente en el tiempo, por lo que es posible desprender que (D) operaba como parte de una organización, cuyo objetivo de era llevar a cabo estas conductas de forma sistemática, aprovechándose de su posición al interior del Estado para tales efectos y coordinando con otros funcionarios públicos y particulares, la comisión de estos delitos que requerían de un número significativo de personas para poder ejecutar las acciones, todas ellas circunstancias que acreditan el conocimiento de (D) en relación con la naturaleza y gravedad del acto cometido.

III.2.4 Que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil

La tesis que se defiende en este trabajo es que el delito de sustracción de menores cometido por (D) así como los hechos de sustracción de menores acaecidos en Chile, en el periodo de la dictadura, forman parte del ataque cometido por agentes del Estado en contra chilenas y chilenos que, por algún motivo, fuesen despreciados por el régimen o bien pudiesen desestabilizarlo.

Como se explicó precedentemente, el objetivo de la dictadura era, a través de un régimen totalitario, imponer una nueva institucionalidad política, económica y social para Chile.

Para cumplir con el objetivo anterior, se instauró un régimen del terror en contra de todos quienes pudieren resultar peligrosos o contrarios al régimen instaurado, como por ejemplo personas vinculadas o simpatizantes de grupos políticos de izquierda, estudiantes, pobladores, mapuches, delincuentes habituales, personas que participaron en manifestaciones y protestas entre otros. A su vez, fueron objeto de la violencia desmedida ciertas personas por el sólo hecho de ser pobres. Así, por ejemplo, las poblaciones fueron objeto de constantes allanamientos, donde las agresiones eran habituales.

De esta manera, se sostiene en esta investigación, que el régimen mantuvo una actitud de desprecio respecto de los pobres, quienes debieron soportar conductas activas por parte de agentes del Estado –como los mencionados allanamientos- y pasivas, como los casos de sustracción de menores de mujeres vulnerables, tolerando las cúpulas de poder (agentes del Estado no militares) que se realizaran estas conductas típicas de forma sistemática y permanente en el tiempo.

Cabe agregar que la sustracción de menores es un delito que se suele cometer en regímenes totalitarios, pudiendo entenderse esto como un indicativo de que los hechos de sustracción de menores acaecidos en Chile, formaron parte del ataque llevado a cabo por la dictadura.

Ejemplos de lo anterior, son los casos de sustracción de menores cometidos bajo los regímenes del nacionalismo alemán, el franquismo español y la dictadura militar argentina.

En la Alemania nacional socialista, la sustracción formó parte de un plan ideado por el jerarca Heinrich Himmler, para que los miembros de la raza “aria” se expandieran por el mundo eliminando a las razas “inferiores”. Bajo esta lógica, el nacionalsocialismo implementó el secuestro de niños extranjeros con aspecto físico deseable, para incorporarlos en sus territorios y criarlos como alemanes nativos en al menos 20.000 casos.¹⁶¹

En el caso español, los factores políticos toman mayor relevancia, ya que, según el ex Juez Baltazar Garzón, la sustracción de menores fue implementada entre 1939 y 1949, luego de la guerra civil y específicamente contra “los hijos de republicanos encarcelados, exiliados o perseguidos como contrarios al régimen, alcanzando alrededor de 35.000 niños sustraídos”.¹⁶²

Otro caso que se suele citar es el de Argentina, donde el delito de sustracción de menores fue implementado por la dictadura que gobernó entre 1976 y 1983. En este caso, los niños apropiados también eran hijos de los enemigos políticos que la Junta Militar persiguió y reprimió de manera sistemática, alcanzando 500 niños según estimaciones de la organización Abuelas de Plaza de Mayo.¹⁶³

Estos casos y el chileno comparten como elementos que los agentes se valieron de prácticas burocráticas para el robo de niños¹⁶⁴ y que, dado el contexto en que se

¹⁶¹ PERELLÓ, Carolina. Una Mirada comparativa sobre la sustracción de menores en dictaduras y los procesos de denuncia. 2019. En línea [file:///C:/Users/Valentina/Downloads/Sustracci%C3%B3n%20de%20menores%20en%20Dictadura.pdf]. Página 2.

¹⁶² PERELLÓ, Carolina. Una Mirada comparativa sobre la sustracción de menores en dictaduras y los procesos de denuncia. 2019. En línea [file:///C:/Users/Valentina/Downloads/Sustracci%C3%B3n%20de%20menores%20en%20Dictadura.pdf]. Página 4.

¹⁶³ PERELLÓ, Carolina. Una Mirada comparativa sobre la sustracción de menores en dictaduras y los procesos de denuncia. 2019. En línea [file:///C:/Users/Valentina/Downloads/Sustracci%C3%B3n%20de%20menores%20en%20Dictadura.pdf]. página 5.

¹⁶⁴ PERELLÓ, Carolina. Una Mirada comparativa sobre la sustracción de menores en dictaduras y los procesos de denuncia. 2019. En línea [file:///C:/Users/Valentina/Downloads/Sustracci%C3%B3n%20de%20menores%20en%20Dictadura.pdf]. Página 10.

implementaron estas prácticas, las víctimas se vieron en la imposibilidad de ejercer denuncias o las acciones judiciales pertinentes.

En el caso de Chile y España, se comparte, además, el mismo *modus operandi*. Esto se desprende del relato de Nuria Balda de 78 años, cuya hija fue sustraída en España. Ella cuenta lo siguiente:

“En 1964 tuve una niña y durante el parte me dijeron más o menos lo que nos decía a todas. Salió la niña, lloró se la llevaron a la otra punta de la sala, me bajaron. Vino una chica, tomó al bebé, se fue y nos dice a mí y a mi marido que lo sentía mucho, pero que la niña se había muerto. Pensé en ese minuto cómo era posible que se hubiera muerto, si le había oído llorar”.¹⁶⁵

III.2.5 Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo

Los perpetradores, y en particular (D), no necesariamente comparten o conocen a cabalidad la política ejecutada por aquellos agentes del Estado que en la misma época se encontraban ejecutando actos constitutivos de CLH en contra de la población civil, en específico en contra de disidentes políticos y en general en contra de cualquier persona que por alguna razón pudiese haber resultado contraria al régimen o despreciada por el mismo, pero sí tienen conocimiento en cuanto a que gozan de un manto de impunidad.

Ello permite explicar que haya sido posible que funcionarios públicos hayan sustraído menores a lo largo de todo Chile, a través de un actuar premeditado y coordinado que involucra asimismo a distintos órganos estatales, en completa impunidad, sin que ningún caso haya sido siquiera investigado en dicho periodo,

¹⁶⁵ ZARATE, Daniela. Las madres de mayo de Barcelona. 2019. En línea [<https://interferencia.cl/articulos/las-madres-de-mayo-de-barcelona?fbclid=IwAR1YTkUvey0kkpUNqOBbSdtYshCx1jkTFHlljFXGvCMGsCB1hsTKmdLv4OE>]. Página 4.

aun cuando -según ya se indicó- los altos mandos del Estado ya habían tomado conocimiento de irregularidades en los procesos de adopción.

Este conocimiento de que no van a existir consecuencias perniciosas como resultado de los actos cometidos, es decir del “manto de impunidad” en el que se llevan a cabo estas conductas permite explicar que, en el contexto de una dictadura, en la que la “delincuencia habitual” era castigada con la muerte, los perpetradores hubiesen podido coordinarse con el objeto de sustraer niños, desde el interior del Estado.

III.2.6 Consideraciones finales respecto de si los hechos pueden ser considerados “otros actos inhumanos” según los criterios elaborados por el Derecho Penal Internacional

Los hechos de sustracción de menores cumplen con los requisitos que permiten entenderlos como “otros actos inhumanos” constitutivos de CLH.

En primer lugar, se puede señalar que estos actos cumplen con el estándar de gravedad exigido por el derecho penal internacional, tomando en consideración los graves efectos producidos tanto respecto de las niñas y niños como de sus madres, quienes vieron vulnerados una serie de derechos resguardados por el Derecho Internacional.

En cuanto a las circunstancias particulares de estos hechos se puede indicar que las víctimas, eran por un lado madres, que muchas veces eran niñas y que provenían de los estratos más bajos de la población, lo que implica que se trataba de mujeres vulnerables, y por otro lado lactantes, que en definitiva se trata de personas que por su falta de madurez física y mental requerían de cuidados especiales.

Además, estos hechos causaron un daño psicológico indudable a estas madres y sus hijas e hijos, quienes habiendo transcurrido más de cuarenta años aún persisten en reunir a la familia, creándose organizaciones civiles con ese propósito,

como “Hijos y madres del silencio” o “Nos buscamos” sin que existan actualmente instancias específicas de reparación.

Finalmente, la situación se torna aún más grave considerando que la mayoría de los hechos de sustracción se verifica en el contexto de la dictadura, periodo histórico en el que las personas muchas veces tenían miedo de realizar denuncias.

En segundo lugar, se trata de actos que si bien comparten ciertas características similares con otros hechos constitutivos de CLH –como la esclavitud, el crimen de persecución y las detenciones forzadas-, presentan características propias que hacen que se trate de un fenómeno diferente, que resulta reconocible por sí mismo, y que no sólo ha ocurrido en Chile, sino que en otras partes del mundo, principalmente en el contexto de regímenes totalitarios.

En tercer lugar, (D) fue consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto, en relación con la conducta de sustracción, ejecutando una acción –sancionada por la legislación nacional con las penas más altas del ordenamiento jurídico- de manera premeditada y coordinada con otras personas -tanto pertenecientes a otros organismos del Estado como particulares.

En cuarto lugar, la conducta fue cometida como parte del ataque generalizado y sistemático cometido contra la población civil, obedeciendo a una política de Estado de desprecio a los pobres, que se manifestó en la tolerancia respecto de estos actos criminales, mediante la cual funcionarios públicos, coordinados con otros privados, sustrajeran niñas y niños a gran escala a lo largo de todo el territorio nacional, para luego darlos en adopción a través de procesos del todo irregulares.

Además, es posible desprender que estos actos de sustracción de menores formaron parte del ataque generalizado y sistemático contra la población civil, tomando en consideración que la historia demuestra que, en los regímenes totalitarios es común que se verifiquen estas conductas, además de las similitudes que presentaron estos casos con otros, como por ejemplo en la dictadura de Franco en España.

En último lugar, en cuanto a que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de esta

naturaleza, se propone que, si bien no necesariamente (D) compartía la política del Estado -en cuanto a ser motivado su actuar por un profundo desprecio respecto de las personas pobres- la doctora (D) sí sabía que le era permitido actuar impunemente, por ser este acto parte del ataque generalizado y sistemático contra la población civil.

CONCLUSIONES FINALES

En Chile se estima que existieron alrededor de 20.000 casos de sustracción de menores cometidas por agentes del Estado y particulares –verificados en su mayoría en la época del régimen cívico-militar- , quienes concertados habrían sacado a las niñas y niños de la esfera de custodia de sus madres para posteriormente entregarlos en adopción.

El mecanismo utilizado habría sido la sustracción de lactantes, al momento del parto de la madre o en el tiempo inmediatamente posterior, muchas veces drogando a la madre para tales efectos. Así, funcionarios de la salud, en especial médicas o médicos, matronas y enfermeras o enfermeros, habrían sustraído a los niños, diciéndoles a las madres que sus hijos habían fallecido, lo que a veces resultaba poco creíble para estas madres, pues ellas habían escuchado a sus hijos llorar.

Luego, cuando las madres preguntaban en los hospitales mayor información respecto a lo sucedido con sus hijas e hijos, les indicaban que ellos estaban muertos y que no podían ver el cadáver porque presentaban malformaciones importantes y no querrían verlos en ese estado.

Finalmente, un asistente social realizaba un informe en que declaraba el abandono del menor y se tramitaba el proceso de adopción ante los tribunales pertinentes. También existieron niñas y niños sustraídos directamente desde hogares de menores.

Estos hechos de sustracción de menores, cometido por agentes del Estado en el contexto de la dictadura chilena, deben ser considerados dentro de la categoría de “otros actos inhumanos” constitutivos de CLH, lo que, significa por un lado que se trata de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, y por otro, que tienen la característica de ser imprescriptibles y por ello, es posible su juzgamiento hoy en día.

De manera que, respecto del caso tipo planteado, (D) al sacar a (H) de la esfera de custodia de su madre (M), incurrió en el ilícito de sustracción de menores previsto en el artículo 142 del Código Penal, que a la época del acaecimiento de los hechos

contemplaba la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados, siendo éste el rango de penalidad que debe considerar el juez para sancionar a D.

Finalmente, resulta posible concluir que estos hechos constituyen CLH, pues cumplen con cada uno de sus elementos.

En primer lugar, se trata de actos que se cometen en el marco del ataque generalizado y sistemático contra la población civil, ejecutado luego de que las Fuerzas Armadas y de orden –con la ayuda de civiles- el día 11 de septiembre de 1973, a través de un golpe de Estado se tomaron el poder, instaurando un régimen totalitario, con un control absoluto y ejerciendo plenos poderes.

El objetivo del régimen era, en palabras del dictador Augusto Pinochet “transformar económica, social y políticamente el país surgiendo un nuevo Chile”.

Para cumplir con dicho objetivo se llevó a cabo un ataque permanente, que buscaba la represión, el control, así como atacar a quienes se consideraban “indeseables” para el régimen. Se verificaron así actos de asesinato, deportaciones, encarcelaciones, torturas, violaciones y otras formas de violencia sexual, desapariciones forzadas y otros actos inhumanos, todo lo anterior desarrollado bajo un manto de absoluta impunidad.

En cuanto a las víctimas –pertenecientes a la población civil- si bien en su mayoría fueron opositores políticos, también existieron otros casos, como por ejemplo delincuentes habituales, o personas que sin afiliación política fueron considerados como “contrarios al régimen” o despreciados por el mismo –como por ejemplo las personas de un estrato social pobre- sufriendo éstos una política activa de ataque – a través de allanamientos en poblaciones, golpizas, y detenciones sin justificación alguna- y pasiva siendo toleradas conductas sistemáticas en su contra que vulneraron sus derechos.

Lo que planea este trabajo es que los hechos de sustracción de menores, acaecidos en el periodo de la dictadura, forman parte del ataque cometido por agentes del Estado en base al desprecio que existía por este grupo de personas.

Lo anterior permite explicar que, en un contexto de terror, dominación y control absoluto del territorio nacional –en que el dictador declara que no se mueve una hoja sin que él lo sepa- haya sido posible perpetrar conductas ilícitas relacionadas

con la sustracción de niñas y niños, a gran escala, permanentemente en el tiempo y a lo largo de todo el país, con el objetivo de luego poder darlos en adopción.

Refuerza lo anterior el hecho de que se trata de actos cometidos por funcionarios públicos y particulares quienes actuaron concertados y utilizaron para sus objetivos el aparataje estatal, viéndose involucrados órganos públicos, como por ejemplo el registro civil, los tribunales de justicia, y decenas de hospitales públicos.

Por otra parte, entender que los casos de sustracción de menores formaron parte del ataque de la dictadura cívico-militar, permite comprender que haya sido posible la verificación de estos hechos, a gran escala, en un verdadero manto de impunidad, que fue conocido y aprovechado por sus perpetradores para la realización de estos actos criminales.

Finalmente, estos hechos de sustracción de menores pueden ser considerados en la categoría de “otros actos inhumanos” constitutivos de CLH, pues cumplen con cada uno de los requisitos exigidos.

En primer lugar, cumplen con el estándar de gravedad exigido, tomando en consideración elementos tales como, la gravedad del hecho mismo de “sustracción de menores”, las características particulares de las víctimas, así como las violaciones de sus derechos –siendo tanto madres como niñas y niños sujetos especialmente protegidos por el derecho como pertenecientes a grupos vulnerables.

En segundo lugar, se trata de actos que comparten características con otros hechos constitutivos de CLH como la tortura y principalmente con las desapariciones forzadas, manifestando sin embargo, características propias que hacen necesario que sean considerados como una forma específica de “actos inhumanos”.

En tercer lugar, (D) fue consciente de las circunstancias de hecho que determinaban el carácter del acto, siendo una conducta prohibida por la legislación nacional y sancionada con las mayores penas dentro de nuestro ordenamiento.

En cuarto lugar, la conducta fue cometida como parte del ataque generalizado y sistemático cometido contra la población civil, obedeciendo a una política de Estado de desprecio a los pobres, que se manifestó en la tolerancia respecto de estos actos criminales, mediante la cual funcionarios públicos, coordinados con otros

privados sustrajeran niñas y niños a gran escala a lo largo de todo el territorio nacional, para luego darlos en adopción a través de procesos del todo irregulares.

Además, es posible desprender que estos actos de sustracción de menores formaron parte del ataque generalizado y sistemático contra la población civil, tomando en consideración que la historia demuestra que, en los regímenes totalitarios es común que se verifiquen estas conductas, además de las similitudes que presentaron estos casos, con otros como por ejemplo en la dictadura de Franco España.

En último lugar, en cuanto a que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de esta naturaleza, se propone que, si bien no necesariamente (D) compartía la política del Estado en cuanto al desprecio a los pobres como motivación, la doctora sí sabía que le era permitido actuar impunemente, por ser este acto parte del ataque generalizado y sistemático contra la población civil.

Finalmente, habiendo pretendido esta investigación demostrar que los actos de sustracción de menores acaecidos en Chile en el periodo del régimen cívico-militar, cometidos por agentes del Estado, deben ser considerados CLH a la luz de los criterios establecidos por el derecho penal internacional, resulta posible concluir que éstos pueden ser perseguidos y sancionados penalmente en la actualidad, por su carácter de imprescriptibles, en razón de formar parte del grupo de crímenes considerados los más graves por la comunidad internacional.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- ALFARO, Karen. Una aproximación a las apropiaciones de menores y adopciones irregulares bajo la dictadura militar en el sur de Chile (1978-2016). Memorias de Alejandro. Revista Austral de Ciencias Sociales. (37-51). 2018.
- AMBOS, Kai, Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional. Publicado originalmente como "*Crimes against humanity and the International Criminal Court*". Revista General de Derecho Penal. 2013. En línea [https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/338/284].
- AMBOS, Kai, Principios e imputación en el Derecho Penal Internacional. Editorial Atelier Libros. 2008
- AMBOS, Kai. Informe Jurídico. Sobre la cuestión de la existencia del elemento de contexto de Crímenes contra la Humanidad con respecto a los eventos en Chile entre el 17 y el 28 de octubre de 2019, tal como se describe en la Acusación Constitucional del 30 de octubre de 2019. En línea [https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/K_Ambos_Informe_Legal_CrimHum_Elemento_Contexto_18_11_2019_traduccin.pdf].
- ANDRÉS, Ana Cristina. Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2006.
- BASCUÑAN, Antonio. El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional. Revista de Estudios de la Justicia N°23. 2015.
- BASSIOUNI, M. Cherif. Derecho Penal Internacional, Proyecto de Código Penal Internacional. Traducción José L. De la Cuesta Arismendi. 1984.
- BASSIOUNI. Crimes Against Humanity. Historical evolution and contemporary application. Cambridge University Press. 2011.

- CABALLERO Jesús. Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional. 2013.
- CÁRDENAS, Claudia. La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley 20.357. Revista de Derecho Valdivia Vol.23 n°2.2010.
- CÁRDENAS, Claudia. Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. Revista de Derecho XXVII (2):169-189. 2014.
- CHENOR, Charles. The Sierra Leone Special Court and Its Legacy the impact for Africa and International Criminal Law. Cambridge University Press. 2013.
- CONCHA, Natalia y Zamorano, Francisco. Crímenes de Lesa Humanidad. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relación con el artículo 7° del Estatuto de Roma, memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago 2015.
- ESCOBAR, Javier. Faz objetiva del delito de sustracción de menores. Santiago. 2015. En línea [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttex&pid=S0718-33992015000200002].
- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal parte especial. Tomo II. Reimpresión tercera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2005.
- GALDÁMEZ, Liliana. Incidencia de los tratados y del *ius cogens* internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile. Revista de Derecho Público. Volumen 77. Universidad de Chile. Santiago. 2011.
- GIL María Fernanda, MANZUR, Valentina. 2017. "Crímenes de Lesa Humanidad en Chile: Sistematización de argumentos de los fallos emitidos por los tribunales superiores del país (2006-2013)" Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

- GONZÁLEZ, José Luis. Los delitos de lesa humanidad. Revista de la Facultad de Derecho Universidad de la República Oriental del Uruguay. 2014. Uruguay. 2014.
- GONZÁLEZ, Mónica. El informe secreto de Pinochet sobre los crímenes. CIPER CHILE. En línea [<https://ciperchile.cl/2013/09/10/el-informe-secreto-de-pinochet-sobre-los-crímenes/>].
- GUERRERO, Camila. El delito de sustracción de menores en Chile. Análisis dogmático y jurisprudencial del artículo 142 del Código Penal, con especial referencia a los padres y guardadores como eventuales sujetos activos del tipo. Editorial Ius Civile. Santiago. 2017.
- KLEIN, Naomi. La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre. Colaboración con Editorial Planeta. 2007.
- LOSTAL, Marina y otras. Crímenes de Lesa Humanidad. Directrices de Derecho Penal Internacional. Investigación y Determinación de los Hechos. Análisis de casos. Center for International Law Research and Policy, Febrero de 2017. En línea [<https://www.legal-tools.org/doc/66bb47/pdf/>]. 2017.
- MAÑALICH, Juan Pablo. El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía. Revista de Estudios de la Justicia N°5. 2004.
- MATUS, Jean Pierre. El informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional. Apuntes a propósito de la obra del Prof. Dr. Kai Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrech, 2 ed.,. Dunker und Humblot, Berlín 2004, 1058 páginas. Revista Ius et Paxis. En línea [<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/528/393>]. 2005.
- MENDOZA, Silvia. La reciente aplicación de los crímenes de lesa humanidad en España: El caso Scilingo. Revista Estudios de la Justicia N°6. 2005.
- MILLER, Russell, Peer Zumbansen. Review of Developments in German, European and International Jurisprudence. Volumen 14. N°7. July 2013.
- OLASOLO, Héctor. Introducción al Derecho Penal Internacional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015.

- OLEA, Helena y SALVO, Paula. Corte Penal Internacional. Condiciones Jurídicas y Ciudadanas para la ratificación del Estatuto de Roma. Chile. 2008.
- PERELLÓ, Carolina. Una Mirada comparativa sobre la sustracción de menores en dictaduras y los procesos de denuncia. 2019. En línea [file:///C:/Users/Valentina/Downloads/Sustracci%C3%B3n%20de%20menores%20en%20Dictadura.pdf].
- PEREZ, Jesús. Defensa de los elementos contextual y político de los crímenes de lesa humanidad contra la expansión del tipo al terrorismo internacional. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2013.
- POLITOFF, Sergio y otros. Lecciones de Derecho Penal parte especial. Editorial Jurídica. Edición 2°. 2004.
- ROBINSON, Darryl. Defining. "Crimes Against Humanity" at the Rome Conference. En: BEKOU, O., y CRYER, R., (Eds.). The International Criminal Court. England, Dartmouth Publishing Company, 2004.
- RODRÍGUEZ, Pilar. Adopciones irregulares II. Habla Matías Troncoso, otra de las guaguas dadas en adopción por el doctor Monckeberg. CIPER CHILE. En línea [<https://ciperchile.cl/2014/04/28/adopciones-irregulares-ii-habla-matias-troncoso-otra-de-las-guaguas-dadas-en-adopcion-por-el-doctor-monckeberg/>].
- TRIFFTERER, Otto, Commentary on the Rome Statue of the International Crime Court, 2008, Beck/Hart/Nomos, Portland Or.
- VALDIVIA, Verónica. "¡Estamos en guerra, señores!". El régimen militar de Pinochet y el pueblo", 1973-1980. Scielo. [En línea https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-71942010000100005].
- VALENCIA, Hernando. El genocidio y los crímenes de lesa humanidad ante la nueva Corte. Revista de Estudios Sociales. 2000.
- VAN DER WOLF, Willem-Jan. Crimes against humanity. International courts association. 2011.
- VAN WEEZEL, Alex. Problemas de imputación al tipo penal en crímenes contra la humanidad. Gaceta Jurídica N°305. Volumen 305. 2005.

- VILLAREAL, Arturo. Los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra. Notas para su incorporación a la legislación mexicana. Anuario Mexicano de Derecho Internacional. 2017.
- WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian. Tratado de Derecho Penal Internacional, 3º Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2017.
- YAÑEZ, Nancy, MOLINA, Raúl y CORREA, Martín. La reforma agraria y las tierras mapuches. LOM Ediciones. 2005

RESOLUCIONES JUDICIALES

Internacional

- **CORTE PENAL INTERNACIONAL (CPI)**
 - CPI. Jean Pierre Bemba Gombo. Decisión relativa al artículo 61(7) (a) y (b) del E.R. 15.06.2009.
 - CPI. Laurent Gbagbo. *Amicus curiae* observaciones de los profesores Robbison, de Guzman, Jalloh y Crayer. 09.10.2013.
 - CPI. Pre-Trial Chamber. Charles Blé Goudé. 11.12.2014.
 - CPI. Pre-Trial Chamber. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui. 30.09.2008.
- **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH)**
 - CORTE IDH Goiburú y otros v.s. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Voto razonado Cancado Trindade.
 - CORTE IDH Amonacid y otros v.s. Chile. (26/09/2006).
- **TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (TPIY)**
 - TPIY. Appeals Chamber. Dario Kordic and Mario Cerkez. 17.12.2004.
 - TPIY. Appeals Chamber. Dragoljub Kunarac. 12.06.2002.
 - TPIY. Appels Chamber. Milan Likic and Sredoje Lukic. 04.12.2012.
 - TPIY. Trial Chamber, Dukotadi. 07.05.1997.

- TPIY. Trial Chamber. Ante Gotovina, Ivan Cermak, Mladen Markac. 15.04.2011.
- TPIY. Trial Chamber. Dario Kordi. 26.01.2001.
- TPIY. Trial Chamber. Milan Lukic and Sredoje Lukic. 20.07.2009.
- TPIY. Trial Chamber. Milomir Stakic. 31.07.2003.
- TPIY. Trial Chamber. Momcilo Perisic. 06.09.2011.
- TPIY. Trial Chamber. Stanislav Galic. 05.12.2003.
- TPIY. Trial Chamber. Tihomir Bla[ki]. 03.03.2000.
- TPIY. Trial Chamber. Zdravko Tolimir. 12.12.2012.
 - TPIY. Trial Chamber. Zoran Kupreki, Mirjan Kupreki, Vlatko Kupreki, Drago Josipovi, Papi, Vladimir [Anti]. 14.01.2000.
 -
- **CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA (CEPSL)**
 - CEPSL. Appeals Chamber. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu. 22.02.2008.
 - CEPSL. Trial Chamber. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu. 20.06.2007.
 - CEPSL. Trial Chamber. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao. 02.03.2009.

Nacional

❖ **CORTE SUPREMA (C.S.)**

- C.S. Basclay Zapata y otro. Rol 3452-2007. 10.05.2007.
- C.S. Hartmut Wilhelm y otros. Rol 3579-2011. 25.01.2013.
- C.S. Jorge Miranda Faure y otro. Rol 78951-2016. 25.05.2017.
- C.S. Orlando Navarro Valderrama. Rol 94858 – 2016. 20.06.2017
- C.S. Paulino Flores Rivas y otros. Rol 559-2004. 13.12.2006

OTROS DOCUMENTOS

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 95 (I) de fecha 11 e diciembre de 1946. En línea [<http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/1>].
- CÁMARA DE DIPUTADOS. Informe Comisión Especial Investigadora de los actos y organismos del Estado, en relación con eventuales irregularidades en procesos de adopción e inscripción de menores, y control de su salida del país. [En línea] https://www.camara.cl/trabajamos/comision_informesComision.aspx?prmlID=2141
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. En línea [<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1968-war-crimes-conv-5tdm6m.htm>].
- COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg. En línea [<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>].
- CONVENCIÓN SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y SU ANEXO, SUSCRITA POR EL GOBIERNO DE CHILE EN VIENA, EL 23 DE MAYO DE 1969. En línea [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=12889>].
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. En línea [<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>].
- CONVENCIÓN INTERANCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE TODAS LAS PERSONAS CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS. En línea [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>]
- CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN SOBRE LA MUJER. 1979. En línea [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>]
- CONVENCIÓN SOBRE LA ESCLAVITUD. 1926. En línea [<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/slaveryconvention.aspx>].

- CONVENCION SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRIMENES DE GUERRA Y DE LOS CRIMENES DE LESA HUMANIDAD. 1968. En línea [https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1968-war-crimes-conv-5tdm6m.htm?gclid=Cj0KCQjwy97qBRDoARIsAITONTJtsypPL49Wi7u62gHG77nBvMoGTitpXzyUI4N6jDYFLhfrsUEuDwaArQLEALw_wcB].
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Suscrita por el Estado de Chile el año 1990, a través del Decreto 830. En línea [https://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/convencion.pdf].
- DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1948. En línea [<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>]
- ELEMENTOS DE LOS CRIMENES DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En línea [<https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/A851490E-6514-4E91-BD45-AD9A216CF47E/283786/ElementsOfCrimesSPAWeb.pdf>].
- ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA En línea [<https://www.un.org/es/documents/icjstatute/chap2.htm>].
- ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. En línea [<https://www.google.com/search?q=estatuto+de+roma&oq=estatuto+de+roma+&aqs=chrome..69i57j0l5.2111j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>].
- ESTATUTO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. En línea [<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-Ruanda-5tdmhw.htm>].
- ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Comité Internacional de la Cruz Roja. En línea [http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66].
- ESTATUTO TRIBUNAL ESPECIAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. En línea [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>].
- ESTATUTO TRIBUNAL ESPECIAL PARA SIERRA LEONA. En línea [<http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>].

- INFORME DE CMI. Comisiones de la Verdad de Chile. Verdad y reparaciones como política de Estado. CHR Michelsen Institute, número 14. 2018.
- INFORME DE LA COMISIÓN ASESORA PARA LA CALIFICACIÓN DE DETENIDOS DESAPARECIDOS, EJECUTADOS POLÍTICOS Y VÍCTIMAS DE PRISIÓN POLÍTICA Y TORTURA En línea [<https://www.indh.cl/destacados-2/comision-valech/>]
- INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Tomo I, II, III. En línea [<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-94640.html>]
- INFORME PERICIAL SISTEMATIZACIÓN Y ANÁLISIS ANTECEDENTES INCAUTADOS. Elaborado por María Cecilia Erazo Venegas, perito judicial de la Corte de Apelaciones de Santiago.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Ciudades y pueblos del país, superficie, viviendas, población y densidad. XV CENSO NACIONAL DE
- LEY N°9.762, publicada el 10 de noviembre de 1950. “Modifica en la forma que señala el Código Penal. En línea [<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=123792>]
- MUSEO DE LA MEMORIA Y LOS DERECHOS HUMANOS. Centro de documentos. Prensa. “Derechos de los niños” Fortin Mapocho. 1988.
- MUY INTERESANTE. Revista. Cultura. “13 frases célebres de Augusto Pinochet”. En línea [<https://www.muyinteresante.es/cultura/arte-cultura/articulo/13-frases-celebres-de-augusto-pinochet-171418223797>].
- NOS BUSCAMOS en línea [https://www.nosbuscamos.org/hazte-parte/colabora-economicamente?gclid=EAlaIQobChMIpojduoHx3wIVQQaRCh3I6QNJEAA YASAAEgJdnvD_BwE].
- OLIVARES Ana María y SOTO Pablo. Adopciones Internacionales: ¿Un acto de amor? Centro de Adopción Sueco en Chile (1973-992) Reportaje para obtener el título de Periodista. Universidad Arcis. 2003.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. 1966. En línea [<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>].
- POBLACIÓN y IV DE VIVIENDA. Abril 1982. En línea [<http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-86208.html>].

- REVISTA SOLIDARIDAD. Vicaría de la Solidaridad. Año 19983. En Museo de la Memoria y los Derechos Humanos.
- SEPÚLVEDA Nicolás. Adopciones ilegales: 141 madres ya se han reencontrado con los hijos que les arrebataron al nacer. Publicada el 4 de julio del año 2019. En línea [<https://ciperchile.cl/2019/06/04/adopciones-ilegales-141-madres-ya-se-han-reencontrado-con-los-hijos-que-les-arrebataron-al-nacer/>]
- SOLÍS Alejandro. Las adopciones irregulares constituyen un delito permanente. Ciper Chile. En línea [<https://ciperchile.cl/2014/06/16/las-adopciones-ilegales-o-irregulares-constituyen-un-delito-permanente/>].
- UNICEF. Derecho a la identidad. La cobertura del registro de nacimiento en México. México. 2018. En línea [https://www.unicef.org/mexico/media/1016/file/UNICEF_Derecho%20a%20a%20identidad.pdf]
- ZARATE, Daniela. Las madres de mayo de Barcelona. 2019. En línea [<https://interferencia.cl/articulos/las-madres-de-mayo-de-barcelona?fbclid=IwAR1YTkUvey0kkpUNqOBbSdtYshCx1jkTFHlljFXGvCMGsCB1hsTKmdLv4OE>].