



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN MATERIA PENAL SOBRE EL DELITO
ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA FRENTE AL JUEZ Y AL LEGISLADOR
CHILENO: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHO INTERNACIONAL DE
LOS DERECHOS HUMANOS**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

ALEJANDRA PATRICIA OLIVARES MUÑOZ

Profesora Guía:

Dra. Liliana Galdámez Zelada

Santiago de Chile

Diciembre, 2021

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
ABREVIACIONES.....	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. LAS OBLIGACIONES DE PENALIZAR EL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS PARTES.....	11
1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	11
2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PREVÉN LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN MATERIA PENAL SOBRE EL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA.....	12
2.1. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	12
2.2. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	13
3. LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN MATERIA PENAL RELATIVAS AL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	14
3.1. Obligación de tipificar la desaparición forzada de personas	15
3.2. Obligaciones sobre participación y grados de ejecución punibles	31
3.3. Obligación de proporcionalidad de la pena.....	34
3.4. Obligación de inaplicabilidad de la eximente de obediencia debida.....	36
3.5. Obligación de limitar la aplicación de leyes de amnistía	38
3.6. Obligación de no aplicar la prescripción.....	41
CAPÍTULO II. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	44
1. CASO MIGUEL ÁNGEL SANDOVAL	44
1.1. Los hechos.....	44
1.2. Importancia de la sentencia	45
2. CASO JOSÉ HUENANTE HUENANTE.....	48
2.1. Los hechos.....	48
2.2. Importancia de la sentencia	50
3. CASO JOSÉ VERGARA ESPINOZA.....	54
3.1. Los hechos.....	54
3.2. Importancia de la sentencia	56
4. OTROS CASOS CONSTITUTIVOS DE DESAPARICIÓN FORZADA ORDINARIA	61
4.1. Hugo Arispe Carvajal.....	61

4.2. Ramón Pacheco Giacomozzi.....	62
4.3. Jean Fedor Louis	63
5. CONCLUSIÓN	64
CAPÍTULO III. DISCUSIÓN LEGISLATIVA RESPECTO AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES DE PENALIZACIÓN DEL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN CHILE.....	67
1. LA NORMATIVA ACTUAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	67
1.1. Leyes	67
1.2. Decreto N° 121 que instituye el Día Nacional del Detenido Desaparecido	73
1.3. Conclusión.....	74
2. PROYECTOS DE LEY PARA TIPIFICAR EL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL CÓDIGO PENAL	75
2.1. Boletín N° 2604-07	75
2.2. Boletín N° 3301-07	79
2.3. Boletín N° 9818-17	93
CONCLUSIONES	111
BIBLIOGRAFÍA.....	116

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, por enseñarme el valor de la justicia. A mi papá y hermanos por su constante apoyo y paciencia durante todo mi proceso en la Facultad. No podría haberlo logrado sin ustedes.

A la profesora Dra. Liliana Galdámez, por sus enseñanzas a lo largo de mi paso por la Facultad y por su paciencia durante el proceso de redacción de esta Memoria.

A la profesora Dra. Claudia Cárdenas, por sus importantes lecciones y apoyo en la redacción del primer capítulo de esta Memoria en el marco del Taller de Memoria que imparte, del cual fui alumna durante el primer semestre del año 2020.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad identificar cómo se trata el delito ordinario de desaparición forzada en Chile evidenciando, por una parte, cuáles son los problemas en el ámbito judicial que nacen a consecuencia de la ausencia del cumplimiento de las obligaciones convencionales en materia penal sobre dicho delito y, por otra, cómo el legislador ha actuado durante el proceso tendiente a cumplir dichas obligaciones.

Para ello, en el primer capítulo se estudiarán cuáles son tales obligaciones a las que el Estado de Chile se encuentra obligado, analizando los estándares definidos en los instrumentos internacionales que regulan este delito como también en la jurisprudencia internacional, en las resoluciones y recomendaciones de órganos internacionales en la materia.

A continuación, en el segundo capítulo se examinarán sentencias nacionales de gran importancia que han sido emitidas en casos de desaparición forzada con el objetivo de dilucidar cuál ha sido la forma de resolver estos casos por los tribunales chilenos en lo que dice relación con el tipo penal aplicado, la sanción asignada y criterios normativos que sustentan su argumentación.

En el tercer capítulo se analizarán cuáles han sido las actuaciones del legislador chileno que han culminado en la promulgación de leyes cuya materia versa sobre la desaparición forzada de personas (en un sentido amplio) dando cuenta del panorama normativo actual en nuestro país.

Finalmente, nos abocaremos al examen de las actuaciones del legislador que buscan cumplir con las obligaciones convencionales en materia penal relativas al delito ordinario de desaparición forzada, con especial atención a aquellas que proponen la tipificación de dicho delito en la legislación penal común.

ABREVIACIONES

AG	Asamblea General de Naciones Unidas
BCN	Biblioteca del Congreso Nacional
CED	Comité de Desaparición Forzada
CDE	Consejo de Defensa del Estado
CJM	Código de Justicia Militar
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDFP o Convención Interamericana	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIPPDF o Convención Internacional	Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
ICAS	Corte de Apelaciones de Santiago
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos

CPI	Corte Penal Internacional
CS	Corte Suprema
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DPPDP	Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
DF	Desaparición forzada de personas
ERCPI	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
WGEID	Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias
INDH	Instituto Nacional de Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONG's	Organizaciones No Gubernamentales
TC	Tribunal Constitucional de Chile

INTRODUCCIÓN

Generalmente, cuando pensamos en desaparición forzada casi instantáneamente lo hacemos reduciendo el espectro de este delito únicamente a su forma de crimen de lesa humanidad, es decir, cuando es cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque¹ y, a consecuencia de ello, pensamos en la dictadura de Pinochet que azotó a nuestro país entre los años 1973 y 1990, período caracterizado por una intensa práctica estatal de represión política y de atropello a los derechos humanos, siendo una de ellas precisamente la desaparición forzada de quienes eran simpatizantes de la Unidad Popular.

Sin embargo, es menester recordar que la desaparición forzada no sólo puede constituir un crimen de lesa humanidad, sino que también puede ser ejecutado como delito ordinario, práctica prevista y sancionada en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).

Al contrario de lo que se creyó, las desapariciones forzadas no dejaron de existir en el mismo momento en que acabó la dictadura, sino que resurgieron como un fenómeno que logró adaptarse a los tiempos de democracia en nuestro país, bajo el sigilo de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública que a su vez se encontraban amparadas por la justicia militar que conocía de estos casos, como también por el paso del tiempo, gran guardián de los agentes estatales perpetradores de este grave delito, afectando profundamente no solo a la víctima y sus familiares, sino que también el sentir de la sociedad toda, dejando un abismo en la construcción de una historia común.

A fines del año 2017, el Estado de Chile reconoció ante el Comité contra la Desaparición Forzada de Naciones Unidas (CED),² organismo que supervisa la adhesión de los Estados Partes a la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la comisión de tres desapariciones forzadas entre los años 1990 y 2016 (refiriéndose a las víctimas Hugo Arispe, José Huenante y José Vergara) siendo estos los casos “oficiales” de desaparición forzada como delito ordinario en nuestro país, manifestando asimismo su voluntad de cumplir con la obligación adquirida de penalizar el delito ordinario de desaparición forzada.

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 7°.

² Informe que Chile debía presentar en 2012 en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. Fecha de recepción 30 de noviembre de 2017. Comité contra la Desaparición Forzada. CED/C/CHL/1. Distr. General, 6 de febrero de 2018.

Hoy, a cuatro años de la presentación de dicho informe, nuestra legislación aún no contempla una figura penal que sancione su comisión, en evidente infracción a las obligaciones convencionales en materia penal contenidas en los instrumentos internacionales y a los compromisos asumidos por el Estado de Chile ante organismos internacionales.

Frente a dicho panorama normativo, el objetivo general de esta Memoria de Prueba será identificar cómo se trata la desaparición forzada en Chile, evidenciando cuáles son los problemas que nacen a consecuencia de la ausencia de cumplimiento de las obligaciones convencionales señaladas en el ámbito judicial como asimismo cuál ha sido la postura del legislador frente al cumplimiento de dichas obligaciones.

Junto con lo anterior, se busca destacar la actualidad del delito y la necesidad de contar con un tipo penal específico para la resolución de todos los casos de desaparición forzada en nuestro país, reforzando la importancia de incluir un tipo penal ordinario y autónomo que abarque todos los elementos del injusto definidos por el Derecho Internacional y cuya delimitación típica establezca con claridad su diferenciación de otras figuras penales que presentan elementos comunes, adecuando nuestro derecho interno a los estándares internacionales en la materia.

En cuanto a los objetivos específicos, resulta menester indicar los siguientes: i) analizar la regulación de las obligaciones convencionales penales sobre el delito ordinario de desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional, en cuanto a los elementos y consecuencias jurídicas establecidos en los instrumentos internacionales, jurisprudencia internacional y aquellos contemplados en los informes emitidos por los órganos internacionales creados para supervisar su aplicación; ii) analizar sentencias importantes en la materia pronunciadas por los tribunales chilenos, con especial atención a la figura penal utilizada, la pena asignada al caso como también el cumplimiento de los estándares internacionales en la materia; y iii) analizar la postura del legislador frente al cumplimiento de las obligaciones convencionales en materia penal sobre el delito ordinario de desaparición forzada, en el sentido de examinar detenidamente cuáles han sido las tentativas de cumplir con dichas obligaciones, de qué forma y cuáles han sido los argumentos esgrimidos en el *iter* de discusión de dichos proyectos de ley, buscando identificar los problemas existentes en él tanto a nivel particular como general.

Por todo lo expuesto, la presente Memoria de Prueba corresponde a una Memoria Investigación, por cuanto constituirá un reporte del estudio de las actuaciones del legislador que buscan cumplir las obligaciones convencionales en materia penal relativas al delito ordinario de desaparición forzada y los problemas que se presentan en dichos procesos, como también respecto de las consecuencias que ha tenido la ausencia de un tipo penal ordinario al momento de resolver casos en instancias judiciales. Así

las cosas, la pregunta de estudio de la presente Memoria será la siguiente: ¿Cómo han actuado el Poder Judicial y el Poder Legislativo durante el proceso tendiente a cumplir las obligaciones convencionales en materia sobre el delito ordinario de desaparición forzada?

Las razones que motivaron la elección de este tema pueden clasificarse en dos grupos. El primero de ellos obedece al orden de intereses personales, los cuales se encuentran relacionados con el movimiento social iniciado el 18 de octubre de 2019, popularmente denominado “Estallido Social”. En efecto, Chile inició dicho año concluyendo el proceso de examen efectuado por el CED, sin embargo, la situación de los derechos humanos en el país mudó drásticamente a fines de 2019, donde el temor de revivir dolorosas experiencias de la dictadura se volvió cada vez más tangible y junto con ello el temor a que se cometieran nuevas desapariciones forzadas. En lo que a mi persona respecta, viví el Estallido Social en un escenario totalmente diferente, pues me encontraba realizando un intercambio académico en São Paulo, cuestión que generó un sentimiento de angustia al verme impedida de participar presencialmente de dicho movimiento. Es por ello que considero este trabajo una forma de saldar mi deuda con el pueblo de Chile, realizando un humilde aporte para visibilizar la problemática en torno al delito ordinario de desaparición forzada en nuestro país.

En segundo lugar y perteneciente al orden de intereses académicos, me resultó sumamente interesante investigar el delito ordinario de desaparición forzada de personas pues, a pesar de no presentar los elementos de contexto de un crimen de lesa humanidad, también se encuentra revestida de una extrema gravedad.

Debido a lo anterior, surgió un interés por examinar la regulación de derechos humanos en la materia, con el objetivo de evaluar el actuar de dos Poderes del Estado chileno, Judicial y Legislativo, durante el tiempo que ha transcurrido tras la ratificación de dichas convenciones. Durante dicho período nuestro país se ha mantenido al margen de la tipificación de este delito, a pesar de que su ejecución debiera resultar –a todas luces– sumamente incorrecta pues constituye uno de los más graves atentados contra los derechos humanos que una persona podría injustamente sufrir tanto en su modalidad de crimen de lesa humanidad cuanto delito ordinario.

Este trabajo se encuentra dividido en tres capítulos. En el Capítulo I. se analizará las obligaciones convencionales en materia penal sobre el delito ordinario de desaparición forzada a las que se encuentra obligado Chile. En el Capítulo II. se examinarán importantes sentencias de tribunales chilenos en casos de desaparición forzada, las cuales darán cuenta de cómo se ha pronunciado la jurisprudencia en ausencia de tipificación penal. Finalmente, en el Capítulo III. pasaremos a analizar las tentativas de tipificación

de este delito en contraste con los estándares internacionales contenidos en las obligaciones mencionadas.

Metodológicamente, en esta investigación se utilizó un análisis de sentencias seleccionadas sobre casos de desapariciones forzadas. Para ello se procedió en tres fases: i) búsqueda y selección de las sentencias a analizar, ii) lectura de la sentencia con especial énfasis en su parte considerativa, prestando atención al tipo penal y rango de pena aplicados y iii) interpretación de la información en contraste con los estándares internacionales (obligaciones convencionales), para luego elaborar conclusiones.

Por otra parte, para el análisis de las actuaciones del legislador se trabajará a partir de una metodología analítica respecto de los proyectos de ley que buscan regular el delito ordinario de desaparición forzada, examinando sus fundamentos, las indicaciones (en caso de existir), votaciones y el proyecto aprobado, todo lo cual será contrastado con los estándares internacionales indicados.

Finalmente, resulta pertinente agregar que para la confección de las referencias y citas contenidas en el presente trabajo se utilizó el modelo de la norma internacional ISO-690 (*International Organization for Standardization*).

CAPÍTULO I.

LAS OBLIGACIONES DE PENALIZAR EL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS PARTES

1. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Antes de comenzar con la materia de este primer capítulo, es menester indicar en forma previa cuáles son los instrumentos normativos que se han encargado de regular la desaparición forzada de personas (o DF) en el Derecho Internacional. Al respecto, son cuatro los instrumentos que han concretizado dicha tarea, tanto en el Sistema Universal de Derechos Humanos como en el Sistema Interamericano.

El primero de ellos corresponde a la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (DPPDF) aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de la Resolución 47/133 de 1992, surgiendo como una respuesta ante la gran cantidad de desapariciones forzadas cometidas por los regímenes dictatoriales del Cono Sur³. Posteriormente, en 1994 fue adoptada la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP o Convención Interamericana) en la ciudad de Belém en el Estado brasileño de Pará, constituyendo el primer instrumento de carácter regional en regular la materia, radicando en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) la competencia para conocer de la comisión de estos crímenes en los Estados Partes. En tercer lugar, se encuentra el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI), adoptado en 1998 y diferenciándose de los instrumentos ya mencionados al tratar la responsabilidad individual en la comisión de DF y por establecer un tribunal permanente denominado Corte Penal Internacional (CPI) para conocer de estos crímenes graves y de trascendencia internacional de conformidad con su artículo 5° de dicho estatuto. Por último, y agregándose al Sistema Universal de protección de derechos humanos, en 2006 la ONU adoptó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF o Convención Internacional), innovando al establecer el derecho de toda persona a no ser sometido a una DF.

³ Vid. ALFLEN DA SILVA, P. El delito de desaparición forzada de personas y el Derecho penal brasileño. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010), p. 214. Con todo, tal como señala Juan José Gómez Camacho en su texto “La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional” publicado en el año 2007 en la Revista Mexicana de Política Exterior, esta práctica no es exclusiva de los gobiernos autoritarios de América Latina, sino que se trata de una violación a los derechos humanos que afecta a todas las regiones del planeta (p.28).

Para los efectos de esta Memoria de Prueba cobra especial relevancia la Convención Interamericana y la Convención Internacional ya mencionadas, al ser ellas las únicas que contemplan en su articulado las obligaciones internacionales en materia penal sobre el delito de desaparición forzada como delito ordinario –y autónomo–⁴, razón por la cual serán objeto de un análisis pormenorizado en este primer capítulo.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE PREVÉN LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN MATERIA PENAL SOBRE EL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA

2.1. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

El panorama vivido en algunos países latinoamericanos donde las desapariciones forzadas –también llamadas involuntarias– se habían convertido en una práctica recurrente para reprimir a personas disidentes de los regímenes dictatoriales, motivó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) a proponer a los Estados miembros la adopción de una convención que adoptara las medidas necesarias para prevenir y erradicar de manera efectiva dicho crimen⁵.

Uno de los países que más concentraba DF fue precisamente Chile. Al respecto, la CIDH redactó en octubre de 1974 el “*Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile*”⁶. Tal documento dedicó en exclusividad uno de sus capítulos a las detenciones y personas desaparecidas⁷ haciendo alusión a los hechos acaecidos en los días posteriores al 11 de septiembre de 1973. Destacó que la mayoría de las personas privadas de libertad y que se encontraban en prisiones o campos de detención, estaban detenidos sin que se les imputara delito alguno y sin que se les hubiera llamado a prestar declaración ante autoridad alguna que no fuese la aprehensora. A su vez, releva el hecho de existir menores de edad detenidos en estos recintos como también el profundo sufrimiento de los familiares de estas personas

⁴ Cfr. MCCRORY, S. The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance. In: Human Rights Review, i. 3, 2007, p. 551. *Apud.* PEREIRA, L. A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e seus impactos no Brasil. [en línea]. Revista Espaço Jurídico Journal of Law. Publicada el año 2017. Vol. 18 Núm. 2, <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12940>> [consulta: 27 mayo 2020], p. 391.

⁵ Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987. OEA/Ser.L/V/II.71, doc. 9, 22 de septiembre de 1987.

⁶ OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21, 25 octubre 1974. Disponible en <http://www.cidh.org/countryrep/Chile74sp/Indice.htm>.

⁷ Vid. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21, 25 octubre 1974, Cap. IX. Detenciones por tiempo indeterminado y personas desaparecidas.

desaparecidas, quienes se encontraban constantemente angustiados al no obtener información sobre el paradero de sus seres queridos.

En efecto, la CIDH planteó a los Estados la adopción de una convención sin proponer un proyecto redactado, limitándose a presentar directrices generales en cuanto a las materias que debería contener este instrumento. Así indicó, entre otras cosas, que la Convención debía tener por objeto la prevención y sanción de la práctica de desapariciones forzadas como también conceptualizar y describir el fenómeno, para lo cual propuso que su definición fuera la siguiente: “*la detención de una persona por agentes del Estado o con la aquiescencia de éste, sin orden de autoridad competentes, y en la cual su detención es negada sin que existan informaciones sobre el destino o paradero del detenido*”⁸.

Cabe resaltar que en esta propuesta la CIDH indica los elementos constitutivos de este delito, señalando los siguientes: i) la existencia de una detención arbitraria, ii) el confinamiento de la víctima debe ser negado por las autoridades y iii) el destino último de las víctimas es la ejecución y el ocultamiento del cadáver⁹.

Así las cosas, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) invita a los Estados a realizar observaciones y comentarios respecto a la propuesta de la CIDH para luego ésta utilizarlos como insumo para la elaboración de un primer borrador, el que se concretizó en 1988. El borrador contó con la revisión de organizaciones no gubernamentales (ONG’s), sin embargo, sólo el Estado de Venezuela se pronunció al respecto.

Tras una revisión del proyecto por parte de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, el 9 de junio de 1994 fue adoptada la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) en Belém do Pará durante el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

2.2. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas

La Convención Internacional nace como una respuesta a la falta de una regulación de carácter vinculante en el Sistema Universal de Derechos Humanos en materia de desaparición forzada de

⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987. OEA/Ser.L/V/II.71, doc. 9, 22 de septiembre de 1987. Capítulo V, II, §XV.

⁹ *Ídem*.

personas, es decir, no existía un tratado de carácter universal¹⁰ que fuese análogo a la Convención del Sistema Interamericano.

Para lograr dicho objetivo, el 23 de abril de 2001 la Comisión de Derechos Humanos decidió establecer en su 58° período de sesiones un Grupo de Trabajo de composición abierta con el mandato de elaborar a la luz de las conclusiones de un experto independiente, que en el presente caso fue el profesor austriaco y experto en derechos humanos Sr. Manfred NOWAK¹¹, un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹².

Luego de tres décadas de esfuerzos de activistas, juristas y diplomáticos, Naciones Unidas adoptó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas a través de su Resolución n° 61/177 del 20 de diciembre de 2006¹³, entrando en vigor el 23 de diciembre de 2010 al alcanzar la exigencia de ratificación de veinte países exigida en su artículo 39. El Estado de Chile ratificó esta convención el 8 de diciembre de 2009¹⁴. A la fecha, noventa y ocho Estados han firmado la Convención, de los cuales sólo sesenta y dos han procedido a su ratificación¹⁵.

3. LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES EN MATERIA PENAL RELATIVAS AL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

En el presente apartado se analizarán las obligaciones convencionales en materia penal relativas al delito ordinario de desaparición forzada de personas que se encuentran previstas en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas como en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

¹⁰ SFERRAZZA, P. La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y su atribución. Tesis (Doctor en Derecho). Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014, p. 64.

¹¹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. E/CN.4/2002/7. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión. Disponible en <https://undocs.org/sp/E/CN.4/2002/71>.

¹² Cfr. Convención Internacional para la Protección contra las Desapariciones Forzadas. Antecedentes Históricos. *United Nations Audiovisual Library of International Law*. Disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/icpped/icpped_ph_s.pdf. [consulta: 20 de mayo de 2020].

¹³ ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. A/RES/61/177. Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/61/177>.

¹⁴ La lista de los países que han firmado y, en algunos casos, ratificado la Convención se encuentra disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=en.

¹⁵ Información disponible en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en. Consultada el día 20 de mayo de 2020.

Las obligaciones a examinar son las siguientes: obligación de tipificar la desaparición forzada de personas, obligaciones sobre participación y grados de ejecución punibles, obligación de proporcionalidad de la pena, obligación de inaplicabilidad de la eximente de obediencia debida, obligación de limitar la aplicación de leyes de amnistía y la obligación de no aplicar la prescripción.

3.1. Obligación de tipificar la desaparición forzada de personas

Resulta relevante establecer que el uso del término “tipificar” para la denominación de esta obligación se ha empleado en atención a que ambas convenciones emplean dicho término, por lo que ha sido adoptada con fines de ceñirse a las propias palabras de ambos instrumentos, lo cual no significa que anticipadamente se esté determinando el contenido de la misma, cuestión que merece un análisis detenido, empresa que se llevaremos a cabo en el siguiente apartado.

3.1.1. Obligación de penalizar: ¿deber simple o cualificado?

La pregunta de este apartado constituye la primera interrogante a resolver antes de abocarnos al contenido de la obligación de penalizar. Ésta obedece a la clasificación de los deberes de punición planteada por BASCUÑÁN al aplicar la teoría de los actos del habla (*speech acts*) a las relaciones entre enunciados normativos y actos de establecimiento de normas¹⁶.

BASCUÑÁN plantea que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) formula deberes de protección dirigidos a los Estados para que éstos protejan, valga la redundancia, ciertos intereses en su derecho interno, a partir de los cuales se pretende deducir *deberes de punición*, es decir, deberes dirigidos a los Estados para que impongan una pena a los actos de afectación de los intereses que deben proteger. Estos deberes, a su vez, son clasificados por BASCUÑÁN en i) deberes de punición simples, a los que denomina “deberes de incriminación”; o ii) deberes de punición cualificados, a los que denomina “deberes de tipificación”.

Los *deberes de incriminación o simples* se satisfacen con una congruencia en el nivel de las normas, sin exigir además congruencia en el nivel de las disposiciones, siendo crucial que ningún modo de existencia pragmática de los enunciados normativos es determinante en esta relación. Así las cosas, se exige que dicho comportamiento se encuentre descrito en la legislación penal como también que se le

¹⁶ BASCUÑÁN, A. El Derecho Penal chileno ante el Estatuto de Roma. [en línea]. Revista de Estudios de la Justicia. 01 de enero, 2004. Núm. 4, < <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15036> > [consulta: 26 mayo 2020], p. 113 – 114.

impute una sanción, sin embargo, no existe una exigencia en cuanto al uso obligatorio de ciertas frases o palabras, cuestión entregada al criterio del legislador¹⁷.

En oposición, los *deberes de tipificación o cualificados* presuponen un modo de existencia pragmática del deber de punición, el que resulta relevante para su destinatario (Estado Parte). En su formulación *extrema*, un deber de tipificación exige del Estado la transcripción en el nivel del derecho interno de (al menos) un enunciado normativo prefijado convencionalmente. En su formulación *moderada*, un deber de tipificación exige del Estado la configuración de un supuesto de hecho sistemáticamente autónomo, lo que razonablemente incluye una denominación individualizada congruente con el fin de protección del deber de punición.

Respecto a esta interrogante, algunos autores como CAPELLA I ROIG, CALVET MARTÍNEZ y MCCRORY son favorables a una obligación de tipificación moderada, apelando al carácter especial y distintivo de la desaparición y a la insuficiencia de delitos similares, como la tortura o el secuestro¹⁸. En la doctrina nacional, esta opinión es compartida por MAÑALICH quien indica que lo que podría discutirse es si en virtud de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas el Estado de Chile ha contraído un deber moderado o un deber extremo, mas no podría discutirse cuál es la naturaleza de dicho deber, pues parece claro que Chile no ha contraído un mero deber de incriminación¹⁹.

Con todo, existen voces disidentes (y minoritarias) en la opinión doctrinal, al sostener que la naturaleza de la obligación de penalizar la desaparición forzada constituye un deber de incriminación. Ésta es la opinión de MODOLELL, profesor venezolano, quien defiende que la punibilidad de este delito debería determinarse por la ausencia de voluntad política de un Estado en la persecución del crimen y no por la ausencia de tipificación. Por tanto, este autor considera que la forma de tipificación no debería ser obligatoria e incluso señala ser discutible que un Estado Parte deba registrar un delito denominado desaparición forzada de personas para su castigo, sin que pueda recurrir a un concurso real de delitos²⁰.

Para resolver esta cuestión, revisaremos antecedentes tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como en el Universal. En el primero de ellos, la Corte IDH se pronunció al respecto

¹⁷ Cfr. BASCUÑÁN, A. Derechos fundamentales y derecho penal. [en línea]. Revista de Estudios de la Justicia. 01 de enero, 2007. Núm. 9, < <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15113> > [consulta: 26 mayo 2020], p. 61.

¹⁸ Cfr. SFERRAZZA, P. La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y su atribución. Tesis (Doctor en Derecho). Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014, p. 240.

¹⁹ Cfr. MAÑALICH, J. El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía. [en línea]. Revista de Estudios de la Justicia. 01 de enero, 2004. Núm. 5, < <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15042> > [consulta: 26 mayo 2020], pp. 17 – 18.

²⁰ Cfr. MODOLELL, J. El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En AMBOS, K. / BÖHM, M., MALARINO, E., ALFLEN DA SILVA, P., LÓPEZ, C., MEINI, I., GALAIN, P., MODOLELL, J. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e Internacional. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2009, p.183.

en el Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay al señalar que existía un estándar mínimo establecido en el Derecho Internacional en cuanto a la correcta tipificación de este delito y los elementos mínimos que en ella debían observarse²¹, agregando que los Estados podían emplear fórmulas de mayor severidad, siempre que no vulneren otras normas a las que se encuentran obligados, sin embargo, existen elementos que se consideran irreductibles en la fórmula internacional cuya eliminación puede llevar a la impunidad de las conductas que se pretende prevenir, erradicar y sancionar²².

En el Sistema Universal de Derechos Humanos, resulta importante considerar como precedente el comentario emitido por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU²³ (WGEID, por sus siglas en inglés) respecto del artículo 4 de la DPPDP, el que ha señalado que los Estados no están obligados a seguir estrictamente la definición prevista en la DPPDP, sin embargo, deben asegurarse de que el acto de desaparición forzada se defina de una manera que lo distinga claramente de los delitos relacionados, como asimismo deben necesariamente incluir tres elementos mínimos acumulativos: i) privación de libertad contra la voluntad de la persona interesada; ii) participación de funcionarios gubernamentales, al menos indirectamente por aquiescencia; iii) negarse a revelar el destino y el paradero de la persona²⁴.

Asimismo, el Comité de Desaparición Forzada²⁵ (CED, por sus siglas en inglés), órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional por sus Estados miembros, se ha manifestado sobre esta cuestión en observaciones realizadas tras examinar los informes presentados por Estados Partes de la Convención Internacional en virtud del art. 29 de la misma, al señalar que la mención de diversos delitos existentes no basta para dar cumplimiento a la obligación dimanante del artículo 4 (obligación de tipificar) puesto que la desaparición forzada no es una serie de

²¹ En el Caso Radilla Pacheco Vs. México, que los elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada son: a) la privación de libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención de revelar la suerte o paradero de la persona interesada. *Vid.* Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 140. En el mismo sentido: Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 60; Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 95; Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 82; Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 113.

²² *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 92. En el mismo sentido: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 208; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 318.

²³ Atendido al mandato de carácter humanitario que posee el Grupo de Trabajo, sus recomendaciones deben ser acatadas por los Estados de buena fe.

²⁴ *Vid.* E/CN.4/1996/38, ONU. Comentario general del artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, párr. 56.

²⁵ Las resoluciones del CED son obligatorias para los Estados que acepten su competencia. Al respecto, el Estado de Chile aceptó, en virtud del artículo 31 de la Convención Internacional, la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada al momento de la ratificación de dicho instrumento internacional.

delitos distintos, sino más bien un solo delito complejo. Frente a ello, agrega que para dar cumplimiento a la obligación contemplada en el artículo 4 los Estados deben tipificar el delito de desaparición forzada como un delito autónomo que se ajuste a la definición del artículo 2 de la Convención Internacional y que se distinga de otros delitos²⁶.

Por lo tanto, podemos concluir que ambos sistemas entienden que la obligación de penalizar regulada en sus respectivas convenciones tiene la naturaleza de un deber de tipificación *moderado*, toda vez que ninguna exige una formulación única para el cumplimiento de la obligación, sino que establecen directrices o estándares mínimos que deben ser considerados al momento de crear una figura jurídica, de modo que “la tipificación doméstica pueda estar uniformizada (en cuanto al tipo y pena) a los parámetros internacionales”²⁷.

A continuación, pasaremos a examinar los estándares internacionales que deberán ser contemplados por los Estados al momento de incorporar en sus respectivas legislaciones la figura de desaparición forzada.

3.1.2. Descripción de la conducta típica: elementos del delito

En esta sección analizaremos cada uno de los elementos que componen el delito de DF y que, a su vez, constituyen los parámetros mínimos definidos por el Derecho Internacional para abarcar completamente el injusto comprendido en este delito.

Para tal cometido, nos detendremos a examinar las definiciones del delito en las convenciones estudiadas pues resultan indispensables para ilustrar a los Estados la mejor manera para tipificar la desaparición como delito ordinario en el ordenamiento jurídico interno²⁸.

²⁶ *Cfr.* COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por Alemania en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención. CED/C/DEU/CO/1. Distr. General, 10 de abril de 2014, párr. 7; Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención. CED/C/ESP/CO/1. Distr. General, 12 de diciembre de 2013, párr. 9; Observaciones finales sobre el informe presentado por Italia en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención. CED/C/ITA/CO/1. Distr. General, 10 de mayo de 2019, párr. 15; Observaciones finales sobre el informe presentado por Portugal en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/PRT/CO/1. Distr. General, 5 de diciembre de 2018, párr. 15.

²⁷ PEREIRA, L. As Convenções sobre o desaparecimento forçado de pessoas breves reflexões sobre seus impactos na ordem jurídica brasileira. [en línea]. Revista Juris UniToledo. Publicada el año 2018. Vol. 3 Núm. 2, <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2432>> [consulta: 27 mayo 2020], pp. 17 – 18.

²⁸ *Cfr.* SFERRAZZA, P. La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. [en línea] Revista Ius et Praxis, Vol. 25 - Núm. 1, 2019. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1252>>, p. 133. [consulta: 03 de junio de 2020].

En lo que respecta a esta Memoria, dos son las definiciones que nos interesan: i) la contemplada en el artículo II de la Convención Interamericana y ii) aquella establecida en el artículo 2 de la Convención Internacional.

Debido a la similitud de la conceptualización del delito en ambos instrumentos, se ha decidido realizar un análisis conjunto en cuanto a sus elementos resaltando cuando sea procedente las diferencias que ellas presentan con el objetivo de delinear el contenido de la obligación de tipificación en estudio. Para ello se ha confeccionado la siguiente tabla:

Tabla N°1. El delito ordinario de desaparición forzada de personas

	CONVENCIÓN INTERAMERICANA	CONVENCIÓN INTERNACIONAL
Año	1994.	2006.
Organismo	Organización de los Estados Americanos.	Organización de las Naciones Unidas.
Sistema	Interamericano de Derechos Humanos.	Universal de Derechos Humanos.
Artículo	Artículo II.	Artículo 2.
Definición	Se considera desaparición forzada <i>la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma</i> , cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la <i>falta de información</i> o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de <i>informar</i> sobre el paradero de la persona.	Se entenderá por 'desaparición forzada' <i>el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad</i> 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 <i>ocultamiento de la suerte</i> o el paradero de la persona desaparecida.
Consecuencia	Se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.	Sustracción de la persona desaparecida a la protección de la ley.
Artículos relacionados	-	Artículo 3. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.

*Elaboración propia sobre la base de los instrumentos internacionales en ella citados. Énfasis agregados.

Como es posible inferir a partir de la Tabla N°1, ambos instrumentos contienen definiciones de gran similitud, respecto de las cuales es posible extraer tres elementos comunes y necesarios para la configuración del delito de desaparición forzada.

En primer lugar, debe existir una privación de libertad; en segundo lugar, dicha privación debe ser cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; y, en tercer lugar, deberá producirse una falta de información o negativa a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

A continuación, nos abocaremos al análisis de cada elemento en forma separada.

A) Privación de libertad personal

La privación de libertad personal es el primer elemento constitutivo del delito de DF, marcando el inicio de su ejecución según lo establecido en ambas convenciones. Sin embargo, llama la atención la diferencia en cuanto al modo de describir esta conducta inicial. La Convención Interamericana utiliza una cláusula genérica (“cualquiera fuere su forma”) abarcando cualquier tipo de conducta que lleve a la privación de libertad. Por su parte, la Convención Internacional optó por señalar algunas conductas a modo de ejemplo (arresto, detención o secuestro) para luego insertar una cláusula *numerus apertus* (“o cualquier otra forma de privación de libertad”) dejando esa lista sin un punto final. Con todo, el elemento inicial es el mismo²⁹.

En ambas convenciones uno de los aspectos característicos de este elemento es que no existe (ni se exige) una única modalidad considerada válida para llevarlo a la práctica, sino que sólo se requiere que la víctima sea privada de libertad³⁰.

Debido a lo anterior, resulta relevante definir a partir de qué momento nos enfrentamos a una privación de libertad de carácter ilegítima. Considerando que ésta se configura a partir del incumplimiento de las formalidades establecidas en la ley para privar de libertad a una persona, podemos concluir que existen dos hipótesis para su concreción.

²⁹ Cfr. SFERRAZZA, P. La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. [en línea] Revista Ius et Praxis, Vol. 25 - Núm. 1, 2019. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1252>>, p. 138. [consulta: 03 de junio de 2020].

³⁰ *Ibid.* p. 137.

En primer lugar, cuando una persona que se encuentra libre es detenida fuera de los márgenes establecidos por la ley, restringiéndose su derecho a la libertad personal. Esta es la hipótesis de ilegalidad *ab initio*.

Por su parte, la segunda hipótesis dice relación con quienes han sido detenidos en cumplimiento de los requisitos legales de procedencia establecidos por el legislador o quienes se encuentran cumpliendo una condena privativa de libertad. En este caso, la ilegalidad de la privación de libertad es sobreviniente, es decir, se presenta en un momento posterior³¹.

En ambas hipótesis, la ilegalidad deviene de la denegación de información respecto del paradero, suerte o privación de libertad de la víctima³².

En nuestro país, de acuerdo con el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República (CPR), una detención será legal cuando cumpla con los siguientes requisitos: i) deberá existir una orden de arresto o detención expedida por un funcionario público expresamente facultado por la ley³³ y ii) dicha orden debe ser intimada en forma legal³⁴. La única excepción al cumplimiento de estos requisitos es la detención por delito flagrante, sin embargo, dicha detención deberá practicarse sólo con objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las 24 horas siguientes. Estos requisitos también se encuentran previstos en el artículo 125 del Código Procesal Penal (CPP).

Por último, resulta interesante resaltar que ninguna de las convenciones exige un mínimo temporal de privación de libertad para que el delito en cuestión se configure. En el Sistema Interamericano, la definición implica que no se entregue información del paradero de la persona, lo cual se entiende en sí mismo como un impedimento para el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. Por tanto, la conducta de dejar a una persona por un breve tiempo al margen del amparo de

³¹ Cfr. SANTA CRUZ, S. La desaparición forzada de personas en el Sistema Interamericano. [en línea]. Tesis (Máster en Derecho Público). Madrid, España. Universidad Carlos III de Madrid, Facultad de Derecho, 2015, <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22474/TFM_santa_cruz_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y> p. 14. [consulta: 03 de junio de 2020]. *Apud*. PÉREZ, M. Enforced disappearances in international human rights. McFarland & Company, Jefferson, North Carolina and London, 2006 p. 11.

³² MODOLELL, J. El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *En* AMBOS, K. / BÖHM, M., MALARINO, E., ALFLEN DA SILVA, P., LÓPEZ, C., MEINI, I., GALAIN, P., MODOLELL, J. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e Internacional. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2009, p. 188.

³³ Los funcionarios públicos facultados para emitir órdenes de arresto son: a) el Presidente de la República cuando se hubiera declarado estado de sitio, de acuerdo con el artículo 43, inciso 2 de la CPR; b) los jueces con competencia en materias penales, a solicitud del Ministerio Público, según lo prevé el artículo 127 del CPP; c) cualquier juez cuando se cometa un delito en su despacho, según lo establece el artículo 128 del CPP; d) los jueces con competencia en materia de familia, en el caso regulado en el artículo 14 de la ley 14.908.

³⁴ La orden de detención deberá ser debidamente notificada a quien debiere ser detenido o detenida, la que deberá contener, de acuerdo con el artículo 154 del CPP, a) la identificación de la persona que se detiene; b) el motivo de su detención; y c) la indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento donde se llevará detenido.

la ley porque no se brinda información sobre su paradero, también debe ser calificada como desaparición forzada³⁵.

En el Sistema Universal, es posible analizar la temporalidad de la privación de libertad a partir del caso *Yrusta Vs. Argentina*³⁶.

En cuanto a los hechos de dicho caso, Roberto Yrusta se encontraba cumpliendo una pena privativa de libertad en el Complejo Carcelario N°1 Reverendo Francisco Luchesse (cárcel de Bouwer) ubicado en la provincia de Córdoba. Solicitó su traslado a la provincia de Santiago del Estero debido a que era constantemente sometido a maltratos y torturas por parte de los funcionarios del recinto de Córdoba, además parte de su familia residía en dicha localidad. Sin embargo, con fecha 16 de enero de 2013 fue trasladado a otra provincia sin su consentimiento.

Dicha situación no fue debidamente informada a sus familiares, incluso cuando solicitaron expresamente información sobre su paradero. Roberto Yrusta permaneció “más de siete días” incomunicado de su familia, logrando reestablecer contacto tras haber transcurrido ese período. Una semana después, se informa a la familia que el Sr. Yrusta fue encontrado en su celda ahorcado, situación de dudosa veracidad según las hermanas del fallecido, pues presentaba signos de haber sido asesinado³⁷.

Este caso fue sometido a conocimiento del CED en 2013. Con fecha 12 de abril de 2016, el organismo internacional emitió el correspondiente Dictamen respecto de la comunicación presentada por las hermanas del Sr. Yrusta³⁸.

Al respecto, el CED consideró que la falta de respuesta de las autoridades penitenciarias a las peticiones de información de la familia del Sr. Yrusta sobre su paradero, así como la falta de información en cuanto a lo ocurrido durante los más de siete días en los cuales su paradero quedó desconocido, constituyen un ocultamiento de su suerte y paradero. Adicionalmente, debido a que no pudo comunicarse con nadie y ni él ni su familia tuvieron acceso a un tribunal, el Sr. Yrusta fue impedido de ejercitar los recursos legales procedentes. Frente a ello, el CED concluye que los actos de los cuales fue objeto el Sr.

³⁵ *Ibid.*, p. 182.

³⁶ Vid. SFERRAZZA, P. La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. [en línea] Revista Ius et Praxis, Vol. 25 - Núm. 1, 2019. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1252>>, p. 140 – 141. [consulta: 03 de junio de 2020].

³⁷ Vid. CED/C/10/D/1/2013, ONU. Dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en Yrusta versus Argentina, párr. 2.4.

³⁸ Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18494&LangID=S>. Fecha de consulta 23 de abril de 2020.

Yrusta durante más de siete días constituyen una desaparición forzada, en violación a los artículos 1 y 2 de la Convención³⁹.

B) Sujeto activo

Respecto al segundo elemento es posible constatar que tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional establecen que el delito ordinario de desaparición forzada puede ser cometido por: i) agentes estatales –actuación directa del Estado– o ii) personas o grupos de personas que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado –actuación indirecta del Estado–, por lo que estaríamos frente a un delito especial⁴⁰, toda vez que sólo puede ser cometido por quienes revisten una calidad especial o por quienes actúan vinculados al Estado.

En cuanto a los agentes estatales, éstos deben ser entendidos como quienes, de acuerdo con la legislación doméstica de cada país, forman parte de la estructura orgánica del Estado⁴¹ sin importar cuál sea la jerarquía del agente que ejecuta la desaparición forzada como tampoco a cuál poder –ejecutivo, legislativo o judicial– pertenezca el órgano⁴², toda vez que de conformidad con el principio de unidad podrá ser atribuida su actuación al Estado⁴³. Con todo, la ejecución de la gran mayoría de los casos de desaparición forzada es llevada a cabo por agentes estatales pertenecientes al ejército o a los cuerpos policiales, cuestión que no ha presentado excepción en nuestro país respecto de las DF cometidas como delito ordinario⁴⁴.

Por otra parte, los instrumentos internacionales en análisis prevén que el delito de desaparición forzada puede ser perpetrado por una persona o grupos de personas de las cuales, a pesar de no formar parte de la estructura orgánica del Estado, sus actos se predicen vinculados a éste, “como sería el caso

³⁹ CED/C/10/D/1/2013, ONU. Dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en Yrusta versus Argentina, párr. 10.4.

⁴⁰ *Vid.* AMBOS, K., BÖHM, M. *En* AMBOS, K., p. 208 / BÖHM, M., MALARINO, E., ALFLEN DA SILVA, P., LÓPEZ, C., MEINI, I., GALAIN, P., MODOLELL, J. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e Internacional. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2009.

⁴¹ *Cfr.* SFERRAZZA, P. La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. [en línea] Revista Ius et Praxis, Vol. 25 - Núm. 1, 2019. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1252>>, p. 155. [consulta: 03 de junio de 2020].

⁴² *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 321.

⁴³ LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 229.

⁴⁴ Nos referimos a los casos de Hugo Arispe Carvajal (quien fue detenido el 10 de enero de 2001 por Carabineros de Chile bajo el argumento que se encontraba en estado de ebriedad en la vía pública. Debido a que no tenía dinero para pagar la multa impuesta, fue llevado al Centro Penitenciario de Acha en Arica, desde entonces su rastro desapareció), José Huenante Huenante (detenido el 3 de septiembre de 2005 en Puerto Montt por funcionarios de Carabineros de Chile, quien desde ese entonces se encuentra desaparecido) y José Vergara Espinoza (detenido por cuatro funcionarios de Carabineros de Chile con fecha 13 de septiembre de 2015 en Alto Hospicio, quien se encontraba alterado debido a un ataque de esquizofrenia). Estos casos serán analizados con detención en el Capítulo II.

de los grupos paramilitares, parapoliciales o de justicia privada que operan con complicidad de agentes del Estado”⁴⁵. Éstos son los llamados agentes no estatales que actúan vinculados al Estado, donde su relación surge a partir de los tres conceptos comprendidos en las definiciones estudiadas, a saber: autorización, apoyo o aquiescencia del Estado.

Para una mejor comprensión de la actuación de los agentes no estatales vinculados al Estado, resulta importante que nos detengamos en la definición de los tres conceptos indicados en el párrafo anterior, pues es en ellos donde radica la fundamentación de la aplicación de esta figura cuando es perpetrada por personas que no son agentes estatales.

Para dicha empresa, consideramos adecuado el uso de las definiciones otorgadas por PÉREZ SOLLA, para quien la *autorización* consiste en la orden directa del Estado. Por su parte, el *apoyo* equivale al consentimiento estatal. Finalmente, la *aquiescencia*⁴⁶ dice relación con tener conocimiento sobre la actual o potencial ejecución de desapariciones forzadas, omitiéndose las actuaciones necesarias para evitar su comisión, esto es, tolerando su ejecución⁴⁷.

Respecto de ambas categorías de sujetos activos, el Sistema Interamericano ha puesto énfasis en que el tipo penal incorporado a la legislación doméstica de los Estados no sólo debe sancionar las desapariciones forzadas perpetradas por agentes estatales, sino que también aquellas perpetradas por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado⁴⁸.

Por otra parte, resulta importante destacar que, a pesar de que ambas convenciones prevén de igual manera al sujeto activo del delito de desaparición forzada, existe una segunda norma en el Sistema Universal que se pronuncia al respecto, abriendo el espectro de quienes podrían ser considerados sujetos activos de este delito. En efecto, el artículo 3 de la Convención Internacional establece lo siguiente:

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr 87 b).

⁴⁶ Un caso donde se consideró comprobada la aquiescencia del Estado fue en Blake Vs. Guatemala. El caso versa sobre la desaparición forzada de dos periodistas norteamericanos (Chapman Blake y Griffith Davis) residentes en dicho Estado por miembros de la Patrulla de Autodefensa Civil de El Llano en 1985. Dichas patrullas tenían un relación institucional con el Ejército, siendo auxiliadas y coordinadas por el Ministerio de la Defensa Nacional. Además, recibían recursos, armamentos, entrenamiento y órdenes directas del Ejército en cuanto a sus acciones y operaban bajo su supervisión. Así las cosas, la Corte IDH declaró que “la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados”. Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 52 p) y 68 - 78.

⁴⁷ SFERRAZZA, P. La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y su atribución. Tesis (Doctor en Derecho). Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014, p. 103. *Apud* PÉREZ SOLLA, M. Enforced Disappearances in International Human Rights: Jefferson: McFarland & Company, 2006, p. 12.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 320.

“Artículo 3. Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”.

Este artículo ha sido objeto de críticas⁴⁹ puesto que su redacción presenta contradicciones en cuanto a la definición de desaparición forzada que la misma Convención Internacional prevé en el artículo que le precede, según la cual dichos comportamientos no podrían ser calificados bajo la figura penal de desaparición forzada⁵⁰.

La inclusión de esta norma se puede explicar si tomamos en consideración los trabajos preparatorios de este instrumento donde, por una parte, existían delegaciones –como la rusa– que promovían la inclusión de agentes no estatales sin conexión con el Estado y, por otra, tanto las delegaciones de países latinoamericanos como las ONG’s se oponían a dicha inclusión pues desvirtuaría la figura penal que se caracteriza por la participación directa o indirecta del Estado⁵¹. Finalmente, se optó por la solución salomónica de incluir en la Convención el artículo ya citado.

Con todo, si bien el artículo 3 de la Convención Internacional prevé la obligación de investigar las desapariciones perpetradas por agentes no estatales sin conexión con el Estado, no es posible interpretar que, a partir de dicha obligación, además existe el deber convencional de tipificación de la conducta antijurídica de éstos. Sobre ello, creemos correcta la opinión de LÓPEZ, quien considera que hasta que no se consolide una norma diferente en el Derecho Internacional, seguirá siendo necesario acreditar que la privación de libertad de la víctima fue realizada por agentes del Estado quienes además se negaron a informar sobre su paradero⁵².

⁴⁹ El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias sostuvo que la inclusión de agentes no estatales que actúan sin la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado diluye la responsabilidad estatal (E/CN.4/2006/56/Add.1 de 17 de enero de 2006, párr. 48). Por otra parte, y en un sentido contrario, Gómez Camacho ha defendido que la inserción del artículo 3 de la Convención Internacional es positiva pues, al enfocarse principalmente en los hechos, en la víctima y en el resultado de la acción, redundan en una mayor protección a la víctima. Vid. GÓMEZ, J. La desaparición forzada de personas: avances en el derecho internacional. *Revista Mexicana de Política Exterior*, Núm. 66, 2007, p. 33.

⁵⁰ Vid. CHINCHÓN, J. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la <<Ley de Memoria Histórica>>. [en línea]. *Revista Foro, Nueva Época*. Núm. 7, 2008. <<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0808120013A>> [consulta: 02 de junio de 2020], p. 24.

⁵¹ Vid. E/CN.4/2005/66, ONU. Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; como también GALELLA, P. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Un gran paso hacia una mayor protección en la lucha contra este fenómeno. [en línea]. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, Núm. 21, 2010. <<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6016>> [consulta: 02 de junio de 2020], p. 87.

⁵² Cfr. LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 256.

La concepción del Estado como sujeto activo principal del delito en comento –ya sea a través de una participación directa o indirecta– estriba en distintos motivos.

En primer lugar, como consecuencia lógica de ser éste quien voluntariamente se obliga a cumplir las normas de Derecho Internacional que regulan este ilícito, donde su infracción conlleva responsabilidad a nivel internacional.

Como segundo motivo, es menester considerar el contexto histórico en el que fue redactado uno de los instrumentos analizados en esta Memoria: la Convención Interamericana, donde el panorama vivido en algunos países latinoamericanos durante los períodos dictatoriales –entre ellos, Chile⁵³– motivó a la CIDH a proponer la adopción de dicha convención (véase *supra* 2.1.).

En tercer lugar, y directamente ligado a lo anterior, otro motivo que incide en dicha concepción es la lucha que han levantado los familiares de víctimas de desaparición forzada para que este delito sea considerado un delito de Estado, oponiéndose a la inclusión de agentes no estatales sin vinculación con el aparato estatal, en atención a la construcción histórica de la desaparición forzada como violación a los derechos humanos.

Finalmente, resulta importante destacar que el delito presupone que quien ejecuta la privación de libertad tenga un deber jurídico especial de informar sobre el paradero del detenido y de permitirle a este el control de su detención, por lo cual ha de ser entendido como un delito de infracción de deber. Sin embargo, si consideramos que estos deberes sólo pueden concurrir en órganos estatales, ¿por qué las convenciones prevén dentro del sujeto activo del delito a los agentes no estatales que actúan vinculados al Estado? Aquí es donde los elementos de vinculación que contempla la norma –apoyo, autorización o aquiescencia– cobran real importancia, pues son ellos los que generan la responsabilidad del Estado y, junto a ello, el deber de informar a través de sus agentes⁵⁴.

⁵³ Uno de los países que más concentraba desapariciones fue, precisamente, Chile. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos redactó en octubre de 1974 el “Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile”. Tal informe, de una extensión de veintiocho capítulos, dedicó en exclusividad uno de ellos a las detenciones y personas desaparecidas, haciendo alusión a los hechos acaecidos los días siguientes al 11 de septiembre de 1973. Así, destacó el hecho de que la mayoría de las personas privadas de libertad y que se encontraban en prisiones o campos de detención, se encontraban detenidos sin que se les imputara delito alguno y sin que se les hubiera llamado a prestar declaración ante ninguna autoridad, que no fuese la aprehensora. Resalta, a su vez, el hecho de existir inclusive menores de edad detenidos en estos recintos como asimismo el profundo sufrimiento de los familiares de estos desaparecidos, quienes se encontraban diariamente angustiados al no obtener información sobre el paradero de sus seres queridos.

⁵⁴ *Cfr.* MODOLELL, J. El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *En* AMBOS, K. / BÖHM, M., MALARINO, E., ALFLEN DA SILVA, P., LÓPEZ, C., MEINI, I., GALAIN, P., MODOLELL, J. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e Internacional. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2009, p. 191.

C) Negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona desaparecida

En lo que respecta a este elemento, la doctrina se muestra conteste en concebir la denegación de información como constitutiva de una segunda fase en la ejecución del delito de desaparición forzada⁵⁵. Lo anterior es consecuencia precisamente de la redacción utilizada en las definiciones previstas en los instrumentos internacionales atinentes, al emplear la expresión “*seguida de*”, dando cuenta de una secuencia cronológica en la configuración de este delito que inicia con la privación de libertad y se consuma con el elemento en estudio⁵⁶, expresión que es contemplada en la redacción de ambas convenciones estudiadas en este capítulo.

Este elemento presenta una especial importancia toda vez que permite delinear las diferencias que existen entre la figura penal de desaparición forzada con otros delitos a los que usualmente se le relaciona, como el delito de secuestro y el de detención ilegal⁵⁷. Al respecto, la Corte IDH ha destacado la relevancia de contemplar el elemento de negativa de información cuando se tipifica el delito en las legislaciones domésticas, puesto que éste permite la aplicación de criterios probatorios adecuados e imponer penas que consideren la extrema gravedad inherente de este delito⁵⁸.

Para una mejor comprensión de este elemento es preciso delinear con nitidez su contenido. Al respecto, ambas convenciones prevén que la información a entregar debe versar respecto a la privación de libertad y el paradero de la víctima, agregando la Convención Internacional que deberá informarse sobre su suerte. Así las cosas, en primer lugar, deberá informarse si la persona efectivamente fue privada de libertad. Respecto del “*paradero*”, comprende la comunicación de la ubicación exacta del lugar en que se encuentra la persona privada de libertad. Por su parte, en cuanto a la “*suerte*” se debe informar si la persona está con vida o si ha fallecido. Respecto de lo último, además deberá informarse dónde se encuentran sus restos⁵⁹.

⁵⁵ Vid. AMBOS, K./ BÖHM, M., 2009; LÓPEZ, C., 2017; SFERRAZZA, P., 2019.

⁵⁶ Vid. GALAIN, P. En AMBOS, K. / BÖHM, M., MALARINO, E., ALFLEN DA SILVA, P., LÓPEZ, C., MEINI, I., GALAIN, P., MODOLELL, J. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e Internacional. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2009, p. 151.

⁵⁷ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 323.

⁵⁸ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 103. En el mismo sentido, vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 198.

⁵⁹ Cfr. SFERRAZZA, P. La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y su atribución. Tesis (Doctor en Derecho). Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014, p. 91.

Por otra parte, la denegación de información puede configurarse tanto por medio de una acción como por una omisión. La primera modalidad dice relación con los casos donde la autoridad (i) se niega a reconocer la detención de la víctima⁶⁰ o (ii) se niega a entregar información relativa a su suerte o paradero, cuestión contemplada tanto en la Convención Interamericana como Internacional.

En cuanto a la segunda modalidad, la desaparición forzada se configura cuando el agente constitutivo de la privación de libertad (u otro que tenga conocimiento de ella sin haber participado en su ejecución) omite entregar de manera oportuna información relativa a la detención, paradero o suerte de la víctima, todo ello sin que exista una negativa expresa de su parte⁶¹. En este punto, resulta pertinente preguntarse si es necesario el requerimiento de una persona con un interés legítimo en obtener dichas informaciones para que se configure esta segunda fase del delito. Al respecto, la doctrina mayoritaria ha respondido en forma negativa, toda vez que de lo contrario se haría depender la configuración de uno de los elementos del tipo en el comportamiento de un tercero ajeno del mismo⁶². Además, debemos considerar que dicha información, con o sin requerimiento de un tercero, siempre debiera ser entregada *ex officio* al juez natural del detenido⁶³.

Finalmente, es importante destacar que la Convención Internacional además prevé en su artículo 18 el deber de otorgar acceso a otras informaciones sobre una persona privada de libertad, el que no debe ser confundido con la conducta denegatoria de información como tercer elemento del delito de desaparición forzada. En efecto, el contenido del deber del art. 18 es mucho más amplio que el de la denegación de información como elemento del delito, pues las informaciones que deberán ser entregadas en virtud de este artículo se refieren a lo siguiente: a) la autoridad que decidió la privación de libertad; b) la fecha, la hora y el lugar en que la persona fue privada de libertad y admitida en un lugar de privación de libertad; c) la autoridad que controla la privación de libertad; d) el lugar donde se encuentra la persona privada de libertad y, en caso de traslado hacia otro lugar de privación de libertad, el destino y la autoridad responsable del traslado; e) la fecha, la hora y el lugar de la liberación; f) los elementos

⁶⁰ *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 268.

⁶¹ *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador. Sentencia de 15 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 127 y ss.

⁶² LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 220. Además, véase el artículo 131 del Código Procesal Penal que establece los plazos de detención.

⁶³ *Ídem.*

relativos al estado de salud de la persona privada de libertad; g) en caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos⁶⁴.

Así las cosas, y en virtud de la diferencia de ambas instituciones, el supuesto de que no se entregue alguna de las informaciones previstas en el artículo 18 no es constitutivo del delito de desaparición forzada, toda vez que la denegación de información como elemento del tipo sólo se refiere a tres cuestiones: la privación de libertad, la suerte y el paradero de la víctima⁶⁵.

3.1.3. Consecuencia del delito

En cuanto a la consecuencia jurídica del delito de desaparición forzada, la redacción de la convención del Sistema Universal difiere de su equivalente en el Sistema Interamericano. Sin embargo, veremos que a pesar de que cada convención presenta una redacción distinta, ellas no se diferencian en lo sustancial la una de la otra.

En efecto, la Convención Internacional prevé en su artículo 2 que la consecuencia del delito de desaparición forzada es la “*sustracción de la víctima a la protección de la ley*”. Al respecto, el Comité de Desapariciones Forzadas con motivo del dictamen pronunciado en el Caso Yrusta señaló que “un detenido queda sustraído a la protección de la ley cuando, como consecuencia de su desaparición, se impide ejercitar los recursos que la legislación del Estado Parte pone a su disposición”⁶⁶, aclaración que precisamente corresponde a la consecuencia contemplada en el artículo II de la Convención Interamericana⁶⁷, norma que incluso es citada por el CED al momento de realizar la aclaración indicada⁶⁸ lo que da cuenta que ambas convenciones prevén una consecuencia jurídica idéntica.

Tras haber despejado lo anterior, resulta importante referirnos a la discusión doctrinal que ha producido la inclusión de “la sustracción a la protección de la ley” en la definición del delito tanto en el Sistema Interamericano (bajo su propia redacción) como en el Sistema Universal. En efecto, dicha discusión resulta ser una cuestión fundamental para los efectos de su tipificación en el ámbito doméstico de cada Estado Parte, donde algunos consideran que su inclusión como cuarto elemento del tipo penal es sumamente necesaria, mientras que otros sostienen que la sustracción a la protección de la ley no es

⁶⁴ SFERRAZZA, P. La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. [en línea] Revista Ius et Praxis, Vol. 25 - Núm. 1, 2019. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1252>>, p. 144 – 145. [consulta: 03 de junio de 2020].

⁶⁵ *Ídem*.

⁶⁶ CED/C/10/D/1/2013, ONU. Dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en Yrusta versus Argentina, párr. 10.4.

⁶⁷ *Vid. Supra* Tabla N° 1.

⁶⁸ *Vid. CED/C/10/D/1/2013*, ONU. Dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en Yrusta versus Argentina, nota al pie núm. 10.

sino una consecuencia de los tres elementos ya mencionados en esta Memoria y no un elemento definitorio⁶⁹. Además, desde una opinión minoritaria, hay quienes sostienen que se trataría de un fin que debe perseguir el autor cuando realiza la conducta típica, pero que no resulta necesario para su consumación, siendo calificado como un delito de tendencia interna trascendente⁷⁰.

Considerar que la sustracción a la protección de la ley constituye un cuarto elemento conlleva agregar una carga probatoria adicional para la víctima y sus familiares⁷¹, puesto que deberán emprender la compleja tarea de acreditar que el ánimo del agente del Estado o del particular que actuó con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado era precisamente sustraer a la víctima de la protección de la ley en circunstancias de que, tal como lo destaca GÓMEZ CAMACHO, “la intención en este tipo de violaciones no es privar a una persona de la protección de la ley sino, como su nombre lo indica, desaparecerla”⁷². Así las cosas, consideramos que la sustracción a la protección de la ley debe ser entendida no como un cuarto elemento del delito, sino como la consecuencia de la conjunción de los tres elementos analizados con precedencia, esto es lo que SFERRAZZA denomina como “objetivación de la sustracción de la protección de la ley”⁷³ y que consideramos es la solución más adecuada desde una perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud de la aplicación de los principios *pro homine* (también conocido como principio favor persona)⁷⁴ y de protección a la víctima.

⁶⁹ Cfr. LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 257.

⁷⁰ Vid. MODOLELL, J. El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En AMBOS, K. / BÖHM, M., MALARINO, E., ALFLEN DA SILVA, P., LÓPEZ, C., MEINI, I., GALAIN, P., MODOLELL, J. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e Internacional. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2009, p. 190.

⁷¹ La Corte IDH ha considerado que los familiares de las víctimas de desaparición forzada son, a su vez, víctimas, toda vez que “las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos”. Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo), párr. 160. Para un análisis más profundo sobre los familiares como víctima, véase GALDÁMEZ, L. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. Revista Chilena de Derecho [en línea]. 2007, vol. 34, n.3. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=s0718-34372007000300005&script=sci_arttext#n32>.

⁷² GÓMEZ, J. La desaparición forzada de personas: avances en el derecho internacional. Revista Mexicana de Política Exterior, Núm. 66, 2007, p. 37.

⁷³ SFERRAZZA, P. La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y su atribución. Tesis (Doctor en Derecho). Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014, p. 121.

⁷⁴ Este criterio es citado por López, C. (2017) para determinar la naturaleza de la “sustracción de la ley” en la definición de desaparición forzada. Este autor, además, hace mención del concepto entregado por Henderson para quien el principio *pro homine* “se puede considerar como un criterio hermenéutico que informa todo el derechos de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos”. Además, HENDERSON defiende el reconocimiento de este principio en el artículo XV de la Convención Interamericana. Vid. HENDERSON, H. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. [en línea]. Revista IIDH, Vol. 39, 2004. <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20princ%C3%ADpio%20pro%20homine.pdf>>, pp. 88-91. [consulta: 10 de julio de 2020].

Cabe agregar que tanto la Corte IDH como el CED han optado por concebir que la sustracción de la protección de la ley corresponde a la consecuencia de los elementos del delito y no un elemento intencional necesario para la incriminación de la conducta delictiva⁷⁵.

Así las cosas, diremos que la consecuencia de la DF se produce como resultado de los tres elementos analizados y, sobre todo, a partir de la denegación de información. Ello debido a que la víctima se encuentra físicamente impedida tanto de ejercer los recursos que la ley le otorga como de comunicarse con sus familiares o con las autoridades que deben velar por la legalidad de la detención. Sobre este punto, SFERRAZZA indica que incluso cuando los familiares u otras personas cercanas al desaparecido puedan interponer recursos procesales a su favor, su eficacia se verá obstaculizada por la ausencia de información sobre la persona desaparecida, lo que dificultará hallarla, revisar la juridicidad de su detención y solicitar su puesta en libertad⁷⁶.

En efecto, la ausencia de información representa un obstáculo de grandes dimensiones para el caso en que los familiares tengan la intención de poner en movimiento el aparato judicial con la finalidad de que se proceda a la búsqueda de su ser querido, toda vez que el desconocimiento de su paradero y de quién o quiénes son responsables de este delito plantea problemas para determinar contra quién o qué institución debería dirigirse el recurso, cuestión que se ve agravada al considerar “que en una desaparición forzada la demora en la búsqueda del desaparecido es exponencialmente inversa a las posibilidades de localización”⁷⁷.

3.2. Obligaciones sobre participación y grados de ejecución punibles

3.2.1. Obligación sobre participación

Considerando que la desaparición forzada se caracteriza por ser un delito donde usualmente interviene más de una persona, tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional

⁷⁵ Vid. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), párr. 108; y COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por el Paraguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/PRY/CO/1. Distr. General, 20 de octubre de 2014.

⁷⁶ Cfr. SFERRAZZA, P. La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. [en línea] Revista Ius et Praxis, Vol. 25 - Núm. 1, 2019. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1252>>, p. 171. [consulta: 03 de junio de 2020].

⁷⁷ LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 76.

⁷⁷ SFERRAZZA, P. La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. [en línea] Revista Ius et Praxis, Vol. 25 - Núm. 1, 2019. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1252>>, p. 144. [consulta: 03 de junio de 2020].

se preocuparon de incorporar una norma que se pronunciase sobre la participación criminal, con el objeto de sancionar a todos aquellos que resulten responsables por una desaparición forzada.

Así las cosas, la norma interamericana prevista en su artículo I.b) obliga a los Estados Partes a “sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas (...)”. Se pronuncia entonces sobre la autoría y de quienes se consideran partícipes (cómplices y encubridores), sin embargo, no hace mención de los inductores.

Por su parte, la Convención Internacional establece una norma más completa y detallada sobre este punto, al establecer en su artículo 6.1.a) la obligación de sancionar a “toda persona que cometa, ordene o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe de la misma”, es decir, se pronuncia expresamente respecto de los autores (inmediatos y mediatos), como también respecto de otras formas de participación (encubridores, cómplices e inductores).

Asimismo, la Convención del Sistema Universal prevé la obligación de sancionar a los superiores en tres supuestos consagrados en el artículo 6.1.b), a saber: i) cuando haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y iii) no haya adoptado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competente a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

3.2.2. Obligación sobre grados de ejecución punible

Bien sabemos que en ocasiones las acciones ejecutadas por quien se propone cometer un delito (en el presente caso, el agente estatal o quien actúa con el apoyo, autorización o aquiescencia del Estado) no son lo suficientemente idóneas para completar cada uno de los elementos descritos en el tipo penal (véase *supra* 3.1.2), debido a lo cual el delito no llega a consumarse, constituyendo “una forma imperfecta de ejecución del delito”⁷⁸.

Como ya señalamos, el delito de desaparición forzada alcanza su estado de consumación cuando luego de haberse privado de libertad a la víctima, se produce el elemento de denegación de información

⁷⁸ POLITOFF, Sergio., MATUS, Jean Pierre., RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 367.

(concreción de la segunda fase del delito). Así las cosas, la tentativa de desaparición forzada resulta admisible siempre que el sujeto activo del delito ejecute acciones tendentes a privar de libertad una persona con la intención de hacerlo desaparecer y que, por causas ajenas a su voluntad, no pueda materializar dicha conducta⁷⁹. Dicha situación podría ocurrir, por ejemplo, una vez que el agente estatal –o el particular que obra en conexión con el Estado– habiendo detenido a la víctima, durante el trayecto al centro o lugar destinado para su retención, ésta logra hábilmente huir de su captor.

La Convención Interamericana se anticipó al supuesto de tentativa de comisión del delito, frente a lo cual estableció en su artículo I.b) la obligación de sancionar la tentativa de comisión del delito de desaparición forzada. Si bien, la tentativa de un delito representa un menor injusto con relación al delito consumado⁸⁰, la extrema gravedad que forma parte de la esencia de la desaparición forzada justifica que el texto de la convención previera expresamente dicha obligación, lo cual resulta plenamente concordante con los objetivos que persigue este instrumento internacional en su preámbulo, al indicar que se espera que “esta Convención contribuya a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho”.

En la convención perteneciente al Sistema Universal es posible inferir que mandata la sanción de la tentativa del delito de DF cuando señala en su artículo 6.1.a) que “Los Estados tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, *intente cometerla*, sea cómplice o participe en la misma”⁸¹.

En un plano local, podemos afirmar que nuestra legislación resulta coherente con dicha obligación, toda vez que de acuerdo con el artículo 7, inciso tercero del CP “*hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento*”. Dicha norma, que se encuentra prevista en el Título Primero del Libro Primero (Parte General) del Código Penal, sería aplicable al incorporar el delito ordinario de desaparición forzada en nuestro ordenamiento jurídico, pues la única excepción a ella se refiere a las faltas.

Respecto de esto último, al considerar los estándares internacionales resulta evidente que la desaparición forzada jamás podría ser penalizada como falta, pues al ser estas infracciones menores no

⁷⁹ AYESTARÁN, N., GAUTO, M. Delito de desaparición forzada de personas, bien jurídico protegido, consumación y tentativa. [en línea]. Revista Científica Virtual, Núm. 4 – RECAMPI 157, 2016. <<http://escueladefiscales.mp.gob.ve/userfiles/file/RECAMPI/DEFINITIVO%20RECAMPI%20IV%20071016.pdf#page=151>>, §34. [consulta: 16 de junio de 2020].

⁸⁰ POLITOFF, S., MATUS, J., RAMÍREZ, M. Op. Cit. p. 371.

⁸¹ Énfasis añadido.

contemplarían su extrema gravedad como tampoco se cumpliría con la obligación de tipificación ni con la obligación de proporcionalidad de la pena. Esta última obligación será analizada con mayor detención a continuación.

3.3. Obligación de proporcionalidad de la pena

Los instrumentos internacionales que prevén la obligación de tipificar el delito ordinario de desaparición forzada en las legislaciones domésticas de los Estados Partes también se preocuparon de pronunciarse en cuanto a los estándares que debía cumplir la pena del delito tipificado.

Al respecto, tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional establecen la obligación de imponer una *“pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”*⁸².

A pesar de que la pena atribuible a este delito será resultado de las reglas de determinación de la pena establecidas en cada sistema penal de los Estados Partes, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias se pronunció en su Informe sobre “Mejores prácticas de la legislación penal en materia de desapariciones forzadas”⁸³ a favor de una pena de 25 a 40 años de prisión para quien resulte responsable de la comisión del delito de desaparición forzada⁸⁴, indicando que las legislaciones de algunos Estados no parecían a primera vista apropiadas para castigar la desaparición forzada como delito ordinario –y autónomo–, mencionando el caso de Bolivia (de 5 a 15 años de prisión y hasta 30 años si concurren circunstancias agravantes)⁸⁵, Perú (“no menos de 15 años de prisión” e inhabilitación para los funcionarios públicos)⁸⁶ y Uruguay (de 2 a 25 años de prisión)⁸⁷.

⁸² Artículo 7.1. de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones forzadas; artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

⁸³ El informe fue redactado sobre la base de la legislación vigente y de la jurisprudencia correspondiente, destacando las mejores prácticas con el fin de ayudar a los Estados a mejorar su legislación actual y elaborar nuevas disposiciones sobre desaparición forzada. Asimismo, contiene una lista de mejores prácticas que deberían seguir todos los Estados.

⁸⁴ *Vid.* A/HRC/16/48/Add.3, ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas, párr. 40 y 41.

⁸⁵ El Comité toma nota de las penas mínimas (5 años) y máximas (15 años) para el delito autónomo de desaparición forzada, le preocupa que la pena mínima no sea apropiada a la extrema gravedad del delito, así como que la legislación penal no contenga las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el artículo 7, párrafo 2, de la Convención (arts. 2, 4, 5 y 7). *Vid.* COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por el Estado Plurinacional de Bolivia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/BOL/CO/1. Distr. General, 24 de octubre de 2019.

⁸⁶ El Comité toma nota de las penas mínimas (15 años) y máximas (35 años) para el delito de desaparición forzada establecidas en el artículo 320 del Código Penal. Sin embargo, le preocupa que la pena promedio impuesta por este delito haya sido de 15 años. *Vid.* COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por el Perú en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/PER/CO/1. Distr. General, 8 de mayo de 2019.

⁸⁷ El Comité nota con preocupación el amplio margen existente entre las penas mínima y máxima previstas para el delito de desaparición forzada de personas (2 a 25 años de penitenciaría), que otorga un elevado margen de discrecionalidad al Tribunal que ha de imponerla, así como el quantum de la pena mínima prevista para este delito (arts. 2, 4, 6 y 7). *Vid.* COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto período de sesiones (8 a 19 de abril de 2013). CED/C/URY/CO/1. Distr. General, 8 de mayo de 2013.

La gravedad particular del delito de desaparición forzada dice relación con el amplio abanico de bienes jurídicos que se ven afectados cuando una persona es sometida a esta práctica. La Corte IDH ha desarrollado esta característica en estudio indicando que “la desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos”⁸⁸.

En relación con las medidas necesarias para evitar la repetición de desapariciones forzadas, el experto Manfred NOWAK consideró en su informe presentado en virtud de la Resolución 2001/46 de la Comisión de Derechos Humanos que lo más importante es que “los Estados incluyan en su Código Penal la Ley sobre la desaparición forzada como delito de carácter penal y la sanción apropiada, que lleven efectivamente ante la justicia a los autores del delito (...)”⁸⁹.

Por otra parte, y en directa relación con la sanción a imponer con motivo de la comisión de este delito, tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional otorgan a los Estados Partes la posibilidad de incorporar circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en sus legislaciones domésticas, con la salvedad de que ésta última se refiere tanto a circunstancias atenuantes como agravantes, a diferencia de otros instrumentos internacionales que le anteceden pues sólo contemplaban atenuantes de responsabilidad penal. Sobre ello, resulta importante hacer hincapié en que las disposiciones normativas que regulan las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal no son obligatorias para los Estados, sino que son facultativas. Con todo, éstas serán tratadas en el presente apartado debido a la relevancia práctica que presentan en la determinación de la pena.

Respecto de las circunstancias atenuantes, la Convención Interamericana prevé la posibilidad de establecerlas para el caso de que quienes i) hubieren participado en una desaparición forzada contribuyan a la aparición con vida de la víctima o ii) suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona⁹⁰. Por su parte, la Convención Internacional plantea atenuantes similares pero más específicas, refiriéndose a la situación en que los partícipes de la comisión de una desaparición forzada hayan i) contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona

⁸⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 66.

⁸⁹ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. E/CN.4/2002/7. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión, párr. 89. Énfasis agregado.

⁹⁰ Artículo III, inciso 2° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

desaparecida o ii) permitido esclarecer casos de desaparición forzada. Asimismo, agrega una tercera posibilidad, esto es cuando el interviniente identifica a los responsables de una desaparición forzada⁹¹.

En cuanto a las circunstancias agravantes que vino a incorporar la Convención Internacional al Derecho Internacional que regula esta materia, éstas dicen relación con el hecho de que la víctima pertenezca a un grupo en situación de vulnerabilidad como lo son las mujeres embarazadas, los menores de edad, las personas con discapacidades u otras personas que requieran de una protección especial y reforzada por parte del legislador. Asimismo, contempla la posibilidad de agregar una agravante referida al deceso de la víctima⁹².

Para finalizar, resulta importante llevar estos estándares a la realidad chilena. Así las cosas, consideramos que, en virtud de su extrema gravedad, la pena apropiada para el delito ordinario de DF debe ser una pena de crimen que, al tener presente las recomendaciones en materia de proporcionalidad de la pena entregadas tanto por el WGEID como por el CED, se concreta en la pena de presidio mayor en su grado máximo. Se debe además considerar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal para efectos de la determinación de la pena al caso.

3.4. Obligación de inaplicabilidad de la eximente de obediencia debida

Debido a que usualmente la ejecución del delito de desaparición forzada es efectuada por más de una persona, los instrumentos internacionales han contemplado la posibilidad de que el origen de la comisión de este delito sea la orden de un agente superior a uno subordinado.

Frente a ello, para evitar situaciones de impunidad que podrían generarse tras argumentar que la desaparición forzada fue realizada en cumplimiento de dichos mandatos, los instrumentos internacionales han proscrito la posibilidad de alegar la obediencia debida como eximente de responsabilidad en procesos judiciales sobre desaparición forzada.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos, la prohibición de aplicar la eximente de obediencia debida para los casos de desaparición forzada se encuentra prevista en el artículo 6.2 de la Convención Internacional, el cual dispone que “ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada”. Además, en el artículo 23.2 este instrumento establece la obligación a los Estados Parte de prohibir las órdenes o

⁹¹ Artículo 7.2. letra a) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

⁹² Artículo 7.2. letra b) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

instrucciones que dispongan, autoricen o alienten las desapariciones forzadas, debiendo además garantizar que la persona que se rehúse obedecer una orden de esta naturaleza no sea sancionada.

Por su parte, la Convención Interamericana establece esta prohibición en su artículo VIII indicando que “no se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada”. Una cuestión que llama la atención en este punto es que esta Convención establece en el mismo artículo ya citado el derecho y deber de toda persona a no obedecer dichas órdenes.

La inclusión de la prohibición de aplicar esta eximente de responsabilidad penal no es una cuestión baladí, sino que tiene estrecha relación con las disposiciones del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, al establecer un gran precedente normativo en la materia⁹³. En efecto, una de las cuestiones previstas en dicho Estatuto fue el gran riesgo de impunidad que significaría aceptar la circunstancia justificante de “obediencia debida” quedando la responsabilidad de los imputados diluida entre las órdenes y jerarquías de la organización nazi⁹⁴. Para impedir tal situación, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg estableció en su artículo 8 la siguiente norma: “el hecho de que el acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige”.

En cuanto a los derechos que se ven afectados cuando esta eximente de responsabilidad es aceptada, la CIDH se pronunció a su respecto al conocer sobre la compatibilidad de las leyes argentinas de punto final⁹⁵ y obediencia debida⁹⁶ con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) concluyendo su incompatibilidad toda vez que privaron a las víctimas de su derecho a obtener una

⁹³ Debemos recordar que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg constituye un precedente directo en el caso de desapariciones forzadas como crímenes de lesa humanidad, sin embargo, se juzgó precedente debido a su gran importancia a nivel general respecto del delito de desaparición forzada en términos históricos.

⁹⁴ QUINTANO, A. Tratado de Derecho Penal Internacional, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1955, p. 180. Apud. ZÚÑIGA, L. La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político criminales. [en línea] Revista DERECHO, Núm. 46, 1992. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6181>>, p. 193. [consulta: 10 de junio de 2020].

⁹⁵ Ley N° 23.492. ARGENTINA. Dispónese la extinción de acciones penales por presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049 y por aquellos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 24 de diciembre de 1986. Establece en su artículo 1° lo siguiente: “se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

⁹⁶ Ley N° 23.521. ARGENTINA. Ley de obediencia debida. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 8 de junio de 1987. Establece en su artículo 1° lo siguiente: “se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistan como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

investigación judicial en sede criminal, destinada a individualizar y sancionar a los responsables por los delitos cometidos, cuestión que constituye una violación de las garantías judiciales (art. 8) y del derecho de protección judicial (art. 25) en relación con la obligación para los Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos (art. 1.1); y del derecho de justicia consagrado en el art. XVIII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre⁹⁷.

Debido a que algunos Estados han previsto esta eximente de responsabilidad para aquellos casos en que la orden no sea manifiestamente ilícita, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas ha sugerido para estas legislaciones que la orden de cometer una desaparición forzada sea considerada manifiestamente ilegal a través de interpretaciones judiciales o modificaciones legislativas⁹⁸. Con todo, resulta difícil representarse la situación en que la orden de cometer una desaparición forzada pueda ser concebida dentro de los márgenes de la ley, es decir, que no sea manifiestamente ilícita⁹⁹.

Otros Estados, como Uruguay¹⁰⁰ y Colombia¹⁰¹ han optado por prohibir la obediencia debida y lo hacen refiriéndose al delito ordinario de desaparición forzada. Consideramos que Chile debe seguir la opción legislativa adoptada por estos Estados, prohibiendo expresamente la posibilidad de invocar la obediencia debida como justificación del delito de desaparición forzada, cuestión que además debe conllevar la modificación del Código de Justicia Militar con fines de incorporar el derecho y deber del subordinado a no obedecer la orden de ejecutar una desaparición forzada.

Finalmente, resulta importante destacar que la prohibición de alegar la eximente de obediencia debida ha sido considerada por el WGEID como uno de los elementos requeridos para que la tipificación de la desaparición forzada sea acorde con los instrumentos internacionales en la materia¹⁰².

3.5. Obligación de limitar la aplicación de leyes de amnistía

⁹⁷ *Vid.* ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992 – 1993. Informe N° 28/93. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina. 2 de octubre de 1991.

⁹⁸ *Vid.* A/HRC/16/48/Add.3, ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas, párr. 53.

⁹⁹ A modo comparativo, podemos agregar que el Estatuto de Roma de la CPI también se pronuncia al respecto indicando que, a modo general, exime de responsabilidad penal a quien hubiere cometido un crimen de su competencia en cumplimiento de una orden de un superior, salvo cuando la orden fuera manifiestamente ilícita. *Vid.* Artículo 33 del Estatuto de Roma de la CPI.

¹⁰⁰ Ley N° 18.026. URUGUAY. Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Poder Legislativo, Montevideo, Uruguay, 25 de septiembre de 2006, art. 9.

¹⁰¹ Ley N° 599. COLOMBIA. Código Penal. Congreso de Colombia. Publicado en Diario Oficial N. 44.097 de 14 de julio de 2000, art. 32.

¹⁰² A/HRC/7/2/Add.1, ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Honduras, 26 de octubre de 2007, párr. 35.

La obligación de prohibir leyes de amnistía carece de regulación positiva tanto en la Convención Interamericana como en la Internacional. Respecto de este último instrumento internacional, el experto Manfred NOWAK indicó en su informe que la futura Convención debería estipular la prohibición de la aplicación de leyes de amnistía o medidas análogas que beneficiaren a los autores¹⁰³. Sin embargo, en la discusión llevada a cabo en los trabajos preparatorios de este instrumento terminó por vencer la posición contraria a su regulación expresa¹⁰⁴. Así las cosas, el único instrumento internacional en la materia que prevé esta prohibición es la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1992. En efecto, su artículo 18.1 establece que “los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial y otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal”.

Con todo, tanto la Corte IDH como los organismos encargados de examinar cuestiones relativas a desapariciones forzadas y de supervisar la aplicación de la Convención Internacional, sí se han pronunciado respecto de esta obligación, debido a lo cual se ha considerado pertinente incluir un apartado específico sobre la materia. En la misma línea, la doctrina ha sido favorable a la interpretación de que las disposiciones de la Convención Internacional¹⁰⁵ y de la Convención Interamericana¹⁰⁶ no darían cabida a la aplicación de la amnistía.

Respecto de la jurisprudencia interamericana, el primer caso donde la Corte IDH se pronunció sobre las leyes de amnistía fue en el caso *Barrios Altos Vs. Perú*¹⁰⁷, cuyos hechos se refieren a la matanza de quince personas –y ataque contra otras cuatro– llevada a cabo por el grupo militar “Colina” en noviembre de 1991. En la sentencia, la Corte IDH establece la manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) e inclusive hace alusión al delito estudiado en esta memoria,

¹⁰³ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. E/CN.4/2002/7. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión, párr. 82.

¹⁰⁴ *Vid.* E/CN.4/2004/59, ONU, Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, párr. 73 – 80.

¹⁰⁵ *Cfr.* SFERRAZZA, P. La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y su atribución. Tesis (Doctor en Derecho). Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014, p. 251.

¹⁰⁶ *Cfr.* LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 207 – 208.

¹⁰⁷ En este caso, la Corte IDH se pronuncia sobre la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y lesiones de un grupo de personas por parte de agentes militares pertenecientes al “Grupo Colina”, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos debido a las leyes de amnistías sancionadas por el Congreso Nacional del Perú que tuvieron por consecuencia última que el caso *Barrios Altos* fuera archivado definitivamente y que la juez que habría estado conociendo del mismo, y que defendía la inaplicabilidad de la amnistía para este caso, fuera investigada por el órgano judicial de control interno por “haber interpretado las normas incorrectamente”.

al considerar que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁰⁸. Asimismo, la Corte señaló que las leyes de amnistía incurren en la violación de los derechos consagrados en los artículos 8 (derecho de los familiares de las víctimas y de las víctimas sobrevivientes a ser oídas por un juez) y 25 (derecho a la protección judicial) en concordancia con los artículos 1.1. (obligación de respetar los derechos y libertades) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades del art. 1) de la CADH.

En sentencias posteriores, como las recaídas en los casos *La Cantuta Vs. Perú* (desapariciones forzadas)¹⁰⁹, *Almonacid Arellano Vs. Chile* (ejecución extrajudicial)¹¹⁰, *Gomes Lund Vs. Brasil* (desapariciones forzadas)¹¹¹, *Gelman y otros Vs. Uruguay* (desapariciones forzadas)¹¹², entre otros, la Corte ha mantenido su postura en cuanto a la incompatibilidad de las leyes de amnistía respecto de la CADH como en cuanto a los derechos humanos que se ven vulnerados con efecto de su aplicación.

Para los efectos de esta Memoria de Prueba, una cuestión digna de ser destacada es que la mayoría de los casos de desapariciones forzadas donde se ha aplicado leyes de amnistía y que se han puesto en conocimiento de la Corte IDH tratan de desapariciones cometidas en un contexto de ataque sistemático o generalizado contra una población civil, es decir, constituyen crímenes de lesa humanidad¹¹³.

Así las cosas, resulta importante preguntarnos ¿procede la aplicación de leyes de amnistía en aquellas situaciones donde la desaparición forzada constituye un delito ordinario? Al respecto, el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada indica que, si bien es cierto que la desaparición forzada en cuanto crimen de lesa humanidad es un delito abominable, también reviste extrema gravedad la desaparición forzada como crimen autónomo, por lo que debe excluirse de la aplicación de cualquier medida de

¹⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Sentencia del 14 de marzo de 2001 (Fondo), párr. 41.

¹⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 189.

¹¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 117 y 129.

¹¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 147 – 180.

¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 225 – 229.

¹¹³ *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006; Caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010; Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

amnistía que no cumpla con las condiciones establecidas en su observación general sobre el artículo 18¹¹⁴. Así, el WGEID resalta como mejores prácticas en legislación penal sobre desapariciones forzadas aquellas empleadas por los Estados que excluyen explícitamente el delito de desaparición forzada de la aplicación de leyes de amnistía o medidas similares independientemente de que el acto se defina o no como crimen de lesa humanidad¹¹⁵, agregando en sus conclusiones que los Estados deberían seguir dicha práctica.

3.6. Obligación de no aplicar la prescripción

Frente al deber de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos que deben cumplir los Estados signatarios de la CADH –reconocido desde la primera sentencia promulgada por la Corte IDH¹¹⁶– la prescripción del delito de desaparición forzada constituye una amenaza de impunidad, entendida ésta como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana”¹¹⁷ y un obstáculo para la obtención de justicia¹¹⁸ por parte de familiares de las víctimas como asimismo para la sociedad, toda vez que el delito de desaparición forzada en su dimensión colectiva respecto del derecho a la verdad incluye la posibilidad de las sociedades de conocer su propia historia,

¹¹⁴ El párrafo 2 del Comentario General sobre el artículo 18 (E/CN.4/2006/56) establece los siguientes supuestos de amnistías contrarias a las disposiciones de la Declaración: a) cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración; b) prevenir, obstaculizar o restringir la concesión en medida suficiente de indemnización, rehabilitación, compensación y reparación por desapariciones forzadas, como establece el artículo 19 de la Declaración; c) ocultar el nombre de quienes hayan perpetrado una desaparición, violando así el derecho a la verdad y la información que cabe inferir del párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 9 de la Declaración; d) exonerar a quienes hayan perpetrado desapariciones o tratarlos como si no hubieran cometido tales actos y, por consiguiente, no tuvieran la obligación de indemnizar a la víctima de la violación de los artículos 4 y 18 de la Declaración; e) sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes para que ampare a los responsables el derecho de no ser juzgados dos veces por el mismo delito, lo que de hecho conduciría a la impunidad en violación del párrafo 1 del artículo 4 de la Declaración.

¹¹⁵ *Cfr.* A/HRC/16/48/Add.3, ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas, párr. 49. Énfasis agregado.

¹¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 166.

¹¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 111.

¹¹⁸ En el Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia la Corte observa cuatro circunstancias que han sido los principales obstáculos para lograr una efectiva investigación de los hechos que afectaron al señor José Trujillo y la sanción de los responsables, a saber: a) el transcurso del tiempo; b) la falta de tipificación del delito de desaparición forzada; c) la aplicación de la prescripción de la acción en el proceso penal, y d) las irregularidades cometidas en la tramitación del proceso penal. *Vid* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas), párr.103.

de elaborar un relato colectivo relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y de tener memoria de los mismos¹¹⁹.

A diferencia de lo ocurrido con la amnistía, ambas convenciones en estudio incluyeron en su normativa una regulación de la prescripción respecto de este delito. En efecto, la Convención Interamericana establece en su artículo VII.1 que la acción derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se le imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, el párrafo segundo señala que cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

La interpretación de este instrumento internacional permite concluir que, debido a que en este artículo no se distingue entre desaparición forzada como crimen de lesa humanidad y delito ordinario, es de entenderse que la regla general para ambos casos es la imprescriptibilidad y que la excepción se produce sólo cuando ello sea contrario a preceptos constitucionales¹²⁰.

Asimismo, este artículo debe ser leído junto al artículo III de la Convención Interamericana, el cual establece que la desaparición forzada será considerada como “continuada o permanente mientras no se establezca el destino de la víctima”. Si bien existe una confusión desde una perspectiva penal en cuanto a la naturaleza de los delitos permanentes y los delitos continuados¹²¹, se ha entendido que este artículo implica que la ejecución de la desaparición forzada se prolonga mientras no se establezca el paradero de la víctima, cuestión determinada por el segundo elemento de este delito que, como vimos en apartados anteriores, corresponde a la denegación de información¹²². Así las cosas, el cómputo de la prescripción debería iniciar una vez que se determine el paradero de la víctima y en ningún caso antes.

La Convención Internacional, por su parte, prevé en su artículo 8.1 que sin perjuicio de que la práctica generalizada o sistemática de desapariciones forzadas constituye un crimen de lesa humanidad, indica que cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará

¹¹⁹ *Cfr.* LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 300.

¹²⁰ GÓMEZ, J. La desaparición forzada de personas: avances en el derecho internacional. [en línea]. Revista Mexicana de Política Exterior, noviembre de 2005 – junio de 2006, Núm. 76 – 77, <<https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/numeros-anteriores/122-rmpe-76-77>> [consulta: 12 de junio de 2020], p. 43.

¹²¹ Para un análisis de la equiparación de las nociones de delito continuado y permanente del artículo III de la Convención Interamericana *vid.* MONTOYA, Y. La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales. Cuaderno de Trabajo N° 11. [en línea]. Pontificia Universidad Católica del Perú, julio de 2009, <<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/39769>> [consulta: 12 de junio de 2020].

¹²² *Cfr.* MAÑALICH, J. El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía. [en línea]. Revista de Estudios de la Justicia. 01 de enero, 2004. Núm. 5, <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15042>> [consulta: 12 de junio 2020], p. 18.

las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: a) sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito; b) se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito. Asimismo, establece la obligación que debe cumplir cada Estado Parte en cuanto a garantizar a las víctimas el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción. Así las cosas, de acuerdo con esta Convención, la acción penal referida al delito ordinario de desaparición forzada podría estar sujeta a un plazo de prescripción, cuestión proscrita respecto a la variante de crimen de lesa humanidad.

Podemos constatar que ambas convenciones prevén distintos márgenes de actuación al legislador en materia de prescripción: la Convención Interamericana dispone como regla general la imprescriptibilidad (salvo en el caso de que una norma constitucional impidiera su aplicación) y la Convención Internacional regula la posibilidad de establecer un plazo de prescripción respecto del delito ordinario de desaparición forzada.

Frente a ello y considerando que el Estado de Chile se encuentra obligado por ambos instrumentos internacionales, el estándar que se debe seguir es el del Sistema Interamericano, pues de otra forma se estarían incumpliendo las obligaciones en materia de prescripción previstas en este sistema. Cabe agregar que esta solución no implica una infracción a las normas del Sistema Universal, toda vez que prevé la posibilidad de que los Estados opten por la imprescriptibilidad.

Así las cosas, el único impedimento sería la interpretación de los preceptos de nuestra Carta Magna en favor de establecer un régimen de prescripción, cuestión que en su momento demostrará el nivel de compromiso del Estado de Chile en materia de protección de los derechos humanos y cuál es la preponderancia de las cuestiones políticas en la materia.

Al respecto, y siguiendo las recomendaciones del WGEID que destacan como mejor práctica aquella que corresponde a Estados donde el delito de desaparición forzada no se encuentra sujeto a prescripción¹²³, consideramos que una medida de suma importancia para proteger a las víctimas y familiares frente a la amenaza constante de impunidad es la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena pues, tal como indica el preámbulo de la DPPDF, el delito ordinario de desaparición forzada también se encuentra revestido por una extrema gravedad y afecta los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, los derechos humanos y de las libertades fundamentales al negar la esencia misma de la persona. Establecer la imprescriptibilidad significa también avanzar hacia un pleno cumplimiento del derecho a la verdad y la justicia.

¹²³ Vid. A/HRC/16/48/Add.3, ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas, párr. 49.

CAPÍTULO II.

LA JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

1. CASO MIGUEL ÁNGEL SANDOVAL

1.1. Los hechos

Miguel Ángel Sandoval Rodríguez (26 años) era militante del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR). Sastre de oficio, estaba casado con Pabla del Carmen Segura Soto, con quien vivía junto a su hija y su hermana Teolinda Sandoval Rodríguez. Asimismo, Miguel Sandoval había formado parte del primer GAP (Grupo de Amigos Personales), guardia personal del Presidente Salvador Allende.

Con fecha 7 de enero de 1975 el joven sastre salió de su casa a las 12:00 horas indicando que volvería en la tarde, lo que se vio totalmente frustrado al ser detenido por agentes de seguridad en la vía pública, sin orden judicial o administrativa que lo justificara. Fue transportado al centro de secuestro, tortura y exterminio “Villa Grimaldi” administrado por la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) ubicado en la comuna de Peñalolén.

Días después de su detención, el domicilio de Miguel Sandoval fue allanado por un grupo de civiles durante el horario de toque de queda, quienes se identificaron como miembros de las Fuerzas Armadas, procediendo a sustraer documentos del cuarto de la víctima junto con un baúl. Los agentes de dicha operación se movilizaban en una camioneta verde y sin patente¹²⁴.

Según el testimonio de otras víctimas que se encontraban detenidas en dicho centro¹²⁵, Miguel Sandoval había sido visto con vida entre los días 7 y 21 de enero de 1975 en Villa Grimaldi y con evidentes secuelas de haber sido torturado, tanto física como psicológicamente, a través de la práctica del “careo”. Desde entonces se desconoce su paradero.

Ante tales aberrantes hechos, el día 18 de febrero de 1975 la hermana de la víctima interpuso un recurso de amparo exponiendo que desde el día en que su hermano fue detenido ilegítimamente no tuvo noticia alguna de él.

¹²⁴ Vid. Centro de Estudios Miguel Enríquez. Archivo Chile. Dossier Caso de Los 119, Operación Colombo. Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. [en línea] <http://www.archivochile.com/Memorial/caidos_mir/119/104sandoval_miguel.pdf> [consulta: 05 agosto de 2020].

¹²⁵ María Alicia Salinas Farfán, detenida el día 2 de enero de 1975; Hugo Ernesto Salinas Farfán, detenido el día 3 de enero de 1975; y Raúl Enrique Flores Castillo, detenido el día de 7 enero de 1975.

1.2. Importancia de la sentencia

Si bien la desaparición del joven mirista Miguel Ángel Sandoval Rodríguez fue perpetrada durante un período antidemocrático (donde el Estado de Chile adoptó una política de represión consistente en ataques generalizados y sistemáticos contra quienes eran disidentes del régimen dictatorial, configurando así un crimen de lesa humanidad) consideramos que a pesar de que dicha modalidad escapa de la materia de esta Memoria resulta relevante la revisión de las sentencias pronunciadas por los tribunales superiores en este caso, pues sentaron un precedente relevante en la jurisprudencia nacional de aquel entonces, por las razones que pasaremos a exponer a continuación.

Veintiocho años después de su desaparición, con fecha catorce de abril de dos mil tres, el Ministro de Fuego Alejandro Solís Muñoz dictó sentencia para el denominado “*Episodio Miguel Ángel Sandoval*” bajo el Rol N° 2182-98, condenando a Juan Manuel Contreras (director de la DINA) en su calidad de autor del delito de secuestro calificado a 15 años de presidio mayor en su grado medio, siendo la primera condena de Contreras por el delito de secuestro; a Miguel Krassnoff (jefe de un grupo operativo de la DINA) en su calidad de autor del delito de secuestro calificado a 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio; a Marcelo Moren (jefe de Villa Grimaldi) en su calidad de autor del delito de secuestro calificado a de 15 años de presidio mayor en su grado medio; a Fernando Laureani en su calidad de cómplice del delito de secuestro calificado a 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo; y a Gerardo Godoy en su calidad de cómplice del delito de secuestro calificado a 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

Los condenados dedujeron sendos recursos de casación en la forma y apelación en contra de la sentencia de primera instancia. Posteriormente, en enero de 2004 la Corte de Apelaciones de Santiago (ICAS) dictó sentencia bajo el Rol N° 11.821-2003, confirmando la resolución en alzada.

La sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago¹²⁶ resulta digna de ser destacada pues, luego de confirmar que los hechos debían ser enmarcados bajo el delito de secuestro calificado (art. 141 CP)¹²⁷, avanza un paso más allá de las fronteras de nuestra legislación entrando directamente en terreno del DIDH al establecer de forma explícita que el delito perpetrado en contra de Miguel Ángel Sandoval corresponde, además, al delito de desaparición forzada descrito en el artículo II, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹²⁸ reconociendo frente a la familia de la víctima, a la sociedad chilena y a la comunidad internacional la verdadera entidad y

¹²⁶ Integrada por los Ministros Sra. Patricia Gómez Sepúlveda y Sr. Víctor Montiglio Rezzio, y el Abogado Integrante Sr. Hugo Llanos Mansilla.

¹²⁷ Fueron acreditados cada uno de los requisitos que exige el tipo penal, a saber: a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d) prolongarse por más de 90 días tal situación.

¹²⁸ Ítma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 11.821-2003. Considerando 33°. Énfasis agregado.

calificación jurídica de los hechos cometidos contra el joven sastre por manos de agentes del Estado durante la época de la dictadura, razonamiento que posteriormente fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia (CS) en la sentencia Rol N° 517-2004¹²⁹.

A pesar de que la Convención Interamericana no se encontraba formalmente incorporada al derecho chileno, la ICAS justificó su aplicación en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual establece la obligación de los Estados a no frustrar el objeto y fin de los tratados internacionales firmados antes de su entrada en vigor. En consecuencia, señala dicha Corte de Apelaciones que *“si la situación descrita por el mencionado artículo II de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, quedara impune en Chile, se vulneraría el objeto y fin de esta Convención”*¹³⁰.

En concordancia con lo anterior, toda la argumentación esgrimida en este caso por los tribunales superiores reposa en amplias referencias a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre las cuales se encuentran la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y la resolución que creó el Tribunal Internacional para juzgar los delitos perpetrados en la ex Yugoslavia, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otras, dando cuenta de la importancia del delito cometido y de cómo, a través del tiempo, se ha tratado de reforzar aún más la idea de respeto a la libertad individual como un bien jurídico de la mayor importancia, así como el reconocimiento a la vida y dignidad de las personas y de quienes tienen el justo y legítimo derecho de conocer el paradero de los que han sido detenidos¹³¹.

Para efectos de incorporar a la sentencia los derechos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos, la Quinta Sala de la ICAS adopta una postura a favor de la primacía del Derecho Internacional al señalar que *“en 1989, se agregó el siguiente inciso segundo al artículo 5° de la Constitución Política de la República: ‘El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes’.* El artículo 5° le otorga así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales

¹²⁹ La sentencia de la Corte Suprema fue pronunciada por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Jaime Rodríguez y los abogados integrantes Sr. Fernando Castro A. y Sra. Luz María Jordán A. Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Marcela Paz Urrutia Cornejo.

¹³⁰ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 11.821-2003. Considerando 36°.

¹³¹ Vid. Excma. Corte Suprema. Sentencia de 17 de noviembre de 2004. Rol N° 517-2004. Considerando 18°.

*que emanan de la naturaleza humana*¹³². A partir de dicho razonamiento, la Corte de Apelaciones defiende que el inciso segundo del artículo 5° se configura como una especie de cláusula abierta de la Constitución a “derechos o mejores garantías de ellos establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario (...) posibilitando así un estándar continental mínimo de respeto y garantía de tales derechos”¹³³.

Otra cuestión que resulta relevante para efectos de proteger de mejor manera los derechos de la víctima y de sus familiares se encuentra consagrado en el considerando 29° de la sentencia de segunda instancia, donde la Corte de Apelaciones de Santiago estableció que el secuestro calificado cometido en contra del Sr. Sandoval es un delito permanente “*por cuanto la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado*”. Este razonamiento posteriormente es confirmado por el máximo tribunal de nuestro país¹³⁴ y se establece como sustento en contra de la aplicabilidad de la amnistía y de la prescripción de la acción penal que, como vimos anteriormente, ambas configuran un peligro de impunidad respecto del delito de desaparición forzada y en el presente caso fueron alegadas por la defensa de los acusados.

En cuanto a la amnistía (prevista en el D.L. N° 2191 de 1978) la CS establece su improcedencia toda vez que no se fijaron los presupuestos mínimos para su aplicación “*al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la amnistía u olvido cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración*”¹³⁵. Asimismo, agrega que si bien es cierto que el D.L. indicado establece que los hechos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1975 se encuentran amnistiados y que la desaparición de Miguel Ángel Sandoval tuvo su inicio el día 7 de enero de 1975, se torna inaplicable la amnistía toda vez que a la fecha de expiración del plazo previsto en el artículo 1° de dicho Decreto Ley, el secuestro de Sandoval Rodríguez continuaba perpetrándose, no existiendo noticias de él ni del lugar en donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte¹³⁶.

En lo que respecta a la prescripción, la Corte Suprema estableció que no puede ser aplicada toda vez que al ser el secuestro calificado un delito permanente, ésta sólo comienza a correr una vez que termina la consumación del delito, cuestión que en los hechos no consta pues no fue comprobado en el proceso

¹³² Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 11.821-2003. Considerando 45°.

¹³³ NOGUEIRA, H. Una senda que merece ser transitada: la sentencia definitiva de casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 11.821-2003, Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. [en línea]. Revista Ius et Praxis, Vol. 9, Núm. 2, Talca, 2003.

¹³⁴ Vid. Excma. Corte Suprema. Sentencia de 17 de noviembre de 2004. Rol N° 517-2004. Considerando 36°.

¹³⁵ Excma. Corte Suprema. Sentencia de 17 de noviembre de 2004. Rol N° 517-2004. Considerando 30°.

¹³⁶ Vid. Excma. Corte Suprema. Sentencia de 17 de noviembre de 2004. Rol N° 517-2004. Considerando 33°.

que Miguel Ángel Sandoval hubiese sido liberado como tampoco fue comprobada la existencia de señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte¹³⁷.

Asimismo, resulta importante agregar que para denegar la aplicación de dichos institutos liberadores de responsabilidad penal, la ICAS además de fundar su razonamiento en jurisprudencia de tribunales superiores nacionales y la doctrina nacional desarrollada al respecto, tuvo en consideración jurisprudencia internacional al utilizar como fundamento importantes sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de desaparición forzada de personas, como lo es el Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras, el Caso Godínez Cruz Vs. Honduras y el Caso Barrios Altos Vs. Perú. Asimismo, incorpora dentro de sus consideraciones la sentencia pronunciada por la Corte Internacional de Justicia en el Caso Nicaragua Vs. Estados Unidos.

Por último, cabe resaltar positivamente que el concepto de “dignidad de la persona humana” se encuentra presente en todo el razonamiento esgrimido por los tribunales superiores, incorporando a partir de éste los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos propios del caso. Los sentenciadores adoptan una postura favorable al cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Chile en materia de derechos humanos, procurando una mejor protección de la víctima como asimismo evitando obstaculizar el objeto y fin de aquellos tratados internacionales de derechos humanos que se encontraban pendientes de ratificación que, en el caso específico, trataba justamente sobre el delito de desaparición forzada de personas.

2. CASO JOSÉ HUENANTE HUENANTE

2.1. Los hechos

José Gerardo Huenante Huenante vivía en la Población Mirasol de Puerto Montt junto a su tía María Elena Huenante. El joven de 16 años había estudiado hasta quinto básico y trabajaba en una fábrica de alimentos marinos.

El día 3 de septiembre de 2005, Huenante salió de su casa a las 21 hrs. para encontrarse en la vía pública con sus amigos dentro de la misma población y así celebrar el pago de una suma importante por un trabajo de limpieza de erizos.

¹³⁷ Vid. Excm. Corte Suprema. Sentencia de 17 de noviembre de 2004. Rol N° 517-2004. Considerando 39°.

Fue durante ese encuentro que Carabineros de la Quinta y Segunda Comisaría de Puerto Montt (quienes dirigían una radiopatrulla con las luces apagadas) realizaron un operativo de control en el sector, frente a lo cual los jóvenes reaccionaron apedreando el vehículo policial. Tras dicho enfrentamiento José Huenante y uno de sus amigos fueron detenidos.

De dicho operativo sólo existe constancia en los libros policiales de la detención de Pablo Gallardo (17 años) quien también vivía en la Población Mirasol. Lo anterior debido a que el registro de detenidos correspondiente a dicha fecha fue adulterado, cambiándose el número “2” por un “1”. Como si ello no bastara, además fue alterada la libreta de control diario de la patrulla policial N° 1375 de la Quinta Comisaría de Puerto Montt, modificando el kilometraje correspondiente a dicho día.

Ante tales hechos, la madre de José (Cecilia Huenante) relata que el mismo día en que su hijo desapareció presentó una denuncia por presunta desgracia ante Carabineros, quienes se negaron a aceptarla. Al respecto, la Sra. Huenante comenta que *“desconfío de carabineros (sic) porque cuando fui a presentar la denuncia por presunta desgracia no la aceptaron. Me dijeron que lo buscara sola. Y mis otros dos hijos me acompañaron al hospital para ver si lo encontraba”*¹³⁸.

Cuatro años después de la desaparición del joven mapuche, con fecha 15 de marzo de 2009 se realizó la audiencia de control de detención ante el Juzgado de Garantía de Puerto Montt (causa RIT 3288-2005), formalizando a los tres funcionarios de Carabineros de Chile que participaron en la detención del joven José Huenante: el sargento segundo Juan Ricardo Altamirano Figueroa, de la Quinta Comisaría de Puerto Montt y a los cabos Patricio Alejandro Mera Hernández y César Antonio Vidal Cárdenas, por su presunta participación en el delito de secuestro de menores previsto en el artículo 142 N° 2 del CP.

Posteriormente, en el mes de julio de 2009 se procedió a realizar la reconstitución de la escena, donde los tres imputados se negaron a participar. Los carabineros involucrados fueron dados de baja tras comprobarse en la investigación de un sumario administrativo la existencia de irregularidades consistentes en la comprobación de la adulteración de los registros de kilometraje de la radiopatrulla y de la cantidad de detenidos¹³⁹.

Meses después, con fecha 4 de diciembre de 2009 se celebró la audiencia de preparación del juicio oral en lo penal ante el Juzgado de Garantía de Puerto Montt. En dicha audiencia se promovió un

¹³⁸ La Nación, “La sombra de José Huenante”, 22 de marzo de 2009. *Apud.* Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/informe-ddhh-2009/>>, p. 131. [consulta: 09 agosto 2020].

¹³⁹ Cooperativa.cl, “Carabineros formalizados por desaparición de menor fueron dados de baja”, 17 de marzo de 2009. *Apud.* Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/informe-ddhh-2009/>>, p. 133. [consulta: 09 agosto 2020].

incidente de incompetencia por la defensa de Juan Altamirano Figueroa, el cual fue desestimado por el tribunal.

Dicha resolución fue impugnada a través de un recurso de apelación, el cual fue acogido por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (Rol N° 257-2009) tras aplicar la normativa establecida en el Código de Justicia Militar cuyo artículo 5°, numeral 3° establece que corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento “de las causas por delitos comunes cometidos por militares durante el estado de guerra, estando en campaña, en acto del servicio militar o con ocasión de él (...)”. Acto seguido, el artículo 6° de dicho cuerpo normativo precisa que se considerarán militares los que se encuentren comprendidos en la planta o dotación del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Carabineros. Es sobre la base de dicha lectura literal del CJM que la mencionada Corte de Apelaciones “*declara competente para conocer de los hechos investigados en esa causa al Juzgado Militar de Puerto Montt, debiendo el juez de garantía remitirle todos los antecedentes para que prosiga en el conocimiento del asunto*”.

En 2015, tras cumplirse diez años de la desaparición del joven Huenante fueron presentadas dos querellas criminales ante el Juzgado de Garantía de Puerto Montt, deducidas por la madre de José y por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Al respecto, la Directora del organismo de la época, Lorena Frías, al referirse a la querella señaló que “transcurridos 10 años desde la desaparición de José, el Estado no ha sido capaz de esclarecer los hechos y en parte esto se debe a que –como ha señalado el INDH reiteradamente en sus informes– en nuestro país persiste la vigencia de la justicia militar, con competencias que vulneran el acceso a la justicia y el derecho a un debido proceso, lo que es inconsecuente con los estándares internacionales de derechos humanos”¹⁴⁰. Ambas querellas fueron declaradas extemporáneas, sin embargo, fueron admitidas a tramitación contra eventuales terceros civiles que resulten responsables, iniciándose la causa RIT 7580-2015.

2.2. Importancia de la sentencia

Con fecha 12 de junio de 2018, en virtud de la facultad de superintendencia directiva, correccional y económica establecida en el artículo 82 de la CPR, el máximo tribunal de nuestro país emitió un pronunciamiento de oficio para definir el tribunal competente para conocer de la causa RIT 7580-2015 iniciada ante el Juzgado de Garantía de Puerto Montt siendo querellantes Cecilia Huenante y el INDH.

¹⁴⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos. INDH presentará querella por desaparición forzada de José Huenante en Puerto Montt. Disponible en: <https://www.indh.cl/indh-presentara-querella-por-desaparicion-forzada-de-jose-huenante-en-puerto-montt/>.

Para ello, la Corte Suprema solicitó informes al Juzgado de Garantía de Puerto Montt, al Tercer Juzgado Militar de Puerto Varas y a la Fiscalía Local de Puerto Montt.

En su informe, el fiscal subrogante del Tercer Juzgado Militar de Puerto Varas informó que luego de haber sido declarado competente por la Corte de Apelaciones de dicha ciudad, con fecha 18 de enero de 2010 ordenó la instrucción de un sumario. Agregó que la causa fue incoada para la averiguación del presunto delito de sustracción de menor y/u otros, se encuentra en sumario, habiendo sido procesados tres funcionarios de Carabineros por el delito de falsedad. Con todo, señala que con fecha 27 de junio de 2012 la Corte Marcial *“declaró la incompetencia de la justicia militar en lo relativo al delito de sustracción de menor, ordenando remitir lo pertinente al Ministerio Público –en lo pertinente a la responsabilidad que sería atribuible a civiles– manteniéndose la investigación por el presunto delito de falsedad”*¹⁴¹.

Por su parte, el fiscal adjunto de la Fiscalía Local de Puerto Montt informó que la existencia de dos investigaciones paralelas (una llevada por el Ministerio Público y la otra por la Fiscalía Militar) constituía un obstáculo para el avance de la investigación y no se aviene con la jurisprudencia de la Corte Suprema, del Tribunal Constitucional como tampoco respecto de la jurisprudencia internacional de la Corte IDH en cuanto al derecho de la víctima a que su caso sea conocido por la justicia civil, excluyendo en todo caso a la justicia militar. Agrega que las diligencias de investigación realizadas *“o no permiten acreditar hechos vinculados al ilícito o se encaminan a la eventual intervención personal de Carabineros en el delito”*¹⁴².

El razonamiento de la Corte Suprema estuvo fundado en dos leyes: la ley N° 20.477 publicada en el Diario Oficial con fecha 30 de diciembre de 2010, que *“Modifica competencia de Tribunales Militares”*; y la ley N° 20.968 que *“Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes”* publicada el 22 de noviembre de 2016,.

El primer cuerpo legal tuvo por objetivo impedir que la justicia castrense conociera de causas en que estuviesen involucrados civiles o menores de edad, pues tal como lo indica el Mensaje de la iniciativa de ley: *“(…) La justicia Militar tiene un carácter especial, persigue regular situaciones que se dan en un escenario distinto al de la vida civil, en que muchas veces imperan otras consideraciones que son sumamente válidas y relevantes, pero que por su excepcionalidad no deben extenderse más allá del juzgamiento de las acciones cometidas por militares y en el contexto de sus funciones marciales”*¹⁴³.

¹⁴¹ Excma. Corte Suprema. Sentencia de 12 de junio de 2018. Rol N° AD-1571-2017. Considerando 2°.

¹⁴² *Ídem*.

¹⁴³ Excma. Corte Suprema. Sentencia de 12 de junio de 2018. Rol N° AD-1571-2017. Considerando 3°.

Por su parte, la ley N° 20.968 modificó el artículo 1° de la ley N° 20.477 en el sentido de establecer explícitamente que la exclusión de los civiles o menores de edad respecto de la justicia militar aplica siempre, sea que revistan la calidad de víctima o de imputado. A ello agrega la Corte que antes de la publicación de aquella ley, la jurisprudencia del máximo tribunal del país se había enmarcado en dicho sentido¹⁴⁴.

En vista de dicha normativa, la Corte Suprema corroboró que a la fecha en que la Corte de Apelaciones de Puerto Montt declaró la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer la causa por el delito de sustracción del menor José Huenante, declarando competente a la justicia militar, ninguna de las dos leyes se encontraba vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, en la fecha en que la Corte Marcial se declaró incompetente en lo relativo al delito de sustracción de menor, excluyendo de su conocimiento la responsabilidad penal de civiles, la ley 20.477 ya había entrado en vigor.

Posteriormente, fueron interpuestas ante el Juzgado de Garantía de Puerto Montt sendas querellas por la madre de José Huenante como por el INDH, pronunciándose acerca de su admisibilidad con fecha 13 de enero de 2016, admitiéndola a tramitación sólo en lo atinente a la responsabilidad de civiles en el delito de sustracción de menor. Sin embargo, haciendo mención al pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de dicha ciudad que declaró la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de la causa anterior, el Juzgado de Garantía se declara incompetente para conocer de aquellos aspectos que dicen relación con funcionarios policiales, ordenando remitir las querellas a la Fiscalía Militar para su pronunciamiento, sin considerar las normas previstas ley N°20.477 y que se encontraba vigente a esa fecha.

Frente a ello, la Corte Suprema señala que *“a la luz de las nuevas disposiciones introducidas por las leyes N° 20.477 y N° 20.968, se hace claro concluir que ya no existe óbice para que el Juzgado de Garantía y consecuentemente el Ministerio Público se aboquen en forma cabal, sin diferenciaciones, a la investigación y posterior conocimiento y fallo de la causa sobre sustracción del menor de edad José Huenante Huenante, aun cuando pueda resultar la atribución de responsabilidad penal a personas con calidad de militar acorde al artículo 6° del Código de Justicia Militar, correspondiendo que el Tercer Juzgado Militar de Valdivia disponga la remisión de los antecedentes del proceso que digan relación con ello”*¹⁴⁵, declarando que el Juzgado de Garantía de Puerto Montt es competente para conocer de la causa RIT N° 7580-2015.

¹⁴⁴ Ídem.

¹⁴⁵ *Ibid.*, Considerando 7°.

La sentencia pronunciada de oficio por la Corte Suprema en uso de sus facultades de superintendencia respecto de todos los tribunales del país, incluyendo a los tribunales militares en tiempos de paz, viene a corregir un proceso que presentó errores desde sus inicios y que dice relación con hechos que demandaban una expedita y eficiente investigación por parte de la justicia ordinaria, no sólo por la extrema gravedad que significa una desaparición forzada, sino porque la víctima de este delito se trataba de un menor de edad, de escasos recursos y que pertenecía al pueblo mapuche.

Al respecto, resulta importante destacar que la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt con fecha 30 de diciembre de 2009 y que declara competente para conocer de los hechos investigados al Juzgado Militar de Puerto Montt, tuvo por argumento central la aplicación literal de los artículos 5° y 6° del Código de Justicia Militar, aplicando exclusivamente el ordenamiento interno sin siquiera aludir a los estándares de derechos humanos en la materia, ni mucho menos realizar un control de convencionalidad¹⁴⁶.

Lo anterior resultó sumamente perjudicial, toda vez que se concentró en la justicia militar la competencia para conocer de un delito que tenía por víctima a un menor de edad, la que posteriormente se declaró incompetente en lo relativo al delito de sustracción de menor, manteniendo su competencia sólo respecto del presunto delito de falsificación, en circunstancias de que las últimas personas con las que el joven mapuche fue visto son precisamente efectivos de Carabineros, quienes además de privarlo de libertad, adulteraron los libros de detención de la Comisaría como también el libro de la radiopatrulla en la que se transportaban, intentando eliminar toda huella de la detención de José Huenante. Dicha situación constituye una vulneración del artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos en contra del joven puertomontino, toda vez que no se aseguró que el tribunal que conociera de su causa fuese efectivamente independiente e imparcial.

En estrecha vinculación a lo anterior, resulta menester recordar que con fecha 22 de noviembre de 2005 (mismo año en que José Huenante fue desaparecido) la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Chile en el Caso Palamara Iribarne.

En dicha sentencia, la Corte resolvió que *“El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio*

¹⁴⁶ Cfr. CORTES, J. Sentencia de la Corte Suprema que entrega la competencia del caso José Huenante a la justicia ordinaria. [en línea]. Santiago, Chile. Segunda Parte. <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1181/jurisprudencia2016-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [consulta: 10 de septiembre de 2020].

activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares, en los términos de los párrafos 256 y 257 de la presente Sentencia”¹⁴⁷.

Así las cosas, transcurridos 14 años de la desaparición del joven Huenante, la resolución de la Corte Suprema enmarcó el proceso y la investigación de la desaparición forzada de José Huenante dentro de los estándares internacionales de derechos humanos al radicar íntegramente en la judicatura ordinaria la competencia para conocer lo concerniente al delito de sustracción de menor según lo previsto en la ley N° 20.477 y N° 20.968, asegurando la ejecución de una investigación única y concentrada en el Ministerio Público, lo que resulta sumamente conveniente ya sea que “*derive en la atribución de responsabilidad penal respecto de civiles y/o militares, de tal suerte que las eventuales líneas de indagación emanen de un mismo ente persecutor, en cuyas manos se concentre el control del desarrollo de las mismas y la adopción de las decisiones que de su resultado se deriven; situación que, hasta ahora, no ha sido posible precisamente debido a la existencia de investigaciones substanciadas en paralelo*”.

A pesar de ello, el pasado 3 de septiembre se cumplieron 16 años desde la desaparición de José Huenante, y según señala el abogado de la familia de Huenante, Sergio Millamán, “*aún no están los antecedentes para individualizarlos (a los involucrados), se nos ha informado que están revisando varias líneas de investigación. Hasta ahora no hay resultados concretos*”¹⁴⁸. Quien se mantiene firme en esta lucha es Cecilia Huenante, madre del joven mapuche, quien desde el día 3 de septiembre de 2005 no ha desistido de pedir justicia por su hijo. Una de las últimas informaciones dadas a conocer por la prensa fue que “Francisco Arzola, carabinero condenado por torturas en la región Metropolitana, habría estado involucrado en la desaparición de José Huenante”¹⁴⁹, cuestión que está siendo investigada por la Fiscalía.

3. CASO JOSÉ VERGARA ESPINOZA

3.1. Los hechos

¹⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Punto Resolutivo N° 14.

¹⁴⁸ MILLAMÁN, S. Radio Usach. 15 años del caso José Huenante, detenido desaparecido en Democracia. 3 de septiembre de 2020. Disponible en <<https://www.radiousach.cl/a-15-anos-de-la-desaparicion-de-jose-huenante-primer-detenido>>.

¹⁴⁹ Bío Bío. “Paco Nazi” condenado por torturas estaría vinculado en desaparición de José Huenante en Pto. Montt. 15 de septiembre de 2019.

José Antonio Vergara Espinoza vivía en el sector La Tortuga de Alto Hospicio en Iquique. El joven de 22 años padecía de una discapacidad psíquica y mental severa debiendo tomar fármacos para controlar los ataques producidos por dicha dolencia. Gran parte de sus trastornos tenían por causa una asfixia que sufrió durante el parto, alterando su capacidad cognitiva, de lenguaje, sociabilización y produciendo desajustes conductuales.

Debido a dicha discapacidad, a los 14 años el joven nortino dejó que asistir al colegio pues presentaba serios problemas de aprendizaje, adaptabilidad y comunicación, además de haber sufrido *bullying* en más de un establecimiento educacional. Ante dicha situación, su padre Juan Vergara decide llevarlo a trabajar como su ayudante (se desempeñaba como obrero) y luego de un tiempo se independizó de él.

En la mañana del 13 de septiembre de 2015, durante una crisis psiquiátrica propia de su enfermedad –cuya frecuencia aumentaba cuando José dejaba de tomar sus medicamentos– el joven se encontraba realizando desórdenes dentro de su hogar, ante lo cual su madrastra Jaqueline Soto realizó un llamado a la Central de Comunicaciones de Carabineros (CENCO). Minutos más tarde, arribaron al lugar los efectivos de Carabineros Carlos Valencia, Angelo Muñoz, Abraham Caro y Manuel Jesús Carvajal quienes, luego de hablar con la Sra. Soto y que ésta les informara sobre la enfermedad psiquiátrica del joven, procedieron a esposar y subir a José Vergara al vehículo policial Z-4514, todo lo anterior en contra de la voluntad de Vergara.

En dicho momento, los agentes de Carabineros deciden alejarse totalmente de sus deberes institucionales, trasladando a José a un lugar desconocido en circunstancias que correspondía conducirlo a un centro asistencial o haberlo puesto a disposición de la autoridad competente.

Los funcionarios de Carabineros abandonaron a José en un lugar aislado de la comuna de Alto Hospicio, sin tener consideración alguna a la enfermedad psiquiátrica que padecía el joven y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba producto de ello. Con posterioridad y estando los cuatro funcionarios contestes, informaron al CENCO que José Vergara no se encontraba en su domicilio, debido a lo cual procedieron a retirarse, cuestión que asimismo quedó registrada en el libro de ruta del vehículo policial. A partir de ese día, la familia de José perdió completamente su rastro.

Ante el desaparecimiento de su hijo, el 14 de septiembre Juan Vergara comenzó a buscarlo en el hospital, en la morgue, en el psiquiátrico, sin dar con el paradero del joven. Al día siguiente, el Sr. Vergara se dirigió a la Tercera Comisaría de Alto Hospicio para presentar una denuncia por presunta desgracia, trámite que no pudo llevar a cabo pues el sistema computacional de la comisaría presentaba una falla, según le informaron los carabineros. Dicha diligencia sólo pudo ser realizada el día 17 de septiembre, donde los hechos consignados en la denuncia no relataban fielmente lo contado por el padre

de José, modificando varios pasajes de su relato, cuestión que el Sr. Vergara no pudo verificar pues era analfabeto.

Los familiares del joven José Vergara solicitaron en distintas oportunidades a Carabineros que les indicaran dónde se encontraba el joven desaparecido, sin embargo, negaron haber realizado el procedimiento del 13 de septiembre de 2015 como asimismo el hecho de conocer a la Sra. Soto, con quien habían conversado personalmente el día en que se llevaron al joven esposado en el vehículo policial.

3.2. Importancia de la sentencia

Antes de proceder al análisis de la sentencia que resuelve el caso de José Vergara pronunciada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique (TOP de Iquique)¹⁵⁰ con fecha 28 de septiembre de 2018, corresponde revisar brevemente el proceso desde sus inicios, pues existió más de un juicio oral en la presente causa.

Con fecha 11 de abril de 2018, el TOP de Iquique se pronunció sobre los hechos de este caso y las consecuentes responsabilidades penales derivados de ellos. En el proceso actuaron como acusadores particulares Juan Vergara Luenberger (padre de José) y el INDH; y como adherente a la acusación fiscal, el Consejo de Defensa del Estado (CDE).

En dicha sentencia el TOP de Iquique calificó los hechos como constitutivos del delito de detención ilegal previsto en el artículo 148 del CP, toda vez que *“en el contexto establecido, la finalidad de los funcionarios policiales era el no cumplimiento del procedimiento de detención, es decir, un dolo diverso a privar de libertad a otro, todo lo cual permite afirmar la concurrencia del tipo de injusto de detención ilegal, teniendo en cuenta que la conducta de los funcionarios públicos en este caso si tuvo, como se dijo, conexión con el sistema institucional de vulneración legítima de la libertad de las personas, y por tanto contó con una antijuridicidad material menor a la que presenta el delito común de privación de libertad del artículo 141 del Código Penal”*¹⁵¹.

En consecuencia de lo anterior, decide condenar a Carlos Valencia a la pena de trescientos días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión del empleo en su grado mínimo y de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; a Ángelo Muñoz y Abraham Caro a la pena de doscientos días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión del empleo en el grado mínimo y

¹⁵⁰ RIT 794 – 2017.

¹⁵¹ Tribunal Oral en lo Penal de Iquique. Sentencia de 11 de abril de 2018. RIT 794-2017. Considerando 10°.

suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y a Manuel Carvajal a la pena de cuarenta y un días de prisión en su grado máximo, suspensión del empleo en su grado mínimo y suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; por su responsabilidad como autores de un delito consumado de detención ilegal, absolviéndolos de la imputación formulada en su contra por el delito de falsificación y uso de instrumento público.

Dicha sentencia fue objeto de sendos recursos de nulidad interpuestos por el Ministerio Público, el querellante particular (Juan Vergara), el CDE y el INDH. Dichos recursos tuvieron como fundamento la errónea calificación jurídica de los hechos, toda vez que el actuar de los funcionarios de Carabineros carecía de conexión con el sistema legítimo de vulneración de la libertad y con el móvil de la función pública, aplicándose falsamente el tipo penal de detención ilegal y no el de secuestro calificado; el no haber considerado que José era una persona que padecía de una enfermedad psiquiátrica; el no haber aplicado el derecho internacional frente a la desaparición de personas; el no haberse ajustado a la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto al delito de secuestro calificado y una errónea aplicación del derecho por cuanto no se aplicó el tipo penal de falsificación de instrumento público.

La Corte Suprema, con fecha 28 de junio de 2018 acogió los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia del TOP de Iquique, bajo la causal del artículo 373 letra b) del CPP invocada por todos los recurrentes, al concluir que *“existe un error en la calificación jurídica hecha por los jueces, desde que atribuyen a los funcionarios un actuar concordante con su función pública, lo que en la especie se revela como errónea”*¹⁵², invalidando la sentencia y el juicio oral que le antecedió, ordenando en consecuencia realizar un nuevo juicio.

En la nueva sentencia dictada por el TOP de Iquique, los jueces proceden nuevamente a examinar los hechos y la prueba rendida en el proceso para determinar la calificación jurídica de los mismos. Así las cosas, el tribunal arriba a la convicción de que el delito cometido por los funcionarios de Carabineros no podría ser calificado bajo la figura de la detención ilegal prevista en el artículo 148 del CP, sino que era constitutivo de la figura común del secuestro, pues *“los funcionarios de Carabineros desviaron su conducta, y se apartaron de los deberes institucionales, dejando de lado su calidad de funcionarios públicos, desde que remotamente de conducir al detenido a un tribunal, al cuartel o un centro asistencial, como normativamente correspondía, lo abandonaron en un sitio no precisado de la comuna de Alto Hospicio; limitando así, de manera ilegítima su libertad ambulatoria, durante su transporte a un lugar desconocido”*¹⁵³.

¹⁵² Excm. Corte Suprema. Sentencia de 28 de junio de 2018. Rol N° 8000-2018. Considerando 12°.

¹⁵³ Tribunal Oral en lo Penal de Iquique. Sentencia de 28 de septiembre de 2018. Rol 794-2017. Considerando 7°.

Posteriormente, el tribunal hace mención de la especial condición de vulnerabilidad de José con motivo de la enfermedad psiquiátrica y daño cerebral que sufría, sin embargo, lo hace para criticar el proceder de los agentes estatales y no para dar cuenta de la gravedad de la ofensa ocurrida en los hechos. Al respecto, el tribunal señala “*que trasladar en el carro policial a una persona de esas características para que se calmara, abandonándolo en un lugar no precisado de la comuna de Alto Hospicio, resultaba contrario a derecho, porque la denuncia efectuada en su contra, no fue solucionada conforme al procedimiento estatuido al respecto, y en cambio, para ahorrarse todo problema administrativo, optaron por no seguir el procedimiento estatuido para estos particulares casos*”¹⁵⁴.

Por otra parte, el TOP descarta la aplicación de la figura de secuestro calificado regulada en el inciso cuarto del artículo 141 del CP al dar por establecido que la privación de libertad del afectado tuvo una duración inferior a los 15 días que prescribe dicha norma. Esto luego de constatar a través de la prueba testimonial rendida durante el proceso que el joven nortino fue visto por dos personas dentro del plazo de 15 días indicado. El testigo Hugo Rodríguez, indicó haberlo divisado en el sector de Huantajaya y la testigo Judith Navarro, por su parte, indicó haber conversado con el joven en la puerta N°4 de la Zona Franca de Iquique. Ambos relatos fueron valorados por el tribunal como creíbles.

En relación con lo anterior, el tribunal desestima la figura de la desaparición forzada de personas prevista en el artículo 2° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, alegada tanto por el padre de José como por el INDH, al señalar que “*el Estado chileno, no obstante haber suscrito dicha Convención, no ha legislado estableciendo el delito en comento, lo que impide su aplicación a esta causa; y/o efectuar alguna declaración en dicho sentido (...)*”¹⁵⁵.

En virtud de dichas consideraciones, se condena a Carlos Valencia, Angelo Muñoz, Abraham Caro y Manuel Carvajal a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo como autores del delito consumado de secuestro simple. Asimismo, y en virtud de que todos los enjuiciados se veían beneficiados por una circunstancia atenuante y no concurría ninguna agravante, el TOP de Iquique determinó sustituir las penas privativas de libertad por la de libertad vigilada intensiva durante el lapso de cuatro años. Finalmente, los funcionarios de Carabineros son absueltos del delito de falsificación y uso malicioso de instrumento público.

Las sentencias recaídas en el caso de José Vergara se encuentran revestidas de una suma importancia, toda vez que constituye el primer pronunciamiento de fondo de un tribunal respecto de una desaparición forzada cometida en democracia.

¹⁵⁴ *Ídem*. Énfasis agregado.

¹⁵⁵ Tribunal Oral en lo Penal de Iquique. Sentencia de 28 de septiembre de 2018. Rol 794-2017. Considerando 10°.

Sin embargo, la calificación jurídica efectuada en la primera sentencia pronunciada por el TOP de Iquique, esto es detención ilegal, se aleja abismalmente de la extrema gravedad de los hechos, donde a pesar de no existir los presupuestos requeridos para la aplicación (no se perseguía un delito, no se dejó constancia de la detención del joven, como tampoco fue llevado ante un tribunal), el tribunal decide otorgar un trato benigno a los carabineros que dolosamente hicieron desaparecer a un joven que padecía de dolencias psiquiátricas y de daño cerebral. En efecto, el actuar de Carabineros se aleja completamente de los estándares de derechos humanos en la materia, toda vez que no tuvieron en consideración la particular situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el joven Vergara debido a su estado de salud mental y, especialmente, producto de la crisis psiquiátrica que estaba sufriendo al momento de su detención, cuestión que se vio agravada a partir del momento en que deciden ignorar el procedimiento para dichos casos, abandonándolo en un lugar alejado de Alto Hospicio que el joven no conocía.

A su vez, consideramos que la calificación jurídica efectuada en la segunda sentencia emitida por el TOP de Iquique no se ajusta a lo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien es cierto que no ha sido tipificado el delito de desaparición forzada en nuestro ordenamiento jurídico, también es cierto que el Estado de Chile firmó y ratificó la Convención Interamericana y la Convención Internacional que regulan este delito, por tanto, se encuentra obligado a no obstaculizar el objeto de ambos instrumentos internacionales. Debido a lo anterior, consideramos que para ajustarse a los estándares internacionales y no impedir el fin de dichos tratados los jueces deberían haber calificado los hechos como constitutivos de secuestro calificado, que es una figura que contempla una gravedad que se acerca de mejor manera al delito ordinario de desaparición forzada.

En conexión con lo anterior, y para los efectos de este examen, resulta importante destacar que durante el juicio se constataron las siguientes cuestiones: i) el joven Vergara fue privado de libertad con fecha 13 de septiembre de 2015; ii) dicha privación de libertad fue efectuada por agentes de Carabineros de Chile, quienes habrían abandonado al joven en un sector desértico y lejano a la comuna de Alto Hospicio; iii) los agentes de Carabineros modificaron la ruta de viaje del vehículo y negaron la detención de José Vergara al CENCO; iv) cuando los familiares de José Vergara solicitaron información sobre la detención y paradero del joven, los agentes de Carabineros negaron haberlo detenido como asimismo negaron conocer a la Sra. Soto, con quien habían sostenido una conversación antes de detener a José; y v) los carabineros involucrados mantuvieron durante 17 días la versión informada al CENCO consistente en que se habían dirigido al domicilio de José Vergara, pero el denunciado no se encontraba ahí.

Si analizamos dichos hechos a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, la conclusión a la que arribaríamos no sería otra sino la perpetración de una desaparición forzada durante la democracia chilena, pues se cumplen los tres requisitos establecidos en el derecho

internacional para la configuración de este delito –y que ya analizamos en el capítulo anterior–, a saber, i) privación de libertad, ii) que dicha privación sea ejecutada por agentes del Estado y iii) denegación de información sobre la detención, paradero y suerte de la víctima.

La conclusión arribada en el párrafo anterior fue completamente ignorada por los sentenciadores, quienes otorgaron mayor preponderancia al relato de dos testigos que declararon haber visto a José en una fecha que no excedía el plazo de 15 días para que se configurase el secuestro calificado, en desmedro del hecho referido al ocultamiento de información por parte de los carabineros durante 17 días, como asimismo, el hecho de que negaron haber detenido a José Vergara y rehusaron conocer la Sra. Soto. A nuestro juicio, si bien la prueba testimonial resulta importante para casos como el que estamos analizando, la posibilidad de que José hubiese efectivamente sido visto por los testigos no debería restar importancia a un hecho del cual no existe duda alguna, esto es, que los policiales frente al requerimiento de información por parte de los familiares de la víctima, negaron haber detenido al joven Vergara, cuestión que se mantuvo por un lapso mayor a 15 días, configurando el delito de secuestro calificado y que a la luz de la normativa internacional sería constitutivo del delito ordinario de desaparición forzada.

Por último, resulta pertinente hacer énfasis en las particularidades de la víctima de esta desaparición forzada. Como señalamos, José Vergara sufría de una enfermedad psiquiátrica, discapacidad que además se encontraba ligada a una situación de escasez de recursos, al escaso nivel educacional que alcanzó debido a sus dificultades de aprendizaje y de sociabilización, unido con el entorno social determinado por la exclusión de quien vive en una comuna como Alto Hospicio. Debido a lo anterior, el joven Vergara era un sujeto cuya vulnerabilidad debe ser entendida como multifactorial, pues las características que colocaban a José en una situación de vulnerabilidad eran muchas¹⁵⁶.

Lo anterior junto con el carácter internacional del delito de desaparición forzada, constituía un motivo más que suficiente para que el tribunal esgrimiera una argumentación que tuviese un enfoque de derechos humanos. Una de las normativas que debieron considerarse para la resolución de este caso es la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la cual otorga a los Estados en su artículo 7° la posibilidad de establecer una circunstancia agravante cuando la persona desaparecida sea una persona con discapacidad, pues reconoce la especial situación de vulnerabilidad y necesidades particulares que presentan estas personas¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Vid. LARA, D. Grupos en situación de vulnerabilidad. [en línea]. México, D.F. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. < http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CTDH_GruposVulnerabilidad1aReimpr.pdf > [consulta: 16 septiembre 2020].

¹⁵⁷ Vid. Capítulo III.2.3.3.B.

A su vez, debió haber sido considerada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada y ratificada por nuestro país, la que establece lo siguiente: “*Artículo 14. 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: b) no sean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad*”¹⁵⁸; como asimismo, su análoga en el sistema interamericano, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la que reafirma en su Preámbulo que “*las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas; y que estos derechos, incluido el de no verse sometidos a discriminación fundamentada en la discapacidad, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano*”.

Por último, estimamos que el tribunal debería haber considerado la jurisprudencia internacional en la materia, la cual ha establecido el especial deber que tiene el Estado de proteger a las personas con discapacidad. Así, en *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, la Corte IDH señala “*Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.*”¹⁵⁹. En el mismo sentido, en el caso *Furlan y familiares Vs. Argentina* la Corte IDH reitera que “*toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos*”¹⁶⁰.

4. OTROS CASOS CONSTITUTIVOS DE DESAPARICIÓN FORZADA ORDINARIA

4.1. Hugo Arispe Carvajal

Hugo Arispe se desempeñaba como cuidador de autos en la ciudad de Arica. Con fecha 10 de enero de 2001, el Sr. Arispe es detenido por Carabineros debido a que se encontraba en estado de ebriedad en la vía pública, según señalaron los agentes. Tras indicar que no tenía dinero para pagar la multa por dicha

¹⁵⁸ Convención Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad. Artículo 14. Libertad y seguridad de la persona.

¹⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 104. Énfasis agregado.

¹⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Furlan y familiares Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 134.

falta, Arispe fue trasladado al Complejo Penitenciario de Arica (también conocido como Cárcel de Acha) ubicada al sudeste de Arica.

Cuatro días después, testigos indicaron que cuatro gendarmes del “grupo de reacción” de dicho centro aislaron a Hugo Arispe, procediendo a golpearlo sin piedad alguna. A partir de ese día se desconoce el paradero del Sr. Arispe, convirtiéndose en la primera víctima de desaparición forzada en Chile.

En marzo del 2001, familiares de la víctima tras sostener una conversación con el alcaide del recinto penitenciario, lograron acceder al lugar donde se conservaban las pertenencias de los internos, encontrando en dicha oportunidad la cédula de identidad del Sr. Arispe, pese a que su nombre no constaba en la lista de presos de la Cárcel del Acha.

Luego de más de una década, en noviembre de 2016 el INDH interpuso una querrela por el delito de secuestro calificado en contra de los gendarmes involucrados. Sin embargo, éstos no fueron sometidos a interrogatorio alguno y la causa fue archivada.

Posteriormente, con fecha 11 de julio de 2018 el INDH en conjunto con la Corporación de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta (CAJTA) interpusieron un recurso de apelación en contra de la sentencia del ministro en visita que rechazó la reapertura de la causa. Dicho recurso fue acogido por la Corte de Apelaciones de Arica, la que ordenó reabrir la causa y se concluyan las diligencias de investigación que se encuentran pendientes. Hasta el día de hoy no existen avances en la causa.

4.2. Ramón Pacheco Giacomozzi

Ramón Pacheco¹⁶¹ era un joven de 23 años que vivía en Talcahuano junto a su familia. Ramón, quien era apodado “Monchito” por sus conocidos, padecía de una discapacidad intelectual y, a su vez, era sordo. Ante tal situación, el padre del joven (Exequiel Pacheco) presentó una denuncia por presunta desgracia.

El día 22 de junio de 2008, el joven salió de su domicilio y no regresó más. Nueve días después, Ramón se encontraba durmiendo en la vía pública y debido al frío de aquella noche un grupo de amigos decidió llamar a Carabineros de Chile por temor a que éste falleciera de hipotermia. Al llamado acudieron tres agentes de Carabineros de Hualqui, quienes tras indicar que conocían al joven proceden a subirlo a su radiopatrulla, retirándose en dirección desconocida.

¹⁶¹ Información obtenida del sitio web www.londres38.cl

Uno de los testigos presenciales y que pertenecía al grupo de amigos que realizó el llamado a Carabineros, señaló reconocer a Mauricio Delgado como uno de los carabineros partícipes de la detención de Ramón Pacheco. Ante tal relato, el cabo 2º Delgado negó su participación en los hechos.

En el mes de marzo de 2010 y tras la denuncia efectuada por el padre del joven Pacheco, Carabineros dio a conocer la segunda declaración del testigo indicado en el párrafo anterior, efectuada en el marco de una investigación sumaria de Carabineros. En ella, el testigo indica que tras conversaciones con su grupo de amigos lograron precisar que los hechos no habían acontecido en el año 2008, sino que habían ocurrido aproximadamente en el mes de septiembre de 2007. Con todo, el nombre del joven Ramón Pacheco no consta en los registros de la tenencia de Hualqui en la fecha indicada por el testigo.

Debido a las evidentes contradicciones en la declaración del testigo como asimismo frente a la irregularidad de la situación, la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) decide realizar una tercera ronda de entrevistas. En dicha oportunidad, el mismo testigo que ya había declarado en dos ocasiones, indicó no acordarse de lo sucedido. En vista de lo anterior, con fecha 13 de marzo de 2014 el Fiscal Adjunto de Talcahuano declaró cerrada la investigación, comunicando la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Cuatro años después, en el año 2018 el Servicio Médico Legal de Concepción notificó a Exequiel Pacheco la existencia de una osamenta humana (fémur) encontrada en San Vicente en el año 2009, solicitándole que acudiera a realizarse una nueva muestra de ADN. El 31 de julio de 2020, el Servicio Médico Legal le informó al Sr. Pacheco que las muestras coincidían y, por tanto, dicha osamenta pertenecía a su hijo.

4.3. Jean Fedor Louis

Jean Fedor Louis¹⁶², ciudadano haitiano de 36 años que vivía en Chile, es el más reciente caso de desaparición forzada que se ha dado a conocer por las redes. El ciudadano inmigrante fue desaparecido en mayo del 2020 durante el horario de toque de queda, mientras se encontraba en la comuna de Quilicura.

A través de una declaración emitida con fecha 26 de junio de 2020, la Cátedra de Racismos y Migraciones Contemporáneas de la Universidad de Chile categorizó dicha desaparición (junto con los asesinatos de Camilo Catrillanca, Joane Florvil, Alejandro Trequil y Wilson Agustín; y la desaparición

¹⁶² *Ídem.*

de José Huenante) como un crimen perpetrado a causa del racismo, entendiéndose por éste “*todo hecho violento cometido contra una persona, un grupo o una comunidad que se produce mediado por el racismo, sistema basado en una ideología que clasifica a las personas diferencialmente a partir de la ‘raza’ y que está conformado por instituciones y agentes, pero también por creencias, estereotipos, valores y conductas*”¹⁶³.

5. CONCLUSIÓN

Para una exposición más estructurada de las conclusiones del presente capítulo, se ha efectuado su sistematización a partir de los siguientes criterios: i) finalización del proceso, ii) aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, iii) tipo penal, iv) pena determinada por el tribunal, v) jurisdicción que conoce del caso y vi) tiempo de tramitación.

En cuanto a la finalización del proceso, de los casos oficialmente conocidos como delito ordinario de desaparición forzada sólo uno de ellos ha sido resuelto por los tribunales de nuestro país, esto es el caso de José Vergara. El caso de José Huenante continúa en tramitación ante el Juzgado de Garantía de Puerto Montt encontrándose en etapa de investigación, no habiéndose celebrado aún la audiencia de formalización y no presenta avances procesales mayores.

Respecto a la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las sentencias estudiadas pudimos constatar que sólo una de ellas (caso Miguel Ángel Sandoval) aplica de manera significativa dicha normativa internacional, teniendo por línea rectora en su argumentación la dignidad de la persona (que constituye uno de los principios del DIDH), reconociendo la perpetración del delito de desaparición forzada y condenando bajo la figura penal de secuestro calificado. Asimismo, el fallo resulta coherente con las obligaciones convencionales en materia penal sobre desaparición forzada, toda vez que establece la improcedencia de las instituciones penales de la amnistía y la prescripción. Con todo, es menester recordar que esta sentencia dice relación con un caso de desaparición forzada en su modalidad de crimen de lesa humanidad.

En las sentencias recaídas en casos de desaparición forzada como delito ordinario, los jueces resuelven únicamente a partir de la aplicación de la normativa correspondiente al ordenamiento interno, sin invocar en su argumentación a los estándares de DIDH o realizar el control de convencionalidad.

¹⁶³ Cátedra Racismos y Migraciones Contemporáneas. Declaración de 26 de junio de 2020. Santiago. Disponible en < <https://www.uchile.cl/noticias/164655/declaracion-no-mas-crimenes-racistas> > [consulta: 16 agosto 2020].

Los tipos penales que han sido aplicados por los tribunales de justicia para el caso una desaparición forzada como delito ordinario (nos referimos a las dos sentencias pronunciadas por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique en el caso de José Vergara) han sido, en primer lugar, detención ilegal (artículo 148 del CP) y el tipo penal de secuestro simple (artículo 141 del CP), figuras que no se ajustan a la extrema gravedad de los hechos.

En lo que dice relación con la pena impuesta en estos casos, nos remitiremos al caso de José Vergara al ser el único donde existe un pronunciamiento definitivo por parte de un tribunal. El Tribunal Oral en lo Penal de Iquique impuso en sentencia de 11 de abril de 2018 la pena de presidio menor en su grado mínimo. Con posterioridad, en la nueva sentencia dictada en 28 de septiembre de 2018 se condenó a los responsables una pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo. Dicha pena fue sustituida por libertad vigilada intensiva en circunstancias de que cada uno de los elementos de la desaparición forzada se encontraban configurados.

En conexión con lo anterior, resulta pertinente agregar que el CED ha manifestado su preocupación en el caso de legislaciones donde la pena mínima asignada a este delito es de 5 años, toda vez que dicha cuantía no resulta apropiada a la extrema gravedad del delito. Por tanto, las sanciones de presidio menor en su grado mínimo y presidio menor en su grado máximo no resultan proporcionales a la luz de los estándares internacionales y mucho menos la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

En cuanto a la jurisdicción que conoce de estos delitos, antes de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en el caso de José Huenante las desapariciones forzadas eran a su vez conocidas por la justicia militar. Dicha atribución de competencia a la justicia militar constituía una vulneración al debido proceso (Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Asimismo, resulta contrario a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el mencionado caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Dicha situación fue subsanada por el máximo tribunal de nuestro país en sentencia Rol N° AD-1571-2017, aplicando únicamente el derecho interno.

Por otra parte, fue posible constatar que la tramitación de estos casos es sumamente demorada, pudiendo tardar más de 10 años en que un tribunal de la República se pronuncie de manera definitiva en un caso de desaparición forzada.

El actuar de Carabineros o de Gendarmería, dependiendo del caso, sigue un padrón similar constituido por la adulteración de los documentos que dejan constancia de la detención de la víctima por agentes estatales y, posteriormente, niegan a los familiares el hecho de que la persona fue detenida o el conocimiento de su suerte o paradero e incluso interponen obstáculos para que los familiares presenten denuncias por presunta desgracia.

Finalmente, resulta sumamente relevante destacar la existe un factor de vulnerabilidad común entre los casos de desaparición forzada que de manera oficial se conocen (caso de José Huenante, José Vergara, Hugo Arispe, Ramón Pacheco y Jean Fedor Louis). Estas personas reúnen a lo menos un factor de vulnerabilidad común: la pobreza, a la cual dependiendo del caso se suman otros factores como el pertenecer a un pueblo originario, adolecer de una discapacidad intelectual, dificultades para sociabilizar, escaso nivel educacional y el ser migrante.

CAPÍTULO III.

DISCUSIÓN LEGISLATIVA RESPECTO AL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONVENCIONALES DE PENALIZACIÓN DEL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN CHILE

1. LA NORMATIVA ACTUAL EN MATERIA DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Antes de abocarnos al análisis del actuar de nuestro legislador frente al cumplimiento de las obligaciones convencionales en materia penal sobre el delito ordinario de desaparición forzada, resulta importante examinar cuáles han sido las actuaciones positivas del legislador chileno que han culminado en la promulgación de leyes o decretos¹⁶⁴ cuya materia versa respecto de la desaparición forzada de personas (en un sentido amplio) dando cuenta del panorama normativo actual en nuestro país.

1.1. Leyes

1.1.1. Ley N° 20.377 sobre Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada de Personas

En junio de 2008 la Presidenta Michelle Bachelet ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto de ley sobre declaración de ausencia por desaparición forzada de personas¹⁶⁵ el cual tenía por finalidad la creación de una figura legal que permitiese a los familiares de personas sometidas a desaparición forzada actuar en la vida del derecho en asuntos relativos a materias patrimoniales y extrapatrimoniales (disolución de matrimonio, en específico) sin la necesidad de recurrir a la declaración de muerte natural o presunta de su familiar, situación generada a partir de la ausencia de regulación positiva y de reconocimiento expreso del delito de desaparición forzada en la legislación nacional de acuerdo a los parámetros establecidos en el ámbito internacional de los derechos humanos.

Además de reconocer la realidad histórica que envuelve a este fenómeno en nuestro país, el Mensaje indica que esta ley buscaba respetar una consigna esencial que los familiares de las víctimas de DF han sostenido: que se aclare cuál fue la suerte que corrieron y cuál fue la participación precisa de los agentes

¹⁶⁴ Si bien los decretos emanan de la potestad reglamentaria conferida al Presidente de la República en la Constitución Política de la República en su artículo 32 N° 6, se consideró importante su inclusión en este apartado debido a que forma parte de la normativa nacional que versa sobre el delito de desaparición forzada de personas.

¹⁶⁵ Boletín Núm. 5971-17, Cámara de Diputados, Legislatura 356. Ingresado con fecha 09 de julio de 2008. Disponible en <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=6350&prmBOLETIN=5971-17>>.

estatales (o de quienes actuaron a nombre del Estado) en su desaparición, toda vez que “*el uso de esas instituciones mencionadas (muerte natural y muerte presunta), en la medida que suponen la muerte, podría, producto de interpretaciones indeseables, debilitar la legítima demanda por verdad y justicia que ha sido el fundamento de una labor de más de tres décadas*”¹⁶⁶. Asimismo, sostiene que el reconocimiento de estos hechos constituiría una forma de evitar que vuelvan a ocurrir¹⁶⁷.

En cuanto al contenido de la ley N° 20.377, el artículo 1° define qué se entiende por desaparición forzada, concepto que sigue el tenor literal de la definición consagrada en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. La norma resulta llamativa si consideramos que al momento en que fue publicada la ley en comento la Convención Internacional aún no se encontraba ratificada por nuestro país.

Con todo, el legislador estaba consciente de dicha situación y frente a ello estableció un límite temporal al final de tal definición, incluyendo sólo las desapariciones forzadas ocurridas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, es decir, aquellas que constituyen crímenes de lesa humanidad.

En cuanto a la legitimación activa, la ley establece en su artículo 2° que podrán solicitar la declaración por ausencia el cónyuge o los hijos de la persona desaparecida. A falta de éstos, los descendientes. Si no existieren éstos, podrán pedirla sus ascendientes. A falta de éstos, podrán solicitarla los colaterales. Asimismo, para efectos de la legitimidad de la solicitud, los parientes de grado más próximo excluyen a los de grado más lejano.

Por otra parte, la ley regula en su artículo 4° un mecanismo de simplificación de la prueba que debe ser rendida por los familiares para acreditar la desaparición forzada, toda vez que si el caso está contemplado en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en el Informe de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, así como aquellos de otros órganos que pudieren crearse con los mismos fines, dicha inclusión será prueba suficiente de la desaparición forzada. Lo mismo ocurre con los casos en que la desaparición forzada esté contenida en una sentencia penal firme.

En cuanto al procedimiento, la ley establece un procedimiento simplificado y, por regla general, no contencioso, salvo en el caso que se deduzca una oposición, donde el procedimiento se tramitará de acuerdo con las reglas del juicio sumario.

¹⁶⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley N° 20.377 sobre declaración de ausencia por desaparición forzada de personas. Mensaje N° 159-356.

¹⁶⁷ *Ídem*.

La ley establece que con la declaración de ausencia por desaparición forzada a través de sentencia judicial firme y ejecutoriada se transferirán los bienes del desaparecido según las reglas previstas en el artículo 9° de la ley. Además, se producirá la disolución del matrimonio sólo en el caso de que el cónyuge no desaparecido lo haya solicitado. En caso de no ser así, el cónyuge no desaparecido podrá solicitar la ampliación de la sentencia, en el sentido de ordenar la disolución del matrimonio ante el mismo tribunal que la hubiere dictado.

Si bien esta ley constituye un avance en cuanto establece un mecanismo legal que permite a los familiares de víctimas de DF ejercer sus derechos en el ámbito del Derecho Civil patrimonial y de familia sin recurrir a la declaración de muerte natural o muerte presunta, su aplicación queda limitada a los crímenes de DF cometidos en tiempos de dictadura. Sobre este punto resulta importante recordar que a la fecha de publicación de esta ley (10 de septiembre de 2009) ya existían personas detenidas desaparecidas en democracia¹⁶⁸, situación totalmente excluida por el límite temporal previsto en la ley.

Si avanzamos un poco en el tiempo, nos encontramos que durante el año 2013 un grupo de diputados¹⁶⁹ presentó un proyecto de ley con el propósito de modificar la normativa de ley 20.377¹⁷⁰, sin embargo, el objeto de dicha modificación apuntaba a reconocer jurídicamente el carácter de víctimas de desaparición forzada a personas que sufrieron dicha práctica de represión durante la dictadura, dejando una vez más fuera de dicho estatus legal a las víctimas sometidas a desaparición forzada en democracia.

Lo anterior en el sentido de que la moción no propuso una modificación al artículo 1° de esta ley con miras a eliminar la limitación temporal del concepto de desaparición forzada, cuestión que tendría por consecuencia además la imposibilidad de reconocimiento de los desaparecidos en democracia como víctimas de dicho delito por el Estado de Chile. Sin embargo, la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía no emitió pronunciamiento alguno respecto de este proyecto de ley durante casi cuatro años, terminando su nula tramitación con el archivo del proyecto.

Respecto a la situación de las víctimas de desaparición forzada en democracia, el Comité contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas lamentó en sus Observaciones finales sobre el informe presentado por Chile en 2017 (informe que fue presentado con cinco años de atraso) la inaplicabilidad de esta ley a las DF perpetradas con posterioridad a la dictadura. Asimismo, dicho organismo alentó al Estado chileno a adoptar las medidas necesarias para garantizar que la legislación permita obtener una declaración de ausencia por DF, independientemente de la fecha en que hubiese tenido inicio la

¹⁶⁸ Nos referimos a los casos de Hugo Arispe Carvajal y José Huenante Huenante analizados en el Capítulo II.

¹⁶⁹ Diputada Ximena Vidal y Diputados Sergio Aguiló, Nino Baltolu, Hugo Gutiérrez y Tucapel Jiménez.

¹⁷⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE. Boletín N° 9005-17.

desaparición, con la finalidad de regular de manera apropiada la situación legal de las víctimas de DF y cuya suerte no haya sido esclarecida¹⁷¹.

Por otra parte, llama la atención que el Mensaje del Ejecutivo reconozca que el origen de este problema que habían tenido que enfrentar los familiares de víctimas de DF radica precisamente en la falta de regulación y reconocimiento expreso de este delito en el ordenamiento interno. Debido a ello, esta ley reconoce por primera vez que las desapariciones perpetradas sistemáticamente entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990 son desapariciones forzadas. Sin embargo, como ya se adelantó, la ley fue redactada cautelosamente para restringir los alcances de esta categorización, puesto que antepone a la definición de desaparición forzada la frase “*para los efectos de esta ley*”.

Así las cosas, hoy en día nos encontramos en una situación dicotómica donde para los efectos de la ley 20.377 las desapariciones cometidas en dictadura son constitutivas de desapariciones forzadas, mientras que el mismo ilícito cometido con posterioridad a la fecha indicada al ser sometido al conocimiento de los tribunales de justicia en nuestro país es subsumido en los tipos penales de secuestro (simple y calificado), sustracción de menores, detención ilegal de particular, detención arbitraria o ilegal, entre otros.

1.1.2. Ley N° 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra

La ley N° 20.357 de 2009 tiene su origen en la moción parlamentaria presentada por los senadores Alberto Espina, José Antonio Gómez, Hernán Larraín, Pedro Muñoz y Mariano Ruiz-Esquide en el año 2009¹⁷² tras la aprobación de la reforma constitucional requerida para la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en nuestra legislación¹⁷³, de acuerdo con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional (TC) en abril de 2002¹⁷⁴.

¹⁷¹ COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por Chile en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención. CED/C/CHL/CO/1. Distr. General, 8 de mayo de 2019, párr. 28 – 29.

¹⁷² Boletín 6406-07. Tipifica los crímenes de lesa humanidad, de genocidio y de guerra.

¹⁷³ Existió gran controversia en cuanto a la procedencia de incorporar este tratado internacional a nuestra legislación, toda vez que algunos interpretaban que ello conllevaría una transferencia de soberanía a la Corte Penal Internacional, cuestión que era contraria a la CPR pues dicho órgano judicial no sería establecido a través de una ley, sino que por medio de la incorporación de un instrumento internacional que modificaría nuestra CPR. Por otra parte, también se sostuvo, a favor de su incorporación, que debía dejarse atrás el concepto de Estado Nacional, abriéndose a la realidad de la regulación del Derecho Internacional Contemporáneo. Al respecto, *cf.* KAMEL, C. y BORDALÍ, A. La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980 (Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002). [en línea] Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, diciembre 2002, Vol. XIII, pp. 255 – 263. <<http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v13/art16.pdf>> [consulta: 25 de junio de 2020].

¹⁷⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 8 de abril de 2002. Rol 346-02.

Dicha iniciativa parlamentaria fue resultado del trabajo de la comisión especial constituida con fines de armonizar las indicaciones que habían sido presentadas tanto por el Ejecutivo (primer gobierno de Bachelet) como por la oposición, referidas a la moción contenida en el Boletín N° 3493 presentada con anterioridad para tipificar los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional.

En cuanto a su contenido, la ley se ocupa de la tipificación de los crímenes de lesa humanidad y genocidio (Título I) como asimismo de los crímenes y delitos de guerra (Título II), quedando éstos fuera del Código Penal¹⁷⁵. Asimismo, regula en su Título III las disposiciones comunes aplicables a los delitos previstos en ella. Para los efectos de esta memoria, resulta importante detenernos con especial atención en el Título I de la ley, toda vez que contiene la tipificación de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad¹⁷⁶.

Al respecto, de acuerdo con el artículo 1° de la ley N° 20.357, para que un delito constituya crimen de lesa humanidad, en su ejecución deberán concurrir dos circunstancias: i) que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; y, ii) que el ataque a que se refiere el número precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

Se ha entendido que el ataque contra una población civil constituye un elemento político, el cual ha sido descrito por el ERCPI como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”¹⁷⁷. La ley en comento también prevé este elemento en su artículo 1° N° 2, sin embargo, lo hace exigiendo una serie de requisitos adicionales cuando el ataque sea cometido por un grupo armado organizado. Así las cosas, pueden existir ciertos grupos que no cumplan en su totalidad con los requisitos requeridos por la ley chilena, no siendo sus actos punibles dentro de los márgenes de la normativa nacional. Sin embargo, ellos sí quedarían comprendidos bajo la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI)¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Al respecto, resulta interesante destacar que el Anteproyecto del Nuevo Código Penal presentado en 2018 incorpora estos tipos penales en su Libro Segundo bajo el título “delitos contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”. *Vid.* <https://www.minjusticia.gob.cl/anteproyecto-para-nuevo-codigo-penal/>. [consulta: 25 de junio de 2020].

¹⁷⁶ A pesar de que esta ley se refiere a la regulación de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, resulta importante pasar revista sobre su contenido para efectos de evidenciar las diferencias que presenta con la desaparición forzada como delito ordinario.

¹⁷⁷ ESTATUTO DE ROMA, art. 7 párrafo 2 letra a).

¹⁷⁸ *Cfr.* CÁRDENAS, C. La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la ley N° 20.357. [en línea]. *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIII, Núm. 2, 2010, p.27. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200002> [consulta: 25 de junio de 2020].

En directa relación con lo anterior, resulta importante destacar que la ley en su artículo 2° profundiza en la primera de las circunstancias exigidas para que un delito constituya crimen de lesa humanidad, al consagrar que por *ataque generalizado* se entenderá “un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”. Por su parte, un *ataque sistemático* debe entenderse como “una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”. Vemos que nuestro legislador optó por establecer como único elemento diferenciador entre ambos conceptos la prolongación del tiempo presente en el segundo de estos conceptos, cuestión contraria al tenor literal de la expresión y al sentido otorgado por la jurisprudencia internacional¹⁷⁹.

Con todo, luego de precisar dichos conceptos, la ley procede a tipificar aquellas conductas antijurídicas que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1°, son consideradas crímenes de lesa humanidad¹⁸⁰ entre las cuales se encuentra la desaparición forzada de personas. En efecto, el artículo 6° de la ley prevé que “con la misma pena (presidio mayor en su grado medio a máximo) será castigado el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1° y con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa”.

Tras la lectura del tipo penal, es posible identificar ciertos elementos comunes con las definiciones de DF analizadas en el Capítulo I.

Así, en el tipo penal de DF como crimen de lesa humanidad la ejecución de la conducta ilícita también principia con la privación de libertad de la víctima, sin que la modalidad de esta privación presente mayor incidencia en esta etapa del crimen. Asimismo, es posible identificar que el legislador incorporó la negativa de brindar información como un elemento del tipo.

Sin embargo, el tipo penal de DF como crimen de lesa humanidad presenta elementos particulares que no son descritos dentro de la conducta típica en los tipos penales examinados en la primera parte de este trabajo.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 28.

¹⁸⁰ A su vez, la ley tipifica, cuando son cometidas concurriendo las circunstancias señaladas en su artículo 1°, el homicidio (art. 3°); lesiones (art. 5 N° 1, 2, 3), aborto forzado (art. 5 N° 4), embarazo forzado (art. 5 N° 5), esclavitud (art. 5 N° 6), encarcelación u otra privación grave de libertad física en violación a las normas del derecho internacional (art. 5 N° 7), violación y abuso sexual (art. 5 N° 8), prostitución forzada (art. 5 N° 9); tortura (art. 7 N° 1), exterminio (art. 7 N° 2); atentados graves contra la salud física o mental (art. 5 N° 1 y 2, art. 8 N° 1 y 2), abuso sexual o violación de menores (art. 8 N° 3); y deportación o traslado forzado (art. 9).

En primer lugar, y de forma evidente, nos referimos a aquellos elementos de contexto necesarios para configurar un crimen de lesa humanidad y que se encuentran previstos en el artículo 1° de la ley. En segundo lugar, el crimen de lesa humanidad incorpora un elemento volitivo pues se exige, además de la intención de hacer desaparecer a la víctima, el ánimo de sustraerla de la protección de la ley y junto con ello se incorpora un elemento temporal ya que el sujeto activo debe querer perpetrar dicha sustracción “*durante un largo tiempo*”. En tercer lugar, se incorpora un elemento cognitivo, pues quien actúa en la ejecución de una desaparición forzada en su variante de crimen de lesa humanidad deberá tener conocimiento de que ello responde a una política, la cual puede emanar de a) el Estado o sus agentes; b) grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares; o c) grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos. Así las cosas, el sujeto activo de este delito podrán ser agentes del Estado, personas que no tengan dicha calidad pero que obren en virtud de una política estatal o de sus agentes, grupos armados organizados que cumplan las características adicionales señalada en la letra b) o grupos organizados que cumplan con las exigencias de la letra c).

1.2. Decreto N° 121 que instituye el Día Nacional del Detenido Desaparecido

En virtud de la facultad constitucional de potestad reglamentaria prevista en el artículo 32 N° 6 de la CPR, la Presidenta de la República Michelle Bachelet instituyó el día 30 de agosto como el Día Nacional del Detenido Desaparecido por medio del Decreto N° 121 de 2006.

El Decreto toma en consideración la situación vivida en nuestro país durante el período dictatorial en materia de violación a los derechos humanos y, en especial, la gran cantidad de personas detenidas desaparecidas en esa época. Así las cosas, constituye una acción de memoria y justicia para superar dicho período como asimismo busca evitar su repetición, siendo una medida que contribuye a la reparación y a la construcción de una historia común.

Asimismo, dentro de su parte considerativa agrega que la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos Desaparecidos, organismo no gubernamental internacional integrado por las asociaciones familiares de países de América Latina y el Caribe en los que se practicó la DF de personas, había instituido el día 30 de agosto de cada año como el Día Internacional del Detenido Desaparecido. Frente a ello, las agrupaciones de familiares de detenidos desaparecidos aspiraban a que dicha fecha también fuera conmemorada en Chile, motivo por el cual el Decreto promulga como Día Nacional del Detenido Desaparecido la fecha indicada.

Sin duda, resulta importante la promulgación del Día Nacional del Detenido Desaparecido pues bien sabemos que la memoria muchas veces es frágil –e inclusive para algunos, selectiva– respecto de los hechos que ocurrieron en el pasado.

Por tanto, el día del detenido desaparecido (como comúnmente es conocido) constituye una medida que impulsa la construcción de una memoria común de la sociedad chilena, reconociendo y valorando el dolor de quienes hasta el día de hoy mantienen firme su lucha por reencontrar a sus seres queridos. Sin embargo, resulta contradictorio que en un Estado de derecho se destine un día especial para conmemorar a las víctimas de DF en circunstancias de que no se ha avanzado en concretizar la medida más básica para efectos de poner coto a la impunidad que ampara la comisión de este ilícito: su tipificación.

En efecto, la búsqueda de justicia por parte de los familiares no es una lucha de sólo un día, sino de varios años, quienes mantienen viva la esperanza de encontrar a su ser querido como asimismo el deseo de justicia frente a la gravedad del delito que afectó a su familiar desaparecido como también las tortuosas consecuencias que éste conlleva para sus cercanos.

1.3. Conclusión

La normativa nacional analizada permite afirmar que las actuaciones positivas del legislador (promulgación de leyes) son escasas en la materia.

Lo anterior debido a la ausencia de una actitud proactiva por parte del legislador, cuestión que se evidencia en la paralización de la tramitación del proyecto de ley contenido en el Boletín N° 9005-17 para modificar la ley que prevé la declaración de ausencia por desaparición forzada, por ejemplo.

Asimismo, los escasos pronunciamientos del legislador en la materia regulan temas que son consecuencia de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad sin pronunciarse sobre el delito ordinario de desaparición forzada, produciéndose una situación dicotómica en la regulación de un mismo delito donde las circunstancias contextuales en las que se dio su ejecución (ataque sistemático y generalizado contra una población) marcan sustancialmente una diferencia.

Por otra parte, resulta positivo que el legislador haya regulado la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad a través de la ley N° 20.357 de 2009. Sin embargo, el legislador siguiendo la definición prevista en el artículo 7° N°2 letra i), establece un requisito de grandes dimensiones en materia probatoria, toda vez que la víctima o los familiares de ella deberán probar el *animus* del sujeto activo al ejecutar el delito. Como vimos anteriormente, consideramos que ello constituye una carga probatoria extremadamente compleja de ser superada por la víctima o sus familiares puesto que, por regla general,

quien ejecuta una desaparición forzada sólo tiene “la intención de secuestrar a la víctima sin dejar rastro alguno, a fin de llevarla a un lugar secreto con el propósito de interrogarla, intimidarla, torturarla o, sencillamente asesinarla secretamente¹⁸¹”.

Como última conclusión, es menester agregar que el legislador ha cumplido parcialmente con sus obligaciones de tipificación respecto del delito de DF pues lo ha tipificado como crimen de lesa humanidad por medio de la ley N° 20.357 (excluyendo su tipificación del CP) siguiendo los estándares previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Con todo, esta ley sólo aplica para casos futuros, por lo que las desapariciones forzadas cometidas en dictadura siguen siendo juzgadas con tipos penales que no recogen la completitud del injusto.

En cuanto a las obligaciones convencionales en materia penal que son objeto de esta memoria –delito ordinario– éstas no han sido cumplidas. Ha habido una conducta legislativa consistente en tratar de evitar la tipificación de este delito por medio de otras acciones que, si bien son importantes a nivel de memoria social y colectiva, no resuelven el gran problema de fondo que se encuentra pendiente: su tipificación.

2. PROYECTOS DE LEY PARA TIPIFICAR EL DELITO ORDINARIO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL CÓDIGO PENAL

El presente apartado tiene por objetivo la revisión y análisis de los proyectos de ley que han sido presentados con la finalidad de cumplir con las obligaciones convencionales en materia penal relativas al delito ordinario de desaparición forzada adquiridas por el Estado de Chile a través de la firma y ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, con especial atención en el cumplimiento de la obligación convencional de tipificar dicho delito en la legislación penal común.

2.1. Boletín N° 2604-07

Con fecha 18 de octubre del año 2000 la parlamentaria Laura Soto y los parlamentarios Sergio Ojeda, Sergio Elgueta y Sergio Velasco presentaron a la Cámara de Diputados el proyecto de ley titulado “*Establece agravante de responsabilidad criminal para el caso de destrucción total o parcial u*

¹⁸¹ LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 259. *Apud.* SFERRAZZA, P. La responsabilidad internacional del Estado..., p. 121.

ocultamiento o desaparición forzada del cuerpo de la víctima o cadáver por parte del hechor u homicida”, remitiéndose ese mismo día a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

A continuación, analizaremos los principales fundamentos de la moción parlamentaria.

2.1.1. Fundamentos de la moción

La moción intenta presentar una solución a la impunidad generada con motivo de las dificultades de hallazgo del cuerpo de la víctima de homicidio producidas por acción del sujeto activo del delito, cuestión que, según lo indicado en el texto presentado por la y los autores, deriva en una falta de credibilidad en las instituciones estatales que investigan los hechos.

Asimismo, la moción parlamentaria considera la multiplicidad de casos de personas que desaparecen, sin dejar rastros, desconociéndose su paradero y destino, dentro de los cuales muchos constituyen casos de homicidios donde los intervinientes del delito han ocultado o hecho desaparecer a la víctima. Dicha situación es considerada como un grave peligro por quienes presentan el proyecto de ley, toda vez que el sujeto activo del delito busca generar la impunidad de su conducta contraria a derecho, puesto que la ausencia del objeto material del delito —el cuerpo de la víctima— junto con la falta de elementos probatorios puede ser calificada por el tribunal como una situación que carece de motivos que justifiquen la procedencia de un castigo penal.

Frente a tales consideraciones, la moción propone la adecuación típica de la figura penal de homicidio considerando procedente el agregar una circunstancia agravante en conformidad de la función preventiva del Derecho Penal como también a la “moderna concepción del derecho penal (*sic*), donde la víctima cobra especial relevancia, de tal modo que la destrucción total o parcial u ocultamiento o desaparición forzada del cadáver, implica un atentado a los derechos de la víctima”. La agravante propuesta responde también a una política criminal que “reprime y previene la ocultación o desaparecimiento del cadáver u osamentas”, procurando dotar a la sociedad de elementos que prevengan las conductas descritas, insertando un “elemento atemorizante y agravante” de los actos señalados.

En atención a lo anterior, fue propuesto el siguiente proyecto de ley:

“Agréguese el siguiente N° 20 al artículo 12 del Código Penal:

Artículo 12.- Son circunstancias agravantes.

N° 20. Destruir o hacer desaparecer o ayudar a destruir o hacer desaparecer, total o parcialmente, el cadáver de la víctima de homicidio”.

2.1.2. Análisis de los fundamentos a partir de los estándares internacionales

Si bien este proyecto de ley no propone la tipificación del delito ordinario de desaparición forzada en el CP, por lo que no configuraría directamente una de las tentativas del legislador de cumplir las obligaciones convencionales en materia penal respecto de este delito, nos parece interesante su análisis toda vez que pretende incorporar una circunstancia agravante de responsabilidad penal que se pronuncia respecto de este delito con motivo de la consumación del delito de homicidio.

La moción en comento, a nuestro parecer, hace mal uso del término “desaparición forzada” puesto que el sentido que le confiere difiere completamente de aquel que le ha sido otorgado por los instrumentos internacionales que regulan la materia y reforzado tanto por la jurisprudencia internacional como por los órganos que realizan seguimiento del cumplimiento de las convenciones, toda vez que se utiliza para hacer referencia a la situación donde el cuerpo de la víctima del delito se encuentra en un lugar que se desconoce. Así las cosas, consideramos que no es correcto hablar de desaparición forzada por las siguientes razones:

A) Sujeto activo

El delito de desaparición forzada, de acuerdo con las definiciones de carácter internacional estudiadas en la presente memoria, tiene por sujeto activo a “agentes del Estado o personas o grupos de personas que actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado”¹⁸². Debido a ello, y siguiendo la concepción tradicional del DIDH respecto del delito de desaparición forzada, sólo quienes presenten la calidad de agente del Estado, es decir, las “personas que desempeñan algún cargo, función, encomienda, actividad pública”¹⁸³, por una parte, o los particulares que actúan a partir de un nexo de conexión con el Estado configurado por la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, por otra, pueden ser los sujetos activos de este delito.

Por su parte, la agravante propuesta en la moción se refiere al delito de homicidio regulado en el artículo 391 del CP, donde el sujeto activo descrito en el tipo penal de este delito no requiere de una calidad especial para que dicho elemento de la parte objetiva del tipo se considere completo.

¹⁸² *Vid.* Tabla N° 1.

¹⁸³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18.

Así las cosas, y a diferencia del delito de desaparición forzada, el delito de homicidio constituye un delito de sujeto activo indeterminado donde el particular que lleva a cabo la ejecución del delito no precisa actuar con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado para que su conducta se encuadre en el tipo penal.

B) Momento de la desaparición

El hechor, en el caso del delito de homicidio, hace desaparecer el cuerpo de la víctima una vez que se ha consumado tal acción típica, es decir, cuando aquella ya ha fallecido. El delito de desaparición forzada dice relación con la privación de libertad de una persona que se encuentra con vida al momento de su detención, sin perjuicio de que con motivo del delito de desaparición forzada pueda ser sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o incluso ser asesinada.

C) Sujeto pasivo

En estrecha relación con lo anterior, la víctima de desaparición forzada en cuanto persona que al momento de su desaparición se encuentra con vida, es sometida en contra de su voluntad a dicha privación de libertad que, luego de que se niega información referida a su paradero, suerte o circunstancias de su desaparición, deviene en la consumación del delito.

En la moción es la víctima de homicidio quien es sometida a una “desaparición forzada”, situación fácticamente imposible debido a que no puede ofrecer resistencia –o al menos demostrar su falta de consentimiento– a dicha desaparición pues lamentablemente ha fallecido como resultado de la acción antijurídica de otro.

Asimismo, del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH es posible inferir que la desaparición forzada constituye un concepto distinto al de ocultamiento, constituyendo momentos diferentes en el caso de que se haya causado el deceso de la víctima, al señalar que “la práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron...”¹⁸⁴.

¹⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 157. Énfasis agregado.

2.1.3. Tramitación

La tramitación de este proyecto de ley fue absolutamente fugaz, no en el sentido de haberse caracterizado por ser celeré sino porque las gestiones realizadas durante su tramitación fueron casi nulas, siendo la única de ellas –además de su ingreso al Congreso, claro está– su derivación a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en la cual se mantuvo durante casi diez años, período que finalizó con su archivo bajo la causal prevista en el artículo 18 del Reglamento de la Cámara de Diputados al no presentar tramitación durante más de dos años.

2.1.4. Conclusión

Debido a las razones indicadas con anterioridad (referidas al sujeto activo, momento de desaparición y sujeto pasivo) y sin ahondar en la dudosa efectividad de la finalidad preventiva que esta moción defiende por medio del establecimiento de una circunstancia agravante de responsabilidad penal, consideramos que el término “desaparición forzada” no debería haber sido empleado en el proyecto de ley analizado y que en su lugar podría haberse utilizado simplemente “desaparición” de la víctima o del cadáver, toda vez que agregar el adjetivo “forzada” significaría hacer referencia al delito ordinario de DF, otorgándole un sentido erróneo por las razones ya mencionadas.

Por otra parte, recordemos que la obligación de penalización del delito ordinario de desaparición forzada presenta una naturaleza de un deber de tipificación moderado (véase Capítulo I.3.1.1.), estableciendo directrices para la creación de una figura jurídica ordinaria y autónoma dentro de la legislación doméstica de cada Estado. Por tanto, en el hipotético caso de que se intentase penalizar este delito a través de una circunstancia agravante de responsabilidad penal, no se estaría cumpliendo con la obligación convencional de tipificar establecida tanto en la Convención Interamericana como en la Convención Internacional.

2.2. Boletín N° 3301-07

El Proyecto de Ley que “*Modifica el Código Penal para tipificar el delito de desaparición forzada de personas*” tiene su origen en la moción parlamentaria presentada por los senadores Jorge Arancibia, Marco Cariola, Andrés Chadwick, Hernán Larraín y Jaime Orpis con fecha 30 de julio del año 2003,

data en que todavía la Convención Interamericana se encontraba pendiente de ratificación, distando entre dicha fecha y la firma del instrumento un tiempo de nueve años.

2.2.1. Fundamentos de la moción

De acuerdo con los autores del proyecto, la formulación de la Convención Interamericana atentaba contra los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico puesto que defería jurisdicción a tribunales extranjeros.

Frente a ello, en atención a la “necesidad de afrontar con prontitud la más eficiente tutela de los derechos fundamentales” y considerando “urgente adoptar las medidas legislativas pertinentes”, los senadores resolvieron proponer una tipificación del delito ordinario de desaparición forzada que estuviese, de acuerdo con ellos, “en plena armonía con las exigencias que nuestra Carta Fundamental formula en materia penal” haciendo referencia a los principios de legalidad (art. 19 N°3, inc. 8°) y de culpabilidad (art. 19 N° 3, inc. 6°).

Respecto del *principio de legalidad*, los parlamentarios consideran que el bien jurídico que debe ser protegido por el legislador a través de este tipo penal es el normal ejercicio de los derechos fundamentales que la Carta Fundamental reconoce por igual a todas las personas.

Asimismo, se refieren a dicho principio en lo relativo a la obligación del legislador de definir con precisión cada uno de los elementos del tipo de forma que se baste a sí mismo, sin que sea necesario su complemento por otra norma o por el juez. Debido a lo anterior, define al sujeto activo como “funcionario público” recogiendo la definición contemplada en el artículo 260 del CP.

Con todo, agregan que no se trata de un delito especial pues el tipo que crea contempla, además, como sujeto activo a “cualquier individuo, siempre que lo haga en el contexto de una acción del aparato estatal que, atendidas las exigencias de taxatividad del tipo penal, requiere la inequívoca existencia de un vínculo entre el particular y el funcionario público, en quien radica la representación del Estado y que, en el fondo, comunica dicha calidad al tercero extraño que no la reviste”.

Por su parte, los senadores invocan el *principio de culpabilidad*, el que prohíbe al legislador presumir de derecho la responsabilidad penal, indicando que uno de los elementos del tipo es la culpabilidad (en sentido estricto), es decir, el conocimiento que debe concurrir en el sujeto de los elementos del tipo y de la ilicitud de su conducta, el que además deberá existir durante todo el curso de su realización.

Agregan que tanto la desaparición forzada como el conocimiento del paradero de la víctima deberán concurrir en los hechos para que el castigo sea procedente.

Así las cosas, la tipificación propuesta fue la siguiente:

“Artículo Único.- Introdúzcase el siguiente artículo 148 bis al Código Penal:

Artículo 148 bis.- El empleado público o el que por orden o facultado por éste, privare de libertad a una persona, negándose a informar de su detención o paradero, comete el delito de desaparición forzada de personas y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo.

Si la persona privada de libertad hubiere sido sometida a torturas o fuere víctima del delito de homicidio, la pena será de presidio perpetuo calificado.

Cualquier partícipe en el delito que aportare antecedentes que permitan establecer el paradero de la víctima, y ésta fuere hallada con vida, será castigado de acuerdo al grado de su participación, con las penas rebajadas en dos grados.

Si los antecedentes aportados permiten sólo ubicar los restos de la víctima o establecer lo ocurrido con ella, se aplicará la pena asignada al delito de desaparición forzada rebajada en un grado.

No se podrá invocar como eximente de responsabilidad penal la de obrar en cumplimiento de un deber contemplada en el artículo 10 N°10.

El delito será considerado como permanente mientras no se establezca lo ocurrido o se ubiquen los restos de la víctima”.

2.2.2. Análisis de la moción a partir de los estándares internacionales

Para un análisis más estructurado de los fundamentos del proyecto de ley en examen, se ha decidido dividir su revisión en dos subapartados.

El primero, referido a la jurisdicción de tribunales extranjeros, toda vez que constituye la piedra angular en el fundamento de la moción ingresada al Senado. En el segundo, nos avocaremos al análisis en particular del tipo penal propuesto, analizando en detalle si la propuesta legislativa se encontraba dentro de los marcos internacionales establecidos en las obligaciones convencionales en materia penal examinadas en el primer capítulo de esta Memoria.

2.2.2.1. La jurisdicción de tribunales extranjeros

No resulta curioso que el mismo día en que fue ingresado este proyecto de ley sus autores en conjunto con otros senadores presentaron ante el TC un requerimiento de inconstitucionalidad respecto del Proyecto de Acuerdo que aprobaba la Convención Interamericana, toda vez que éste establecía el principio de jurisdicción universal¹⁸⁵, el que según los requirentes era contrario a los artículos 5°, 6°, 7°, 19 N° 3, 73, 74 y 79 de la CPR¹⁸⁶.

El artículo IV de la Convención Interamericana consagra el principio de jurisdicción universal de la siguiente manera:

“Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado Parte. En consecuencia, cada Estado Parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:

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

Todo Estado Parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.

Esta Convención no faculta a un Estado Parte para emprender en el territorio de otro Estado Parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra Parte por su legislación interna”¹⁸⁷.

De acuerdo con los requirentes, el principio de jurisdicción universal importaría una transgresión a la Carta Magna toda vez que la jurisdicción de los tribunales extranjeros no emana de la soberanía de la Nación. Lo anterior se explica pues las únicas autoridades que pueden ejercitar la función jurisdiccional

¹⁸⁵ El principio de jurisdicción universal, también conocido como principio de persecución universal, “puede ser entendido en el sentido de que no se deje a la voluntad de unos cuantos Estados el ejercicio de los derechos que toda la comunidad internacional tiene a su favor, cuando actos de personas naturales atentan contra los principios generales de Derecho nacional e internacional, ocasionando perjuicios a toda la comunidad, o cuando las autoridades de ciertos países dejan de actuar o lo hacen deficientemente ante actos similares que ponen de manifiesto la falta de intención de prevenir o remediar los perjuicios ocasionados (...)” *Vid.* AGUILAR, G. El principio de Jurisdicción Universal: una propuesta de aplicación en Chile. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 4, Núm. 1, 2006, p. 341.

¹⁸⁶ *Vid.* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Rol N° 383-2003.

¹⁸⁷ Énfasis agregado.

(que corresponde a una expresión del ejercicio de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5°, 6° y 7° de la CPR) son aquellas que la Constitución establece, destinándose de forma excluyente a los tribunales establecidos por la ley, entre los cuales no se encuentran los tribunales extranjeros. Por tanto, y siguiendo la argumentación de los requirentes, el reconocimiento de potestad jurisdiccional a un tribunal que no esté establecido en la CPR resulta inconstitucional. En ese sentido, para que el principio de jurisdicción universal fuera aplicable sería necesaria una reforma a nuestra Carta Magna, modificando artículos como el 79, que establece la superintendencia de la Corte Suprema respecto de todos los tribunales de la Nación, donde debería incorporarse a los tribunales extranjeros dentro de los tribunales exceptuados de dicha superintendencia; y los artículos 74 y 19 N° 3 que establecen el principio de territorialidad de la jurisdicción.

Al respecto, la sentencia del TC recaída en este proceso no se pronunció sobre el fondo del requerimiento de inconstitucionalidad, puesto que los magistrados constitucionales verificaron la existencia de una inconstitucionalidad de forma consistente en que *“el Proyecto de Acuerdo y la Convención a la cual aquél se refiere, no fueron aprobados, en la Cámara de Diputados, con el quórum que la Constitución exige. Esta razón es suficiente, por lo explicado, para concluir, desde el ángulo estrictamente formal, que uno y otra infringen la Carta Fundamental y que debe ser así declarado”*¹⁸⁸.

Con todo, resulta pertinente revisar los argumentos de fondo presentados en dicha instancia constitucional pues revelan la postura de parte importante del Senado en aquel entonces.

Así las cosas, de la argumentación vertida por los requirentes resulta evidente la existencia de un afán en la defensa de la soberanía nacional por sobre la protección de los derechos humanos de las víctimas de un delito tan despreciable como lo es una desaparición forzada. Como se ha dicho en páginas anteriores, el delito de desaparición forzada agrede profundamente los valores democráticos de cualquier sociedad que se diga respetuosa de los derechos humanos, como Chile se comprometió a serlo por medio de la firma de la Convención Internacional (y otros instrumentos internacionales) en el caso en estudio. En efecto, el principio de jurisdicción universal configura una de las medidas previstas por la comunidad internacional para reforzar la lucha contra la impunidad que constantemente asecha este delito, pues la forma de su ejecución conlleva magnas dificultades tanto para descifrar la suerte y el paradero de la víctima como para definir responsabilidades penales, toda vez que el tiempo se constituye como un gran enemigo para efectos de recabar elementos probatorios. Así las cosas, la voluntad de un Estado para iniciar o no un proceso penal, esto es ejercer su soberanía por medio de un proceso judicial destinado a

¹⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 5 de septiembre de 2003, Considerando Vigésimo. Rol 383-2003.

esclarecer los hechos y responsabilidades, no puede constituirse como una dificultad más a sortear por las víctimas y sus familiares para obtener justicia.

El principio de jurisdicción universal busca asegurar que el imputado por una desaparición forzada sea sometido a proceso con fines de establecer la verdad respecto de los hechos y, en caso de ser procedente, aplicar la sanción correspondiente según la gravedad intrínseca de este delito. Así las cosas, el principio de jurisdicción universal, al contrario de lo que plantean los requirentes, reafirma que corresponde primeramente a los tribunales del foro doméstico –establecidos en forma previa en la ley– el juzgamiento de los responsables de desapariciones forzadas, puesto que sólo en la situación de que dichos tribunales no quieran o no puedan proceder a su juzgamiento le corresponde a cualquier Estado de la comunidad internacional –no a un tribunal en específico– el conocimiento de dicho juzgamiento con la finalidad de evitar la impunidad de estos crímenes internacionales (recordemos que no se trata de crímenes comunes que tienen su origen en la legislación doméstica)¹⁸⁹.

Otra cuestión relevante de ser considerada en materia de jurisdicción universal es que las normas que regulan la desaparición forzada como crimen internacional son normas de *ius cogens* y generan obligaciones *erga omnes*, por tanto, su jerarquía es suprema, absoluta e inderogable, donde la voluntad estatal no puede jugar ningún rol¹⁹⁰.

Resulta evidente la postura preferencial de los senadores en defender el concepto tradicional de soberanía del Estado por sobre una mejor defensa de los derechos humanos en la materia, llegando incluso a argumentar que el hecho de que no se contemple a los tribunales extranjeros en la norma constitucional que prevé la superintendencia de la Corte Suprema sería una confirmación de la inconstitucionalidad de este principio, sin embargo, la imposibilidad fáctica –y lógica– de tal cuestión resulta evidente¹⁹¹.

Así las cosas, la protección de los derechos humanos requiere que los Estados establezcan y trabajen en las buenas relaciones con otros, donde la voluntad y esfuerzo común por alcanzar tal objetivo tiene por base imprescindible la cooperación internacional, defender a toda costa la soberanía nacional, como señala BORDALÍ “es querer cerrar los ojos a la realidad en que se encuentra ya hace medio siglo la idea

¹⁸⁹ Cfr. AGUILAR, G. La desaparición forzada de personas: naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. [en línea]. Revista Estudios Constitucionales, Año 7, Núm. 2, 2009. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200017> [consulta: 20 de julio de 2020], pp. 444 – 445.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 447.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 445.

del Estado nacional, inmerso en un ingente número de normas y órganos internacionales que, directa o indirectamente, determinan nuestra vida como comunidad nacional”¹⁹².

En efecto, una vez más cuestiones políticas parecen ser más relevantes que la efectiva protección de los derechos humanos y el cumplimiento de las obligaciones que voluntariamente fueron adquiridas por el Estado de Chile. Los preceptos de nuestra Carta Magna no deberían ser interpretados para fortalecer posturas políticas defendidas por ciertos sectores, sino para reforzar la protección de los valores considerados esenciales para la humanidad. Así las cosas, cuando se trate de terminar con la impunidad respecto de crímenes internacionales, como lo es el delito ordinario de desaparición forzada al tener su origen en la regulación internacional, se hace menester que nuestra Constitución sea interpretada de una forma más abierta, buscando insertar al Estado y al derecho chileno dentro del sistema internacional¹⁹³, el que a su vez persigue la prevención, sanción y erradicación de este delito.

2.2.2.2. Análisis del cumplimiento de las obligaciones convencionales en materia penal

Antes que todo, resulta relevante aclarar que el análisis que se desarrollará en este apartado tendrá por estándar único las obligaciones convencionales en materia penal previstas en la Convención Interamericana, debido a que a la fecha aún no se había adoptado la Convención de Naciones Unidas.

Para iniciar nuestro análisis, el cual se estructurará sobre la base de las obligaciones examinadas en el Capítulo I., resulta conveniente reproducir el primer inciso de la propuesta legislativa, el cual prevé lo siguiente:

“Artículo 148 bis.- El empleado público o el que por orden o facultado por éste, privare de libertad a una persona, negándose a informar de su detención o paradero, comete el delito de desaparición forzada de personas y será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo”.

Desde una primera lectura es posible advertir que la descripción de la conducta típica presenta cierta similitud con aquella prevista en el artículo II de la Convención Interamericana, sin embargo, veremos que existe más de un punto de discordia entre ambas.

¹⁹² BORDALÍ, A. Tesis de la Constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En KAMEL, C. y BORDALÍ, A. La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980 (Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002). [en línea] Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, diciembre 2002, Vol. XIII. <<http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v13/art16.pdf>> [consulta: 25 de junio de 2020], p. 259.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 263.

A) Obligación de tipificar. Elementos del tipo

El primer punto de discrepancia dice relación con la privación de libertad, como primer elemento del delito contemplado en la Convención Interamericana.

Al respecto, el tipo penal propuesto no describe con claridad cuáles son las modalidades de privación de libertad que marcan el inicio de la conducta ilícita, en otras palabras, no queda claro si sólo contempla privaciones de libertad ilegales *ab initio* (que corresponden a la modalidad más frecuente de comisión) o si también incluye aquellas privaciones de libertad que inicialmente fueron practicadas dentro de los márgenes legales¹⁹⁴ y que devienen en ilegítimas en un momento posterior. Pareciera ser que el tipo penal en examen sólo contempla la primera situación ya que el proyecto de ley indica lo siguiente: “la nueva figura que se propone incorporar a nuestra legislación penal, sanciona con presidio mayor en su grado máximo, al empleado público que *privare ilegítimamente* de libertad a una persona (...)”¹⁹⁵. Así las cosas, casos como el de Roberto Yrusta jamás podrían ser calificados como desaparición forzada bajo este tipo penal, siendo penalizado por medio de otras figuras penales que no comprenden la extrema gravedad y la totalidad del injusto de este delito como podrían ser los delitos contemplados en los artículos 149 y 150 del CP.

Lo anterior resulta contrario a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues la Convención Interamericana con fines de otorgar la más amplia tutela a las víctimas de esta perversa práctica incluyó en su artículo II de la hipótesis de ilegalidad *ab initio* como la de ilegalidad *a posteriori* a través de la fórmula “cualquiera que fuere su forma”.

En segundo lugar y continuando con el análisis del elemento de privación de libertad, la propuesta legislativa resulta coherente con el artículo II de la Convención Interamericana, toda vez que no exige una extensión temporal mínima en que la víctima debe estar privada de libertad para que el delito se tenga por configurado, cuestión que resulta positiva para efectos de una mejor protección de los derechos humanos.

Pasando al segundo elemento, el sujeto activo, podemos constatar que el tipo penal del Boletín contempla una pluralidad de sujetos que pueden llevar a cabo la conducta ilícita, esto es: i) el empleado público y ii) quien actúa por orden o facultado por éste. A *grosso modo*, la propuesta legislativa resulta concordante con el estándar previsto en la Convención Interamericana al establecer que el delito ordinario de DF puede ser cometido tanto por funcionarios públicos como por particulares —cuando

¹⁹⁴ Como se indicó con anterioridad (*vid.*, p. 11), según la CPR para que una detención sea legal i) deberá existir una orden de arresto o detención expedida por un funcionario público expresamente facultado por la ley; y ii) dicha orden debe ser intimada en forma legal.

¹⁹⁵ Énfasis añadidos.

cumplen ciertos requisitos—. A continuación, examinaremos cada uno de los sujetos en detalle verificando el grado de cumplimiento de la obligación de tipificación prevista en el artículo III de la Convención Interamericana.

Respecto de la primera hipótesis de sujeto activo, es posible evidenciar que los parlamentarios utilizaron un concepto distinto al empleado por la Convención Interamericana, toda vez que ésta se refiere a “agentes estatales” mientras que el tipo penal propuesto contempla la noción de “empleado público”. Esta distinción, siguiendo el criterio establecido por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco Vs. México, no debería ser trascendente si el carácter de empleado público es establecido de la forma más amplia posible¹⁹⁶.

El concepto de empleado público tradicionalmente es concebido a partir de una óptica de Derecho Administrativo donde ha sido entendido como “toda persona natural que ocupa un cargo público dentro de la Administración del Estado”¹⁹⁷. Con todo, la moción se aleja de este concepto al remitirse a la definición prevista en el artículo 260 del Código Penal, norma que establece un concepto funcional de empleado público, abarcando una infinidad de situaciones no cubiertas por la estricta regulación administrativa¹⁹⁸. Dicha norma reputa por empleado a *“todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”*.

Así las cosas, el concepto funcional de empleado público utilizado en la moción no solo abarcaría a quienes forman parte de la Administración del Estado (dependientes del Poder Ejecutivo, entre los cuales, cabe mencionar, se encuentran las Fuerzas Armadas, Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile), sino que también incluiría a los funcionarios de los otros Poderes del Estado, esto es, Poder Judicial y Poder Legislativo.

¹⁹⁶ Cfr. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 321.

¹⁹⁷ REYES, J. Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. *Apud.* PANTOJA, R. “Los funcionarios públicos como sujetos de derecho administrativo”; Apuntes de clases, 2005, p. 2.

¹⁹⁸ Cfr. POLITOFF, Sergio., MATUS, Jean Pierre., RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de las Américas, 2009, p. 487.

Por tanto, el concepto funcional de empleado público previsto en el proyecto de ley bajo análisis cumple con las exigencias de amplitud establecidos por la Corte IDH¹⁹⁹, sin constituir un problema la diferencia de denominación de este sujeto activo.

Con todo, consideramos que el concepto de “agentes estatales” resulta más adecuado para este delito pues denota el especial carácter estatal que caracteriza a este ilícito, donde el Estado actúa directamente a través de sus agentes o indirectamente por medio de particulares, siendo el Estado quien se encuentra obligado a respetar y garantizar la protección de los derechos humanos, por medio de todo el aparato público, lo que incluye ciertamente las prácticas de sus agentes²⁰⁰.

Luego del análisis en torno al empleado público como perpetrador del delito, corresponde examinar el segundo sujeto activo, esto es, el que actúa por orden o facultado por un empleado público.

Al respecto y como ya se indicó, resulta positivo que el tipo penal contemple la posibilidad de que particulares que actúan en conexión con el Estado sean considerados sujetos activos del delito ordinario de DF, asegurando la sanción de todos quienes participan en el mismo en concordancia con el artículo I.b) de la Convención Interamericana que contiene la obligación sobre participación en el delito. Sin embargo, el proyecto de ley sólo contempla dos de los tres elementos de conexión entre el particular y el Estado dejando fuera de la tipificación aquellos casos donde el Estado, sin que el particular actúe en cumplimiento de una orden o en virtud de una facultad otorgada por éste, tiene un actual conocimiento sobre la actual o potencial ejecución de desapariciones forzadas, omitiéndose las actuaciones necesarias para evitar su comisión, es decir, tolerando su ejecución.

Nos referimos al elemento de conexión denominado *aquiescencia* del Estado, donde su omisión en el tipo penal representa un obstáculo para una mejor protección de los derechos humanos. Consideramos que es de suma importancia la inclusión de este elemento de conexión en el tipo pues, tal como se indicó en el párrafo anterior, el Estado es el garante de los derechos humanos y en consecuencia resulta sumamente grave aquella situación donde el Estado tiene conocimiento de la ejecución de una desaparición forzada y frente a ello se muestra indiferente, desconociendo gravemente sus compromisos internacionales en la materia.

Por otra parte, en cuanto a la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona desaparecida como tercer elemento de este delito, la propuesta legislativa resulta incompleta

¹⁹⁹ Vid. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 320 – 321.

²⁰⁰ Cfr. NASH, C. En BARRERA, B. Datos claves. 10 preguntas y respuestas para entender qué son los Derechos Humanos. [en línea]. Universidad de Chile, 7 de noviembre, 2019. <<https://www.uchile.cl/noticias/159016/10-preguntas-y-respuestas-para-entender-que-son-los-derechos-humanos>> [consulta: 08 de agosto de 2020].

desde el punto de vista de la obligación de tipificar contenida en el artículo II de la Convención Internacional.

Lo anterior debido a que el tipo penal comprendido en este Boletín sólo prevé la modalidad de acción para la configuración de la denegación de información, cuestión que resulta conflictiva con la obligación de tipificar, toda vez que –como vimos en el Capítulo I– la Convención Interamericana prevé que la configuración de la denegación de información puede darse a través de dos modalidades: i) acción; ii) omisión. Así las cosas, nuevamente constatamos que el tipo penal propuesto no abarca todo el contenido de la definición internacional del delito ordinario de desaparición forzada, excluyendo aquellos casos donde se omite entregar información sobre la detención, paradero o suerte de la víctima, siendo indiferente si existe un requerimiento formal por parte de un tercero interesado.

Otra cuestión importante de destacar en cuanto a este elemento dice relación con la ejecución del delito prevista en la norma propuesta. Al respecto, los senadores presentan un tipo penal que exige que tanto la fase de privación de libertad como la fase de denegación de información sean ejecutadas por una misma persona, en circunstancias donde debido a la complejidad en la comisión del delito resulta prácticamente imposible que sólo una persona realice todos los actos necesarios para su consumación²⁰¹.

Lo anterior resulta desfavorable para la protección de las víctimas pues tal como advierte GÓMEZ CAMACHO “si al momento de legislar no se toma en cuenta que difícilmente puede ser una sola persona la que comete el delito y que por fuerza requiere la participación de más sujetos, se corre el riesgo de que sea imposible sancionar a una persona por este crimen, puesto que su conducta en particular no cubre todos los elementos del tipo penal”²⁰². Ésta es precisamente una de las grandes exigencias del tipo penal propuesto por los senadores al requerir que “(...) la culpabilidad del autor debe cubrir el hecho delictivo en su totalidad y durante todo el curso de su realización”.

Otra gran exigencia del tipo penal se refiere al conocimiento tanto de la desaparición de la víctima como de su paradero por parte del imputado para que la figura le sea aplicable al momento de ser juzgado, en caso contrario, se configuraría el delito de secuestro o detención ilegal según los autores del proyecto. Dicha cuestión se constituye como un gran óbice a la persecución y posterior castigo de los responsables de una DF si consideramos que nuestro sistema penal establece como una de las garantías del debido proceso el derecho a no declarar contra sí mismo.

²⁰¹ GÓMEZ, J. La desaparición forzada de personas: avances en el derecho internacional. *Revista Mexicana de Política Exterior*, Núm. 66, 2007, p. 34.

²⁰² *Ibid.*, pp. 34 – 35. Cabe agregar que este autor nos recuerda la nota al pie número 23 en los Elementos de los Crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual señala “dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común”.

Así las cosas, recaería en los familiares probar que al momento del juicio el imputado conoce dónde se encuentra la víctima, invirtiendo la carga de la prueba. Lo anterior resulta incorrecto ya que bastaría que se probara en juicio que la víctima fue, en primer lugar, privada de libertad y que posteriormente hubo una denegación de información en cuanto a su desaparición, suerte y paradero, pues el delito de DF se consuma en el momento en que luego de privar de libertad a la víctima se deniega dicha información.

Por tanto, una vez que sea probada la consumación del delito y la autoría o participación del imputado en el mismo, no es relevante para efectos de establecer la responsabilidad penal del imputado que éste conozca o no cuál es el paradero de la víctima al momento del juicio. Sin embargo, dicha información podría beneficiar al imputado si éste contribuye a la aparición con vida de la víctima o suministre informaciones que permitan esclarecer la DF de una persona, siempre que la tipificación del delito establezca la procedencia de dichas circunstancias atenuantes.

B) Otras obligaciones convencionales en materia penal

A continuación corresponde el análisis del cumplimiento del resto de las obligaciones convencionales en materia penal, siendo importante destacar que han sido agrupadas en este apartado por una cuestión meramente procedimental y sin pretender restarle su debida importancia a cada una de ellas.

Serán objeto de nuestro examen los incisos segundo a sexto, los cuales serán reproducidos a continuación, al igual que se realizó anteriormente en la letra A) del presente apartado:

“Si la persona privada de libertad hubiere sido sometida a torturas o fuere víctima del delito de homicidio, la pena será de presidio perpetuo calificado.

Cualquier partícipe en el delito que aportare antecedentes que permitan establecer el paradero de la víctima, y ésta fuere hallada con vida, será castigado de acuerdo al grado de su participación, con las penas rebajadas en dos grados.

Si los antecedentes aportados permiten sólo ubicar los restos de la víctima o establecer lo ocurrido con ella, se aplicará la pena asignada al delito de desaparición forzada rebajada en un grado.

No se podrá invocar como eximente de responsabilidad penal la de obrar en cumplimiento de un deber contemplada en el artículo 10 N°10.

El delito será considerado como permanente mientras no se establezca lo ocurrido o se ubiquen los restos de la víctima”.

En lo que respecta a la obligación sobre participación y grados de ejecución punibles, el tipo penal se refiere a esta exigencia en su inciso tercero, donde vemos que contempla de una forma amplia a los posibles partícipes de este delito que, siguiendo las reglas generales de nuestro derecho penal, incluirían a los cómplices (art. 16 CP), inductores (art. 15 N°2 CP) y encubridores (art. 17 CP). Resulta positiva la inclusión –por defecto– de los inductores, toda vez que la Convención Interamericana sólo se refiere en su artículo I.b) a los cómplices y encubridores; ampliando el marco de protección de la víctima. Se cumpliría entonces con la obligación convencional sobre participación.

Por otra parte, en lo que respecta a los grados de ejecución punibles nos remitimos a lo ya señalado en el Capítulo I. (véase Capítulo I.3.2.2.) toda vez que el artículo 7, inc. 3° del CP que regula la tentativa, se encuentra prevista en el Título Primero del Libro Primero del CP, por tanto, sería aplicable a este tipo penal debido a la pena asignada por los senadores (recordemos que las faltas no admiten el grado de ejecución de tentativa). Así las cosas, el estándar en la materia se encontraría cumplido.

En conexión con lo anterior, el inciso primero del tipo penal propuesto contempla la pena base del delito ordinario de desaparición forzada al señalar que el autor de este delito será castigado “*con la pena de presidio mayor en su grado máximo*”, esto es, quince años y un día a veinte años de presidio. Lo anterior se encuentra en armonía con la obligación de proporcionalidad de la pena, pues la propuesta legislativa prevé una pena de crimen para quien cometa este terrible delito, cuyo injusto debe tomarse en consideración al momento de tipificar el delito en la legislación común pues, como se indicó anteriormente, el delito ordinario de DF también contempla una extrema gravedad y asimismo constituye una múltiple y continua violación de numerosos derechos humanos.

El tipo penal incorpora en su inciso segundo una figura calificada para aquellas situaciones donde la víctima es sometida a torturas o acaba siendo asesinada por sus captores. Así las cosas, la sanción asignada para este caso es de presidio perpetuo calificado. Sobre ello, resulta llamativa la incorporación de este tipo penal calificado toda vez que la Convención Interamericana ni siquiera prevé en su texto la posibilidad de establecer circunstancias agravantes (como sí se pronuncia en su artículo III respecto de circunstancias atenuantes) mucho menos se pronuncia respecto de un tipo penal calificado.

Con todo, consideramos positiva su inclusión pues el hecho de que una persona sea sometida a una desaparición forzada conlleva en todos los casos una situación de especial vulnerabilidad, angustia y frustración por parte de la víctima al verse imposibilitada de establecer comunicación con sus seres queridos como por el injusto giro en su vida. Así las cosas, si además se somete a la víctima a actos por

los cuales se le infringe intencionalmente dolor o sufrimientos graves (físicos o mentales) ²⁰³ o injustamente le arrebatan la vida, ello conlleva sin duda alguna un injusto de magnitudes mucho más profundas que el tipo penal de base. Por tanto, consideramos positiva la inclusión de esta figura calificada.

En estrecha conexión con lo anterior y recordando que no constituyen obligaciones convencionales sino que una facultad que se otorga a los Estados en la Convención Interamericana, nos referiremos únicamente a las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal, pues no fueron contempladas circunstancias agravantes. El tipo penal en comento incorpora en sus incisos tercero y cuarto todas las circunstancias atenuantes que prevé la Convención Interamericana en su artículo III, siguiendo los estándares de la Convención en cuanto a la disminución de la pena entre uno y dos grados.

Finalmente, el tipo penal propuesto cumple con la obligación de inaplicabilidad de la eximente de obediencia debida al prohibir en su inciso sexto que el artículo 10 N°10 del CP sea invocado respecto de este delito. Asimismo, resulta positivo que se mencione de forma expresa el carácter permanente de la DF mientras no se establezca lo ocurrido o se ubiquen los restos de la víctima.

Sin embargo, el proyecto de ley no hace mención alguna a la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena en circunstancias de que la Convención Interamericana impone la obligación de no aplicar la prescripción en su artículo VII. A su vez, el proyecto de ley no establece un límite a la aplicación de leyes de amnistía para quienes resulten responsables por la comisión de este delito, como sí lo hace el Código Penal de Venezuela en su artículo 181-A, norma que es citada en el proyecto de ley dentro de la revisión comparada previa a la descripción del tipo propuesto.

2.2.3. Conclusión

El proyecto de ley que tipifica el delito ordinario de desaparición forzada contenido en el Boletín 3301-07 cumple parcialmente con las obligaciones convencionales en materia penal previstas en la Convención Interamericana pues, si bien es cierto que cumple totalmente con obligaciones de participación y grados de ejecución, proporcionalidad de la pena e inaplicabilidad de la eximente de obediencia debida, hay otras que derechamente no son cumplidas como lo es la obligación de limitar la aplicación de leyes de amnistía, la obligación de no aplicar la prescripción y la obligación de tipificar en cuanto al elemento de denegación de información.

²⁰³ Art. 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Respecto de este último elemento que forma parte del contenido de la obligación de tipificar, resulta alarmante que los legisladores incluyeran exigencias adicionales para que el tipo penal sea aplicado, cuales son que el delito sea cometido en su totalidad por una persona y que el imputado tenga conocimiento del paradero de la víctima al momento de ser juzgado.

Dichos requisitos vuelven casi imposible sancionar a los responsables de este delito pues, en primer lugar, la desaparición forzada es un delito que por regla general es cometido por una pluralidad de personas y, en segundo lugar, la exigencia de probar que en el momento del juicio el supuesto culpable conoce el paradero de la víctima resulta una prueba diabólica para los familiares y que además no tiene incidencia en la configuración de la responsabilidad penal una vez que se prueba en juicio que el delito ya se encuentra configurado.

Finalmente, resulta importante resaltar que este proyecto de tipificación tiene por piedra angular la supuesta inconstitucionalidad del principio de jurisdicción universal, cuestión que resulta a su vez alarmante desde el punto de vista de los estándares internacionales de derechos humanos en la materia, pues vimos que bajo dicha consigna política existía un afán por defender el concepto tradicional de soberanía nacional en desmedro de una mejor protección de los derechos de las víctimas.

2.3. Boletín N° 9818-17

Con fecha 17 de diciembre de 2014 la diputada Clemira Pacheco y los diputados Guillermo Ceroni, Jorge Insunza, Roberto Poblete, René Saffirio, Marcelo Schilling, Leonardo Soto y Guillermo Teillier ingresaron a la Cámara de Diputados el proyecto de ley titulado “*Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas*” siendo el último proyecto en ser ingresado que busca la tipificación de este delito ordinario en nuestra legislación.

Antes de revisar los argumentos de la moción cabe acotar que, a diferencia del análisis realizado respecto del Boletín 3301-07, el examen que se realizará a este proyecto de ley tendrá por base las obligaciones convencionales en materia penal sobre el delito de desaparición forzada establecidas tanto en la Convención Interamericana como en la Convención Internacional, toda vez que ambas se encontraban ratificadas a la fecha de presentación de este proyecto de ley.

2.3.1. Fundamentos de la moción

La moción comienza realizando un breve análisis histórico del surgimiento de esta práctica en Latinoamérica dando cuenta de su inicio en Guatemala en el año 1962, extendiéndose posteriormente a países como El Salvador, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití, México y Chile.

Luego los autores del proyecto pasan a efectuar una mención particular respecto del génesis de este delito en nuestro país, indicando para este efecto el período dictatorial iniciado el 11 de septiembre de 1973, fecha en que se registran las primeras víctimas de este delito en Chile. Además, se hace mención de la gran dificultad de calcular cuántas personas han sido sometidas a esta grave práctica durante la dictadura.

Frente a este panorama, el proyecto de ley pone énfasis en la importancia de legislar al respecto citando para tales efectos tanto a la Convención Internacional como a la Convención Interamericana al señalar que “hoy resulta indispensable para el Estado de Chile incorporar en su Código punitivo este delito, regulando mediante un estatuto común, frente a la cual se agrega la necesidad de ser adoptadas las medidas eficientes para dar cumplimiento cabal a los mandatos derivados de la ratificación de este Convenio Internacional”.

En cuanto a los elementos del delito, los antecedentes del proyecto indican que se propone un tipo penal de sujeto activo indeterminado “sin perjuicio a la especial referencia al empleado público que ejecuta las conductas típicas, como aquellos civiles que actúen bajo sus órdenes o siguiendo sus instrucciones”. Además, agrega que la figura penal presenta conductas típicas activas y pasivas correspondientes a “privar” de libertad legítima o ilegítimamente a una persona o “negarse” a informar o reconocer una privación de libertad o el paradero del ofendido. Por otra parte, proponen la incorporación de dos figuras calificadas respecto a los casos en que la víctima sea sometida a torturas y para el caso en que la víctima resultare fallecida.

Finalmente agregan que el tipo penal propuesto es un delito permanente donde la actividad típica del sujeto activo termina únicamente cuando se determina el paradero o el destino de la víctima; e introduce modificaciones al Código de Justicia Militar como asimismo la imposibilidad de cometer el tipo penal de revelación de secretos cuando un empleado público entregue información sobre el paradero de la víctima y las circunstancias de su detención, permitiendo determinar la ubicación o destino de la víctima.

Así las cosas, la tipificación propuesta por los diputados fue la siguiente:

“Artículo 1º.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1.- Reemplázase el encabezado del párrafo 4º del Título III del Libro II por el siguiente:

“4. De la desaparición forzada de personas y otros agravios inferidos por los funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución.”

2.- Intercálase, como primer artículo del párrafo 4º del Título III del Libro II, el siguiente:

“Art. 147 bis.- El que privare de libertad a una o más personas y que se niegue a informar o reconocer dicha privación de libertad o paradero del ofendido, comete el delito de desaparición forzada de personas y sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Si durante la desaparición forzada irrogare a la víctima torturas u otros flagelos análogos sufrirá la pena de presidio mayor en grado medio a presidio mayor en su grado máximo. Con todo, si causare la muerte de la víctima, sufrirá la pena de presidio perpetuo simple a presidio perpetuo calificado.

El juez podrá rebajar en dos grados la pena que corresponda a los partícipes de desaparición forzada de personas que contribuyan a la aparición con vida de la víctima; y en un grado a los que suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada.

Respecto de los hechos constitutivos de desaparición forzada de personas no será aplicable lo dispuesto en los artículos 246 y 252.”

2.3.2. Los problemas del proyecto original

Con fecha 18 de diciembre de 2014 el proyecto de ley fue derivado a la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios para que ésta emitiera un informe sobre el contenido del mismo, lo que vino a concretizarse años después en marzo de 2017. Con todo, este primer informe fue reelaborado por la misma comisión con fecha 4 de abril del mismo año, adquiriendo la calidad de nuevo primer informe.

La Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios contó con la participación de autoridades, expertos en derecho y representantes de organizaciones de detenidos desaparecidos quienes se pronunciaron respecto del contenido del proyecto, indicando qué aspectos deberían ser modificados, cuestión que pasaremos a exponer a continuación.

La principal crítica de la cual fue merecedor el proyecto original dice relación con el *sujeto activo* que contemplaba la norma para el delito ordinario de desaparición forzada de personas. Lo anterior debido a que el tipo penal proponía la configuración de un delito común, de sujeto activo indeterminado, en circunstancias de que los instrumentos internacionales que regulan la materia se refieren expresamente

a agentes del Estado y particulares que contaban con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, tornándose el elemento estatal en un elemento de la esencia del delito.

Con respecto a este punto, el abogado de la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) Matías Meza hizo presente la contradicción de la propuesta de un delito común de sujeto activo indeterminado bajo el título referido a los delitos funcionarios²⁰⁴. Por su parte, el abogado penalista Gonzalo Medina catalogó de imprescindible el incorporar la exigencia de que el delito debe ser cometido por agentes estatales, toda vez que se trataría de una característica esencial del delito, de lo contrario se estaría equiparando la figura de secuestro con los casos de violaciones de derechos humanos²⁰⁵. A su vez, la Subsecretaria de Derechos Humanos, Lorena Frías indicó que el uso de fórmulas tan amplias como la utilizada en el proyecto original se encuentra reservado únicamente a la DF como crimen de lesa humanidad o crimen de guerra, hipótesis que ya se encontraba regulada en los artículos 6° y 16° de la ley N° 20.357²⁰⁶. Asimismo, el abogado Alex Van Weezel agregó que si no estaba presente el componente estatal o funcionario la figura no tenía sentido pues las privaciones de libertad sólo están rodeadas de las garantías del debido proceso cuando son ejecutadas por una fuerza pública²⁰⁷. En el mismo sentido se pronunciaron las integrantes de las Agrupaciones de Familiares de Detenidos Desaparecidos: Lorena Pizarro y Verónica Heredia, como también el abogado del Instituto Nacional de Derechos Humanos, Rodrigo Bustos.

Otra materia que suscitó la crítica de varios de los invitados de la comisión fue el elemento de *denegación de información* contenido en el tipo penal, pues exigía que tanto la privación de libertad como la posterior denegación de información debía ser cometida por una misma persona, ignorando la forma en cómo opera este delito donde por regla general participa más de una persona en su ejecución²⁰⁸. Otra dificultad identificada a este respecto fue que, de la redacción propuesta, esto es “se niegue a informar o reconocer la privación de libertad” podría entenderse que el tipo penal exige que un tercero requiera información sobre el paradero de la víctima, resultando insuficiente la falta de información por

²⁰⁴ Matías Meza, Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²⁰⁵ Gonzalo Medina, Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²⁰⁶ Lorena Frías, Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²⁰⁷ Alex Van Weezel, Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²⁰⁸ Alex Van Weezel., Lorena Frías. Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

sí misma para que la figura penal se tenga por configurada²⁰⁹. Asimismo, se destacó que el tipo penal no hacía referencia explícita al ocultamiento del paradero de la víctima, en circunstancias que la Convención Internacional lo incorpora en su definición²¹⁰.

En cuanto al elemento denominado *privación de libertad*, la Subsecretaria de Derechos Humanos señaló que el proyecto proponía una incorporación restrictiva de este elemento, toda vez que no asumía que la privación de libertad puede revestir diversas modalidades (detención, a aprehensión, el secuestro, el arresto, entre otras)²¹¹. Así las cosas, el proyecto estaría omitiendo el estándar amplio de privación de libertad previsto en ambos instrumentos internacionales que regulan este delito en su forma ordinaria, siendo recomendable incluir dichas modalidades al tipo penal que se pretende incorporar al Código Penal.

Asimismo, fue criticada la falta de claridad en la redacción del tipo penal en cuanto al *sujeto pasivo*, pues podría interpretarse que tanto para el autor de la desaparición forzada de una persona como para el autor de una desaparición forzada donde existe una pluralidad de víctimas sería aplicable la misma sanción, ello en vista de que la propuesta prevé la siguiente redacción: “el que privare de libertad a una o más personas y que se niegue a informar o reconocer dicha privación de libertad o paradero del ofendido, comete el delito de desaparición forzada de personas y sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio”, cuestión que resulta problemática desde la perspectiva de una mejor protección a las víctimas y una sanción que se adecúe a la gravedad de los hechos.

Por otra parte, el tipo penal fue merecedor de críticas en cuanto a la *pena* asignada al delito (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio) siendo una pena de delito simple. Al respecto, se indicó que dicha sanción no consideraba la extrema gravedad de la desaparición forzada, siendo aconsejable fijar en la especie una pena de crimen (presidio mayor en cualquiera de sus grados) en concordancia con los estándares internacionales que establecen la obligación de

²⁰⁹ Matías Meza, Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²¹⁰ Rodrigo Bustos, Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²¹¹ Lorena Frías. Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

proporcionalidad de la pena²¹². Asimismo, se destacó el amplio rango de la pena asignada al delito en estudio, siendo su mínimo tres años y su máximo quince años de presidio²¹³.

En conexión con lo anterior hubo también críticas dirigidas a las *circunstancias modificatorias de responsabilidad penal*. Respecto a las circunstancias atenuantes, se sugirió ajustar el tipo a la terminología empleada por la Convención Internacional en su artículo 7.2.b), el que indica “en particular, para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada”. En cuanto a las circunstancias agravantes, se sugirió completar el tipo penal en el sentido de incluir una agravante referida al caso donde la víctima del delito sea una mujer embarazada, niños, niñas y adolescentes, una persona con discapacidad, entre otras personas especialmente vulnerables²¹⁴.

Finalmente, se cuestionó la no incorporación de la consecuencia del delito (sustracción a la víctima de la protección de la ley); la omisión de establecer la inaplicabilidad de la eximente de responsabilidad criminal contenida en el artículo 10 N°10 del CP, la ausencia de modificaciones al Código de Justicia Militar (en el sentido de dotar de efectividad al derecho y deber de la persona que reciba órdenes de ejecutar una DF para no obedecerlas, la inadmisibilidad de la obediencia debida y de los delitos de insubordinación para quien se niegue a ejecutar este delito); el no establecimiento de la improcedencia de la amnistía, indultos y otro tipo de beneficios; la nula mención al plazo de prescripción de la acción penal; la falta de consagración de la responsabilidad penal del superior jerárquico del autor de una DF y la omisión de excluir el delito ordinario de DF de la competencia de la jurisdicción militar²¹⁵.

2.3.3. Indicación sustitutiva del proyecto original y su votación

En virtud de la discusión en torno al proyecto original, los defectos y recomendaciones indicadas por los académicos, agrupaciones de familiares de víctimas de DF y autoridades, un grupo de

²¹² Lorena Frías., Rodrigo Bustos. Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²¹³ Diputado Jiménez. Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²¹⁴ Lorena Frías., Rodrigo Bustos. Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

²¹⁵ Vid. Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

parlamentarios²¹⁶ decidió recoger dichos aportes en una indicación sustitutiva presentada con fecha 13 de marzo de 2017, la que será transcrita a continuación:

“Artículo 1.- Incorpóranse las siguientes modificaciones en el Código Penal:

1.- Reemplázase el encabezado del párrafo 4° del Título III del Libro II por el siguiente:

“4. De la desaparición forzada de personas, la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y otros agravios inferidos por los funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”.

2.- Agréganse, a continuación del artículo 148, los siguientes artículos:

“Artículo 148 A.- El empleado público o el que, con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, prive de libertad a una persona, seguida de la falta de información, o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad, o del ocultamiento de la suerte o paradero de la víctima, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado medio²¹⁷.

La misma pena se impondrá al empleado público que conociendo de la ocurrencia de estas circunstancias, no impidiere o no las hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición de hacerlo.

Si la privación de libertad se prolongare por más de 15 días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses de la víctima, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.

Si con ocasión de la desaparición forzada se cometiere además:

1° Homicidio, tortura, violación, violación sodomítica, o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

2° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.

La acción penal y la pena del delito previsto en este artículo son imprescriptibles.”.

²¹⁶ Diputados Gutiérrez, Jiménez y Saffirio.

²¹⁷ Inciso modificado tras la votación de fecha 5 de abril de 2017. Su texto original era el siguiente: “Artículo 148 A.- El empleado público que con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio”.

“Artículo 148 B.- Serán circunstancias agravantes, cometer el delito de desaparición forzada en contra de mujeres embarazadas, menores de 18 años, mayores de 65 años, y personas en situación de discapacidad. En tales casos la pena se aumentará en un grado.”.

“Artículo. 148 C.- El juez podrá rebajar hasta dos grados la pena que corresponda a los partícipes del delito que hayan contribuido a la reaparición efectiva con vida de la persona desaparecida, y en un grado a los que hayan entregado información sustancial que permita esclarecer efectivamente casos de desaparición forzada.”.

“Artículo 148 D.- Respecto de los hechos constitutivos de desaparición forzada de personas no será aplicable lo dispuesto en los artículos 10 N° 10, 246 y 252.”.

“Artículo 148 E.- Si el delito descrito en el artículo 148 A es cometido por uno o más miembros de las Fuerzas Armadas o Carabineros en contra de otro miembro de las Fuerzas Armadas o Carabineros, corresponderá conocer del mismo a la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia se aplicarán las normas contempladas en el Código Procesal Penal.”.

3.- Reemplázase en el artículo 149 inciso final la palabra “anterior” por la expresión “148 de este Código”.

Artículo 2.- Modifica el inciso segundo del artículo 335 del Código de Justicia Militar, agregando la siguiente oración al final del punto final, que pasa a ser seguido: “Tratándose de los delitos de lesa humanidad, genocidio y delitos y crímenes de guerra contemplados en la ley N°20.357, y respecto de los delitos tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y desaparición forzada contemplados en el Código Penal, toda persona que reciba órdenes que dispongan, autoricen o alienten la comisión de tales delitos tiene el derecho y el deber de no obedecerlas”.

La primera cuestión que resulta interesante de destacar respecto a esta indicación sustitutiva es que su redacción original contemplaba un inciso primero que distaba radicalmente del transcrito anteriormente. En consideración al debate y opiniones vertidas en las diferentes sesiones de la comisión, el sujeto activo indeterminado fue dejado atrás incorporando a la tipificación la figura del empleado público, lo cual si bien constituye un avance, fue un avance incompleto toda vez que la indicación no incorporó el segundo sujeto activo contemplado en la normativa internacional, esto es quien actúa con apoyo, autorización o aquiescencia del Estado.

Otro punto débil del inciso primero de la indicación sustitutiva inicial dice relación con la incorporación de un elemento volitivo al tipo penal a través de la fórmula “el empleado público que con

la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo (...)” cuestión que, como vimos en el Capítulo I de la presente Memoria, se configura como una gran dificultad probatoria para la víctima o sus familiares, lo que se agrava al considerar que por regla general el móvil del sujeto activo no es el de sustraer al ofendido de la protección de la ley, sino que obtener informaciones por parte de éste, hacerlo derechamente desaparecer, asesinarlo, etc. Asimismo, este elemento volitivo en específico agrega un elemento temporal, cuestión que no es contemplada ni en la Convención Interamericana ni en la Convención Internacional.

Finalmente, es menester destacar que dicho inciso primero no hizo propia la crítica referida a la forma de ejecución del delito, manteniendo la concepción de que para que este delito sea procedente, la persona que prive de libertad a la víctima necesariamente debe ser la misma que deniegue la información sobre su detención, paradero y suerte. Sin embargo, tipificar la DF con esa forma conlleva el riesgo de que la gran mayoría de las desapariciones forzadas no puedan ser sancionadas como tal pues por regla general en su ejecución participa más de una persona.

Esta indicación sustitutiva fue sometida a votación de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios²¹⁸. En dicha votación ningún parlamentario manifestó una postura derechamente contraria a la tipificación del delito ordinario de DF, en concordancia a la sesión celebrada con fecha 25 de marzo de 2017, donde se aprobó por unanimidad la idea de legislar. Sin embargo, resulta llamativa la postura de algunos diputados en cuanto a ciertos elementos contenidos en la propuesta legislativa, los cuales pasaremos a relatar a continuación.

A) Imprescriptibilidad

El primer punto de desacuerdo en la comisión –aprobado por mayoría simple– fue el inciso final del artículo 148 A, el cual proponía la *imprescriptibilidad de la acción penal y la pena* del delito ordinario de desaparición forzada, donde votaron en contra los diputados Bellolio, Coloma, Kast (Felipe) y Paulsen. Al respecto, y como vimos con anterioridad en el Capítulo I (véase Capítulo I.3.6), tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional regulan la prescripción respecto del delito ordinario de DF, siendo más restrictiva la primera de ellas. Al ser el Estado de Chile suscriptor de ambos instrumentos, para cumplir con ambas debe regirse por la más restrictiva.

²¹⁸ Sesión N° 118, Ordinaria, celebrada el miércoles 15 de marzo de 2017. Asistieron los diputados integrantes de la Comisión, señores Jorge Sabag Villalobos, Jaime Bellolio Avaria, Juan Antonio Coloma, Hugo Gutiérrez Gálvez, Felipe Kast Sommerhoff, Felipe Letelier Norambuena, Sergio Ojeda Uribe, señora Denise Pascal Allende, Diego Paulsen Kehr, Roberto Poblete Zapata y René Saffirio Espinoza.

Vimos que la Convención Interamericana establece como regla general la imprescriptibilidad tanto de la acción como de la pena que se imponga judicialmente al responsable del delito ordinario de desaparición forzada, siendo la única excepción a dicha regla la existencia de una norma de carácter fundamental que impidiera su aplicación (artículo VII). En este último caso, el período de prescripción deberá ser igual al delito más grave de la legislación interna del respectivo Estado Parte.

Por tanto, los diputados que votaron en contra deberían haber invocado una norma constitucional que impidiera la aplicación de la imprescriptibilidad para el delito en cuestión, sin embargo, el único argumento esgrimido en las sesiones de la comisión y que consta en las actas fue emitido por el diputado Bellolio, quien manifestó no estar de acuerdo en que el delito de desaparición forzada sea imprescriptible, pues “no es un delito de lesa humanidad”²¹⁹, ello a pesar de la regla general de imprescriptibilidad prevista en la Convención Interamericana.

Otro argumento esgrimido para defender la prescripción del delito fue pronunciado por el diputado Paulsen durante la discusión en sala del proyecto de ley realizada con fecha 17 de mayo de 2017. En dicha oportunidad, el diputado indicó que la imprescriptibilidad era “la gran crítica que se puede formular a esta iniciativa”, dando a entender que debido a que se trataba de un delito permanente, no se justificaba su imprescriptibilidad, siendo esa la razón por la cual habían sido “bastante majaderos en que no exista la imprescriptibilidad del delito” agregando que “generalmente, tratamos de innovar en normas que hoy establecen las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Al respecto, el artículo 5 N° 2 de la CPR establece que “*el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana*”. De lo anterior, “se desprende que la Constitución chilena no delimita ni restringe el concepto de los derechos esenciales, por lo que, acorde a las normas de interpretación constitucional, dicha norma, por ser pro hombre, debe ser interpretada en su sentido más amplio a favor del hombre, lo que sumado al carácter progresivo de los derechos humanos, permite concluir que se refiere a todo derecho esencial reconocido como tal”²²⁰.

Así las cosas, la imprescriptibilidad en tanto garantía de un Estado democrático de derecho frente a la impunidad de delitos graves estatuidos en el Derecho Internacional –como lo es el delito ordinario de desaparición forzada– y además en tanto constituye una garantía de respeto a la esencia misma de la

²¹⁹ Diputado Bellolio, Cámara de Diputados, Acta de la Sesión N° 117, Legislatura 364. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 8 de marzo de 2017.

²²⁰ BERNALES, G. La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos. [en línea] Revista Ius et Praxis, 2017, Vol. 3, N. 1 <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009>, párr. XXIII. [consulta: 28 agosto 2020].

dignidad de la personas²²¹, no podría resultar contraria a nuestra Carta Magna pues su aplicación en este delito brinda una mejor protección a los derechos esenciales de la víctima y sus familiares, asegurando de mejor manera su derecho a la verdad y justicia en el ordenamiento jurídico chileno. Lo anterior además favorece a la sociedad chilena como un todo ya que como destacamos en el Capítulo I., el delito de DF presenta una dimensión colectiva respecto del derecho a la verdad, donde la imprescriptibilidad juega un rol clave para que las sociedades puedan conocer su propia historia y la elaborar un relato común relativamente fidedigno sobre los hechos que la han definido y tener memoria de los mismos²²².

B) Sujetos vulnerables

El segundo punto de discordia –esta vez en una menor proporción– fue la propuesta de establecer como circunstancia agravante de responsabilidad penal la situación de que el delito tenga por víctimas a mujeres embarazadas, menores de dieciocho años, mayores de sesenta y cinco años, y personas en situación de discapacidad. En este caso, no existió una postura derechamente contraria, sino que una abstención por parte del Diputado Paulsen, siendo el único parlamentario que no votó a favor.

Si bien la Convención Internacional no establece la obligación convencional de contemplar esta agravante al momento de tipificar el delito ordinario de DF, consideramos pertinente destacar las siguientes consideraciones sobre estos sujetos particulares:

En cuanto a las mujeres embarazadas sometidas a desaparición forzada, la Corte IDH en el caso *Gelman Vs. Uruguay* destacó que “el estado de embarazo en que se encontraba María Claudia García cuando fue detenida constituía la condición de particular vulnerabilidad por la cual se dio una afección diferenciada en su caso” agregando que el tratamiento diferenciado que recibió “no se dio para cumplir una obligación especial de protección a su favor, sino para lograr la finalidad de su retención ilegal, de su traslado a Uruguay y de su eventual desaparición forzada, la cual era, la instrumentalización de su cuerpo en función del nacimiento y período de lactancia de su hija, quien fue entregada a otra familia luego de ser sustraída y sustituida su identidad”²²³.

Por otra parte, el WGEID en su Comentario General sobre Mujeres Afectadas por desapariciones forzadas adoptado en el año 2012 agrega que “las mujeres que son desaparecidas forzosamente también

²²¹ *Ibid.*, párr. X.

²²² *Cfr.* LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017, p. 300.

²²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Gelman Vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 97. Énfasis agregado.

son victimizadas en situaciones en las que un abuso sexual resulta en embarazos no deseados o cuando mujeres que ya están embarazadas son sometidas a desapariciones forzadas. Dichas situaciones exponen a las mujeres a traumas adicionales debido a sus precauciones por su salud y temores de dar a luz a un bebé en circunstancias tan inhumanas, lo cual, en muchos casos, puede resultar en la pérdida del bebé en manos de agentes estatales²²⁴.

Ahora, respecto de los menores de dieciocho años sometidos a DF el WGEID destacó que “la desaparición forzada de niños y su separación de sus padres o de sus familiares lesiona de forma particularmente grave la integridad mental, física y moral de los niños. En todas las circunstancias, los niños víctimas de desapariciones forzadas o allegados de una persona desaparecida experimentan sentimientos de pérdida, abandono, miedo intenso, incertidumbre, angustia y dolor, todo lo cual podría variar o intensificarse en función de la edad y de las circunstancias específicas del niño²²⁵. Asimismo, la Corte IDH ha afirmado que en el caso de la apropiación de menores sometidos a desaparición forzada o nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a desaparición forzada puede producirse también la violación de los derechos a la identidad, el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, el derecho al nombre, derecho a la nacionalidad (en algunos casos), derecho a la libertad, entre otros²²⁶.

En cuanto a la desaparición forzada de personas mayores y de personas con discapacidad, los Principios Rectores para la Búsqueda de Personas Desaparecidas elaborados por el Comité de la ONU contra la Desaparición Forzada reconocen la situación de vulnerabilidad de estas personas y que, además, presentan necesidades particulares²²⁷.

Por tanto, consideramos que resulta positiva la inclusión de dicha circunstancia agravante pues dichos sujetos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que requiere de mayor protección por parte del Estado, el cual precisamente es el que a través de sus agentes o de particulares conectados al mismo, está sometiendo a la víctima a una desaparición forzada. Es debido a ello que consideramos que en estos casos existe un injusto mayor que fundamentaría su inclusión.

²²⁴ A/HRC/WGEID/98/2. General comment on women affected by enforced disappearances adopted by de Working Group on Enforced or Involuntary Dissappearances at its ninety-eighth sesión (31 October – 9 November 2012), párr. 9. Traducción propia.

²²⁵ A/HRC/WGEID/98/1. Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012), párr. 6.

²²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones), párr. 117 – 132.

²²⁷ COMITÉ DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas. ONU-DH México, 2019. Principio 4.

C) Modificación al Código de Justicia Militar

El último punto de la votación en que hubo desacuerdo –siendo aprobado por simple mayoría– se refiere a la modificación del inciso segundo del artículo 335 del Código de Justicia Militar (CJM), la que proponía agregar la siguiente oración luego del punto final: “Tratándose de los delitos de lesa humanidad, genocidio y delitos y crímenes de guerra contemplados en la ley N°20.357, y respecto de los delitos tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y desaparición forzada contemplados en el Código Penal, toda persona que reciba órdenes que dispongan, autoricen o alienten la comisión de tales delitos tiene el derecho y el deber de no obedecerlas”. Se abstuvieron en la votación tanto el diputado Coloma como el diputado Paulsen.

La postura de abstención presentada por ambos diputados resulta totalmente contraria al deber que tienen como legisladores de actuar en concordancia con las obligaciones convencionales en materia penal respecto del delito ordinario de DF que el Estado de Chile voluntariamente adquirió, sin embargo, al momento de intervenir en la votación lo hacen de una forma independiente y desconociendo su obligatoriedad de los compromisos internacionales adquiridos por Chile en la materia²²⁸. Recordemos que la Convención Interamericana establece en su artículo VIII el derecho y deber de no obedecer órdenes o instrucciones superiores que dispongan o alienten la DF. Asimismo, la Convención Internacional establece en su artículo 23 la obligación de los Estados Parte de prohibir dichas órdenes o instrucciones, teniendo el deber de garantizar que la persona que rehúse obedecer una orden de esta naturaleza no sea sancionada.

A nuestro parecer, las abstenciones en la votación de un proyecto que pretende cumplir obligaciones internacionales en materia de derechos humanos presentan la misma gravedad que un voto en contra, pues desconocen la obligatoriedad del Derecho Internacional.

2.3.4. El proyecto de ley enviado al Senado y su análisis a partir de los estándares internacionales

A continuación, procederemos a examinar el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados y enviado al Senado (Cámara Revisora) el día 23 de agosto de 2017. Para los efectos de este

²²⁸ Al respecto, *vid.* GALDAMEZ, L. Tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos: las actuaciones del juez y las omisiones del legislador chileno. [en línea]. Revista Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, 2010. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200008> [consulta: 01 agosto 2020].

análisis, resulta importante acotar que no se reproducirá dicho proyecto de ley pues su contenido es idéntico al de la indicación sustitutiva transcrita con anterioridad, salvo puntuales aspectos de forma²²⁹.

A) Obligación de tipificar. Elementos del tipo

Respecto del elemento la privación de libertad, el proyecto de ley no contempla una referencia explícita a la forma en que se lleva a cabo la privación de libertad (arresto, detención, secuestro, etc.). Asimismo, el tipo propuesto no deja claro si sólo hace referencia a una privación de libertad ilegal *ab initio* o si también incluye aquella privación de libertad cuya ilegalidad deviene en un momento posterior, siendo ésta última la exigencia internacional.

Siguiendo con este examen, el proyecto prevé un sujeto activo que cumple con la obligación convencional en la materia al contemplar tanto al empleado público como a quien actúa con autorización, apoyo o la aquiescencia del Estado. Respecto al término “empleado público” nos remitimos a las acotaciones realizadas en el análisis del Boletín 3301-07.

Finalmente, respecto a la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona desaparecida el tipo penal sigue la redacción prevista en la Convención Internacional, contemplando tanto una negativa que puede configurarse por medio de una acción como por una omisión, cuestión que resulta acorde a las obligaciones en materia penal de ambas convenciones. Cabe destacar que el delito de DF propuesto prevé la estructura de ejecución del delito tal como ha sido descrita en el Derecho Internacional, es decir, contempla tanto la fase de privación de libertad como la fase de negativa de información, dando cuenta de su secuencia cronológica a través de la frase “*seguida de*”.

B) Otras obligaciones convencionales en materia penal

Corresponde continuar con el análisis del cumplimiento del resto de las obligaciones convencionales en materia penal, siguiendo la estructura utilizada en el examen de la propuesta contenida en el Boletín 3301-07.

²²⁹ En el artículo 1 del proyecto fue modificada la palabra “*incorpóranse*” por “*introdúcense*”. En el numeral 1° del artículo 1 fue modificada la palabra “*Reemplázase el encabezado del párrafo 4° del Título III del Libro II por el siguiente*” por “*Reemplázase el epígrafe del párrafo IV del Título Tercero del Libro Segundo por el siguiente*”. En el artículo 2 se modificó la frase: “*Modifica el inciso segundo del artículo 335 del Código de Justicia Militar, agregando la siguiente oración al final del punto final, que pasa a ser seguido*” por “*Incorpórase en el inciso segundo del artículo 335 del Código de Justicia Militar, a continuación del punto final, que pasa a ser punto y seguido, la siguiente oración*”. Lo señalado corresponde a las únicas modificaciones efectuadas respecto de la indicación sustitutiva transcrita.

En lo que respecta a la obligación sobre participación, el tipo penal incorpora en su artículo 148 A, inciso 2° la penalización del empleado público que conociendo de la ocurrencia de las circunstancias de una DF no impidiere o no las hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición de hacerlo. La incorporación de este inciso resulta positiva pues añade la sanción del empleado público que comete una omisión propia, expandiendo el abanico de quienes pueden considerarse penalmente responsables (autor, inductor, cómplice y otros partícipes) y permitiendo la sanción del superior jerárquico que no actúa para impedir o cesar la comisión de este delito. Se cumpliría entonces con la obligación convencional sobre participación.

Por otra parte, en lo que respecta a los grados de ejecución punibles, tal como ya lo indicamos en el Capítulo I, nuestra legislación resulta coherente con dicha obligación convencional toda vez que la punibilidad de la tentativa se encuentra regulada en el Libro Primero de nuestro CP, por lo cual sería aplicable a este tipo penal.

En lo que respecta a la obligación convencional de proporcionalidad de la pena, resulta importante destacar que el proyecto original se alejaba sustantivamente del estándar internacional en la materia, toda vez que la sanción asignada al delito ordinario de DF no contemplaba su extrema gravedad, al ser ésta una pena de simple delito. Lo anterior fue enmendado a través de una indicación sustitutiva que recogió las recomendaciones y críticas efectuadas por los invitados a la comisión, pasando el tipo penal a contemplar una pena base de presidio mayor en su grado medio, es decir, 10 años y un día a 15 años, alcanzando esta vez la proporcionalidad requerida por los instrumentos internacionales estudiados.

A su vez, el proyecto de ley contempla figuras calificadas para los siguientes casos: i) si la privación de libertad se prologare por más de quince días, o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses de la víctima; ii) si con ocasión de la desaparición forzada se cometiere además homicidio, tortura, violación, violación sodomítica, o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396, 397 N° 1 en la persona del ofendido; iii) si con ocasión de la desaparición forzada se cometiere además alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490 N°1. Lo anterior resulta positivo pues ciertamente dichas figuras calificadas contemplan un injusto de mayores proporciones que el delito base.

En estrecha relación con la obligación de proporcionalidad de la pena, el proyecto contempla en su artículo 148 C dos de las tres atenuantes de responsabilidad previstas en el artículo 7.2. de la Convención Internacional siguiendo asimismo su redacción en cuanto a los grados que el juez podrá rebajar la pena cuando éstas concurren, lo cual resulta positivo. A su vez, el proyecto innova positivamente en materia legislativa al incorporar en su artículo 148 B circunstancias agravantes

referidas a sujetos vulnerables, las que también se encuentran reguladas en la Convención Internacional, aumentando la pena en un grado. Lo anterior resulta sumamente positivo pues, como vimos en el apartado 2.3.3.B la desaparición forzada de dichas personas conlleva además la vulneración de otros derechos esenciales.

En cuanto a la obligación de inaplicabilidad de la eximente de obediencia debida, el proyecto de ley se encuentra en armonía con los estándares internacionales en la materia, toda vez que su artículo 148 D prohíbe expresamente la aplicación de la eximente de responsabilidad establecida en el artículo 10 N°10 del CP. En relación con lo anterior, el artículo 2 de la propuesta parlamentaria incorpora al artículo 355 del CJM el derecho y deber de toda persona de no obedecer órdenes que dispongan, autoricen o alienten la comisión de DF, en concordancia con el artículo VIII de la Convención Interamericana.

Por otra parte, de las innovaciones positivas de este proyecto y que se alinean con las directrices internacionales en la materia dicen relación con el cumplimiento de la obligación convencional de no aplicar la prescripción. En efecto, este fue el punto más controvertido durante la tramitación del proyecto, siendo finalmente aprobado e incorporado en el inciso final del artículo 148 A contenido en la propuesta de tipificación enviada a la Cámara Revisora, donde se consagra la imprescriptibilidad tanto de la acción penal como de la pena.

Finalmente corresponde agregar que este proyecto de ley no establece límite alguno a la aplicación de amnistía respecto de quienes resulten responsables por este delito.

C) Tramitación en el Senado

Tal como indicamos con anterioridad, el 23 de agosto de 2017 el Senado recibió el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados y que proponía la tipificación del delito de DF en el CP. En dicha fecha se rinde cuenta del proyecto pasando a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Ese envío constituye el uno de los escasos movimientos que tuvo el proyecto de ley en el Senado, momento a partir del cual su tramitación se mantuvo paralizada durante cinco años. El pasado 31 de agosto de 2021 se registró el último movimiento en su tramitación, cual es que la Sala acordó que el proyecto sea previamente analizado por la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

2.3.5. Conclusión

El proyecto de ley que “*Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas*” comprendido en el Boletín 9818-17 cumple mayoritariamente con las obligaciones convencionales en materia penal previstas en los instrumentos internacionales que regulan la materia. La excepción está constituida por dos casos puntuales: i) respecto del elemento “privación de libertad” que forma parte de la obligación convencional de tipificar, existen algunas dudas en cuanto a la claridad de su redacción y ii) el proyecto de ley no establece un límite a la aplicación de leyes de amnistía.

Con todo, resulta pertinente recordar que el proyecto de ley presentaba una serie de deficiencias en su redacción original al no tener en consideración los estándares de derechos humanos analizados en el Capítulo I. Lo anterior denota una seria falta de conocimiento por parte de los parlamentarios de la materia y además una falta de estudio de las obligaciones a las cuales nuestro país se encuentra obligado, cuestión que resulta sumamente preocupante al considerar que el proyecto dice relación con regulación en derechos humanos.

Los problemas del proyecto original fueron identificados y criticados por los invitados que participaron de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, quienes propusieron modificaciones para adecuar el proyecto de ley a los estándares establecidos en el Derecho Internacional.

La principal crítica de los invitados estuvo dirigida al sujeto activo del tipo penal original, toda vez que se refería a un sujeto indeterminado, en circunstancias de que tanto la Convención Interamericana (artículo II) como la Convención Internacional (artículo 2) se refieren expresamente a agentes estatales y particulares que actúan con el apoyo, autorización o aquiescencia del Estado.

Durante la votación de la indicación sustitutiva que recogía las recomendaciones anteriores, ninguno de los parlamentarios votó en contra de la idea de incorporar este delito en nuestro CP, sin embargo, existió discordia (a través de votos en contra y omisiones por parte de algunos diputados) en torno a tres materias reguladas en los instrumentos internacionales mencionados: i) imprescriptibilidad del delito, ii) incorporar una circunstancia agravante referida a la comisión del delito contra sujetos vulnerables, iii) la modificación del artículo 335 del CJM, para incorporar en éste el deber y derecho de no obedecer órdenes de cometer una DF.

La actitud de dichos legisladores permite evidenciar que muchas veces no toman en consideración la especial calidad de los proyectos de ley que regulan materias de derechos humanos sometidas a su votación ya que en vez de privilegiar una normativa que otorgue una mayor protección a

las víctimas de DF deciden votar en contra o abstenerse de la votación con el objeto de favorecer otras alternativas que ofrecen una menor protección o simplemente no la contemplan.

Así las cosas, en materia de desaparición forzada una vez más los legisladores actúan sin circunscribirse al marco normativo establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al cual Chile se obligó voluntariamente, superponiendo a éste sus convicciones personales e incluso su ideología política.

Por otra parte, es posible constatar la actitud de inactividad del legislador frente a la tipificación de este delito, toda vez que no ha presentado movimiento alguno en su tramitación desde el día en que ingresó al Senado. Esto resulta sumamente preocupante si consideramos que nuestro país ratificó la Convención Interamericana y la Convención Internacional hace más de diez años y todavía se encuentran pendientes de cumplimiento. Además, el Estado de Chile se comprometió ante el Comité contras las Desapariciones Forzadas de la ONU a impulsar la tramitación de este proyecto, sin embargo, éste continúa estático en el Congreso Nacional.

Finalmente, vemos que el Estado de Chile ha mostrado una actitud protectora de derechos humanos a través de la firma y ratificación de los instrumentos internacionales que regulan el delito ordinario de desaparición forzada pero que, al momento de cumplir con las obligaciones voluntariamente adquiridas, el compromiso de protección queda muchas veces en palabras, demorando años o incluso décadas en tipificar en el Código Penal el delito en comento.

CONCLUSIONES

El presente trabajo ha permitido demostrar cómo ha sido el proceso chileno tendiente a cumplir con las obligaciones convencionales en materia penal sobre el delito ordinario de desaparición forzada de personas adquiridas por el Estado de Chile tras la firma y ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

En específico, analizamos el actuar del Poder Judicial ante la ausencia de una figura penal ordinaria en nuestra legislación (Capítulo II) como a su vez el actuar del Poder Legislativo, el cual a través de la presentación de iniciativas de ley ha intentado llenar ese vacío normativo en nuestro ordenamiento jurídico (Capítulo III).

A continuación, procederemos a desarrollar las conclusiones respecto del actuar de ambos Poderes del Estado analizados, las cuales fueron desplegadas a lo largo de la presente investigación.

1. En relación con el actuar del Poder Judicial

En el Capítulo II fueron examinadas las sentencias recaídas en dos casos de desapariciones forzadas perpetradas durante el período de democracia en Chile. El primero de ellos corresponde al caso de José Huenante Huenante, donde la Corte Suprema (Rol N° AD-1571-2017) intervino en el proceso para definir cuál era el tribunal competente para conocer del proceso. El segundo caso es el de José Vergara Espinoza, causa conocida por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique (RIT 794-2017).

En adición a lo anterior, se estimó pertinente analizar la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el denominado “Episodio Miguel Ángel Sandoval” (Rol N° 11.821-2003) posteriormente confirmada por la Corte Suprema en la sentencia Rol N° 517-2004, donde si bien es cierto que constituyó una desaparición forzada en su variante de crimen de lesa humanidad, sentó asimismo un gran precedente jurisprudencial en materia de desaparición forzada a nivel general.

Así las cosas, fue posible constatar que los tribunales chilenos que se han pronunciado en casos constitutivos de delito ordinario desaparición forzada no consideran en sus decisiones los estándares de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que regulan la materia, resolviendo únicamente a partir de la normativa interna.

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema para el caso de Miguel Ángel Sandoval constituye una excepción a lo anterior, pues se funda en amplias referencias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual el concepto de “dignidad de la persona humana” es tenido por los jueces como una línea rectora en toda la argumentación esgrimida en el fallo. Además, a pesar de que el tribunal calificó los hechos como constitutivos del delito de secuestro calificado, reconoció explícitamente que los hechos eran asimismo constitutivos de delito de desaparición forzada descrito en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

Por otra parte, sólo en el caso de José Vergara Espinoza existe sentencia definitiva. En ella los jueces resolvieron subsumiendo los hechos en dos figuras penales. Inicialmente, los funcionarios de carabineros fueron condenados por el delito consumado de detención ilegal (artículo 148 del CP), decisión que mudó en el nuevo juicio oral iniciado luego de que la Corte Suprema acogiera los recursos de nulidad interpuestos contra dicha sentencia, condenando a los responsables por el delito de secuestro simple (artículo 141 CP).

En cuanto a las penas aplicadas pudimos constatar que en el mismo proceso (caso José Vergara) los jueces actuaron decidiendo condenar a los responsables a presidio menor en su grado mínimo y prisión en su grado máximo (sentencia de 11 de abril de 2018); y a cuatro años de presidio menor en su grado máximo (sentencia de 28 de septiembre de 2018). Dichas sanciones penales no resultan proporcionales a la extrema gravedad del delito, siendo inferiores a los estándares internacionales establecidos por el Comité contra las Desapariciones Forzadas. Lo anterior se ve agravado si consideramos que dichas sanciones fueron sustituidas por libertad vigilada intensiva, en circunstancias de que cada uno de los elementos de la desaparición forzada se encontraban configurados.

En cuanto a la competencia de los tribunales para conocer casos de delitos ordinarios de desaparición forzada, pudimos constatar que por muchos años la justicia militar mantuvo dentro de la esfera de su competencia el conocimiento de los hechos relativos al caso de José Huenante, en abierta vulneración de varias garantías del debido proceso consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo anterior fue dirimido por la Corte Suprema al otorgar la competencia para conocer de este caso a la justicia ordinaria en sentencia Rol N° AD-1571-2017. La decisión del máximo tribunal del país se fundó únicamente en normativa interna, sin hacer referencia a instrumentos internacionales como tampoco a la jurisprudencia internacional.

Finalmente, resulta importante acotar que la tramitación en los casos constitutivos de delitos ordinarios de desaparición forzada es sumamente lenta y de escasos avances procesales sustantivos, tardando incluso más de una década en que se pronuncie una sentencia definitiva. Ello resulta sumamente

prejudicial para la obtención de justicia en favor de la víctima y los familiares de las personas desaparecidas.

2. En relación al actuar del Poder Legislativo

En el Capítulo III de esta Memoria pudimos constatar que las actuaciones positivas del legislador que han culminado en la publicación de leyes son escasas en la materia, dando cuenta de una falta de proactividad por parte del legislador chileno.

Existe una situación dicotómica respecto al delito en estudio pues nuestro legislador lo ha tipificado como crimen de lesa humanidad, sin embargo, existe a su vez un silencio normativo en la tipificación de este delito cuando se ejecuta en ausencia de los elementos de contexto característicos del primero, es decir, cuando constituye un delito ordinario.

Por otra parte, constatamos que ha existido un mayor avance en aspectos simbólicos –y por cierto relevantes– como lo es la institución del Día Nacional del Detenido Desaparecido. Sin embargo, no se ha avanzado en un aspecto esencial para arribar a la justicia en estos casos: la tipificación del delito ordinario de desaparición forzada.

Las iniciativas parlamentarias analizadas en esta Memoria dan cuenta de la pasividad del legislador frente al delito ordinario de desaparición forzada. Durante más de diez años sólo se han presentado dos proyectos de ley para su tipificación, existiendo en ambos casos una tramitación dilatada y de escasos movimientos, cuestión que concluyó en el archivo del primer proyecto (Boletín 3301-07) y en la paralización del segundo por más de cuatro años (Boletín 9818-17).

Lo anterior denota una falta de compromiso por parte del legislador chileno en relación con una efectiva y mejor protección de los derechos humanos de las víctimas y sus familiares. A su vez expresa una falta de seriedad respecto a la trascendencia de las obligaciones adquiridas a través de la firma de los instrumentos internacionales analizados con detención en el Capítulo I.

En cuanto al contenido de ambas iniciativas parlamentarias, pudimos verificar que ninguna de ellas cumple íntegramente con las obligaciones internacionales contenidas en la Convención Interamericana y en la Convención Internacional.

En específico, el proyecto de ley contenido en el Boletín 3301-07 cumple parcialmente con las obligaciones mencionadas, pues no cumple con la obligación de limitar la aplicación de leyes de

amnistía, la obligación de no aplicar la prescripción y la obligación de tipificar en cuanto al elemento de denegación de información.

Asimismo, luego de analizar el tipo penal propuesto en dicho Boletín identificamos aspectos que resultan alarmantes al tener presente los estándares internacionales de derechos humanos en la materia. En primer lugar, constatamos que la figura propuesta incluía exigencias adicionales para la aplicación del tipo penal por los tribunales, lo cuales hacen sumamente casi imposible sancionar a los responsables de este delito. En segundo lugar, la tipificación propuesta tenía por fundamento principal la supuesta inconstitucionalidad del principio de jurisdicción universal, existiendo un afán por defender el concepto tradicional de soberanía nacional en desmedro de una mejor protección a los derechos humanos de las víctimas y sus familiares.

Respecto al contenido del Boletín 9818-17 constatamos que la versión original del proyecto de ley presentaba numerosas deficiencias en cuanto al cumplimiento de las obligaciones convencionales en materia penal, las cuales no son más que otra muestra de la ausencia de proactividad y seriedad del legislador chileno al momento de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, pues no existió en la especie un estudio en profundidad de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile como tampoco respecto de los estándares establecidos por la jurisprudencia internacional y organismos internacionales.

Con todo, el proyecto modificado se ajusta en gran medida a las obligaciones convencionales en la materia, existiendo únicamente dos puntos que resultan conflictivos para efectos del cumplimiento de dichas obligaciones: la falta de precisión en la redacción del elemento privación de libertad y el no establecer un límite a la aplicación de leyes de amnistía, lo que resulta preocupante para el fin de evitar la impunidad.

Asimismo, durante la votación de la indicación sustitutiva analizada identificamos posturas de algunos diputados que resultan preocupantes desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, toda vez que se muestran contrarios o se abstienen en la votación de propuestas que pretenden reforzar la protección de las víctimas de este delito.

A modo de cierre, nos parece importante exponer las siguientes conclusiones generales:

1. El actuar de ambos Poderes del Estado revela una falta de compromiso con el cumplimiento de las obligaciones convencionales en materia penal sobre el delito ordinario de desaparición forzada. En el caso del Poder Judicial, lo anterior se cristaliza en la aplicación de tipos penales y penas que no se ajustan a la extrema gravedad de los casos de desaparición forzada de personas, tales como el uso de la figura jurídica del secuestro simple y la imposición de la pena de presidio

menor en su grado máximo. Respecto al Poder Legislativo, su falta de compromiso se materializa en la presentación de iniciativas parlamentarias que no cumplen íntegramente con las obligaciones convencionales contraídas en la materia, cuya tramitación termina por mantenerse paralizada por años, llegando incluso a ser archivadas.

2. Por otra parte, el actuar de ambos Poderes del Estado revela un proceso tardío y lento. Los casos sometidos a conocimiento de los tribunales de justicia presentan una tramitación sin avances procesales sustanciales en grandes períodos de tiempo, pudiendo tardar más de diez años en dictar sentencia definitiva. En el caso del Poder Legislativo, existen escasas iniciativas parlamentarias que buscan cumplir con las obligaciones convencionales en materia penal relativas al delito en estudio, las cuales se caracterizan por una tramitación dilatada, manteniéndose por años en primer trámite constitucional, terminando en ciertos casos siendo archivadas.
3. Las decisiones y la falta de proactividad del legislador en la tipificación del delito ordinario de desaparición forzada tiene por consecuencia directa la configuración de una desconexión entre la gravedad de los hechos sometidos al conocimiento de los jueces y la calificación jurídica de los mismos, pues el abanico de tipos penales entre los cuales éstos pueden ser subsumidos se ve limitado a la normativa doméstica actual.
4. La subsunción de los hechos bajo figuras penales distintas a la desaparición forzada tales como el secuestro, la detención ilegal, la sustracción de menores, entre otras, conlleva la creación en la sentencia de una realidad que no se condice con la gravedad de los hechos, restándole peso a los mismos.
5. Lo anterior a su vez tiene consecuencias a nivel social, pues impide que los jueces protejan de una mejor manera los derechos humanos de quienes han sido sometidos a una desaparición forzada y de los familiares de éstos, cuestión que merma la convivencia pacífica y ordenada a la cual se aspira alcanzar a través del ejercicio de la jurisdicción, impidiendo la sanación de las profundas heridas que este delito imprime en la sociedad.
6. Por tanto, la tipificación del delito ordinario de desaparición forzada conforme a la normativa internacional es ciertamente una medida urgente y esencial en nuestra sociedad que permitirá a los jueces arribar a decisiones justas y protectoras de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. OBRAS GENERALES

Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009. [en línea] <<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/informe-ddhh-2009/>> [consulta: 09 agosto 2020].

LARA, D. Grupos en situación de vulnerabilidad. México, D.F. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

MONTOYA, Y. La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales. Cuaderno de Trabajo N° 11. [en línea]. Pontificia Universidad Católica del Perú, julio de 2009, <<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/39769>> [consulta: 12 de junio de 2020].

2. TRABAJOS EN OBRAS COLECTIVAS

AMBOS, K. / BÖHM, M., MALARINO, E., ALFLEN DA SILVA, P., LÓPEZ, C., MEINI, I., GALAIN, P., MODOLELL, J. Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e Internacional. Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2009.

KAMEL, C. y BORDALÍ, A. La Corte Penal Internacional ante la Constitución de 1980 (Comentarios al fallo del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002). [en línea] Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, diciembre 2002, Vol. XIII. <<http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v13/art16.pdf>> [consulta: 25 de junio de 2020].

POLITOFF, Sergio., MATUS, Jean Pierre., RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

3. ARTÍCULOS EN REVISTAS Y PUBLICACIONES PERIÓDICAS

ALFLEN DA SILVA, P. (2010). El delito de desaparición forzada de personas y el Derecho penal brasileño. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010).

AGUILAR, G. El principio de Jurisdicción Universal: una propuesta de aplicación en Chile. Revista Estudios Constitucionales, Año 4, Núm. 1, 2006.

AGUILAR, G. (2009). La desaparición forzada de personas: naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Estudios Constitucionales, Año 7, N°2, 2009, pp. 429-463, ISN 0718-0195.

AYESTARÁN, N., GAUTO, M. Delito de desaparición forzada de personas, bien jurídico protegido, consumación y tentativa. [en línea]. Revista Científica Virtual, Núm. 4 – RECAMPI 157, 2016. <<http://escueladefiscales.mp.gob.ve/userfiles/file/RECAMPI/DEFINITIVO%20RECAMPI%20IV%20071016.pdf#page=151>>. [consulta: 16 de junio de 2020].

BASCUÑÁN, A. El Derecho Penal chileno ante el Estatuto de Roma. [en línea]. Revista de Estudios de la Justicia. 01 de enero, 2004. Núm. 4, <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15036>> [consulta: 26 mayo 2020].

BASCUÑÁN, A. Derechos fundamentales y derecho penal. [en línea]. Revista de Estudios de la Justicia. 01 de enero, 2007. Núm. 9, <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15113>> [consulta: 26 mayo 2020].

BERNALES, G. La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos. [en línea] Revista Ius et Praxis, 2017, Vol. 3, N. 1 <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100009>. [consulta: 28 agosto 2020].

CÁRDENAS, C. La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la ley N° 20.357. [en línea]. Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol. XXIII, Núm. 2, 2010. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000200002> [consulta: 25 de junio de 2020].

CORTES, J. Sentencia de la Corte Suprema que entrega la competencia del caso José Huenante a la justicia ordinaria. [en línea]. Santiago, Chile. Segunda Parte. <<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1181/jurisprudencia2016-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [consulta: 10 de septiembre de 2020].

CHINCHÓN, J. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas: Nunca es tarde si la dicha es ¿buena? Examen general y perspectivas en España tras la aprobación de la <<Ley de Memoria Histórica>>. [en línea]. Revista Foro, Nueva Época. Núm. 7, 2008. <<https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/FORO0808120013A>> [consulta: 02 de junio de 2020].

GALAIN, P. (2011). El tipo penal de la desaparición forzada de personas como un acto aislado: consideraciones críticas. *Revista Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre. Vol. 3– N° 2 – p. 63 – 78 – jul/dic. 2011.

GALDÁMEZ, L. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. *Revista Chilena de Derecho* [en línea]. 2007, vol. 34, n.3. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=s0718-34372007000300005&script=sci_arttext#n32>.

GALDAMEZ, L. Tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos: las actuaciones del juez y las omisiones del legislador chileno. [en línea]. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010 <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200008> [consulta: 01 agosto 2020].

GALELLA, P. La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Un gran paso hacia una mayor protección en la lucha contra este fenómeno. [en línea]. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, Núm. 21, 2010. <<https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6016>> [consulta: 02 de junio de 2020].

GÓMEZ, J. La desaparición forzada de personas: avances en el derecho internacional. [en línea]. *Revista Mexicana de Política Exterior*, noviembre de 2005 – junio de 2006, Núm. 76 – 77, <<https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/numeros-antiores/122-rmpe-76-77>> [consulta: 12 de junio de 2020]

HENDERSON, H. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, 2004, Vol. 39.

MAÑALICH, J. El secuestro como delito permanente frente al DL de Amnistía. [en línea]. *Revista de Estudios de la Justicia*. 01 de enero, 2004. Núm. 5, <<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15042>> [consulta: 26 mayo 2020].

NOGUEIRA, H. Una senda que merece ser transitada: la sentencia definitiva de casación de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 11.821-2003, Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. [en línea]. *Revista Ius et Praxis*, Vol. 9, Núm. 2, Talca, 2003.

PEREIRA, L. A Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado e seus impactos no Brasil. [en línea]. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*. Publicada el año 2017. Vol. 18 Núm. 2, <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12940>> [consulta: 27 mayo 2020].

PEREIRA, L. As Convenções sobre o desaparecimento forçado de pessoas breves reflexões sobre seus impactos na ordem jurídica brasileira. [en línea]. Revista Juris UniToledo. Publicada el año 2018. Vol. 3 Núm. 2, <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2432> > [consulta: 27 mayo 2020].

SFERRAZZA, P. Desaparición forzada. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, marzo – agosto 2015, N° 8.

SFERRAZZA, P. Desaparición forzada y sistema interamericano. La evolución del concepto de víctima en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revista Electrónica Iberoamericana, 2019, Vol. 13.

SFERRAZZA, P. La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. [en línea]. Revista Ius et Praxis, Vol. 25, Núm. 1, 2019. <<http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1252>> [consulta: 03 de junio de 2020].

ZÚÑIGA, L. La obediencia debida y el nuevo Código Penal: consideraciones dogmáticas y político criminales. [en línea]. Revista DERECHO, Núm. 46, 1992. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6181>>, p. 193. [consulta: 10 de junio de 2020].

4. TESIS DE GRADO

LÓPEZ, C. La desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas. Tesis (Doctorado en Derecho). Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 2017.

SANTA CRUZ, S. La desaparición forzada de personas en el Sistema Interamericano. Tesis (Máster en Derecho Público). Madrid, España. Universidad Carlos III de Madrid, Facultad de Derecho, 2015.

REYES, J. Delitos funcionarios que consisten en la falta de probidad. Tesis (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009.

SFERRAZZA, P. La responsabilidad internacional del Estado por desapariciones forzadas de personas. Obligaciones internacionales y su atribución. Tesis (Doctor en Derecho). Getafe, España. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2014.

5. FUENTES INTERNACIONALES

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. A/RES/61/177. Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2006.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. A/HRC/7/2/Add.1, ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a Honduras, 26 de octubre de 2007.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. A/HRC/16/48/Add.3, ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. A/HRC/WGEID/98/1. Observación general sobre los niños y las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. A/HRC/WGEID/98/2. Observación general sobre las mujeres afectadas por las desapariciones forzadas, aprobada por el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su 98º período de sesiones (31 de octubre a 9 de noviembre de 2012).

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. E/CN.4/2002/7. Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias de conformidad con el párrafo 11 de la resolución 2001/46 de la Comisión.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. E/CN.4/2004/59, ONU, Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS. E/CN.4/2005/66, ONU. Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile. OEA/Ser.L/V/II.34, doc. 21, 25 octubre 1974.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1986-1987. OEA/Ser.L/V/II.71, doc. 9, 22 de septiembre de 1987.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. CED/C/10/D/1/2013, ONU. Dictamen del Comité contra la Desaparición Forzada de la ONU en Yrusta versus Argentina.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por Uruguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto período de sesiones (8 a 19 de abril de 2013). CED/C/URY/CO/1. Distr. General, 8 de mayo de 2013.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por España en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención. CED/C/ESP/CO/1. Distr. General, 12 de diciembre de 2013.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por el Paraguay en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/PRY/CO/1. Distr. General, 20 de octubre de 2014.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por Alemania en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención. CED/C/DEU/CO/1. Distr. General, 10 de abril de 2014.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por Portugal en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/PRT/CO/1. Distr. General, 5 de diciembre de 2018.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por Chile en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención. CED/C/CHL/CO/1. Distr. General, 8 de mayo de 2019.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por el Perú en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/PER/CO/1. Distr. General, 8 de mayo de 2019.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por Italia en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la Convención. CED/C/ITA/CO/1. Distr. General, 10 de mayo de 2019.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Observaciones finales sobre el informe presentado por el Estado Plurinacional de Bolivia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. CED/C/BOL/CO/1. Distr. General, 24 de octubre de 2019.

COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA. Principios rectores para la búsqueda de personas desaparecidas. ONU-DH México, 2019.

Convención Internacional para la Protección contra las Desapariciones Forzadas. Antecedentes Históricos. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/icpped/icpped_ph_s.pdf. [consulta: 20 de mayo de 2020].

Informe que Chile debía presentar en 2012 en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención. Fecha de recepción 30 de noviembre de 2017. Comité contra la Desaparición Forzada. CED/C/CHL/1. Distr. General, 6 de febrero de 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE CHILE. Informe Complementario al Comité contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas. Primer Informe Periódico del Estado de Chile.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS. E/CN.4/1996/38, ONU. Comentario general del artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992 – 1993. Informe N° 28/93. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311. Argentina. 2 de octubre de 1991.

6. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. (Fondo). Sentencia de 29 de julio de 1988.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Blake Vs. Guatemala. (Fondo). Sentencia de 24 de enero de 1998. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. (Fondo). Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barrios Altos Vs. Perú. (Fondo). Sentencia del 14 de marzo de 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. (Fondo). Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Trujillo Oroza Vs. Bolivia. Sentencia de 27 de febrero de 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gómez Palomino Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 12 de agosto de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y Reparaciones).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Sentencia de 31 de agosto de 2012 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso García y familiares Vs. Guatemala. Sentencia de 29 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Vásquez Durand y otros vs. Ecuador. Sentencia de 15 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

7. JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Rol N° 11.821-2003.

CORTE SUPREMA. Sentencia de 17 de noviembre de 2004. Rol N° 517-2004. Caratulado Juan Contreras Sepúlveda C/ Otros.

CORTE SUPREMA. Sentencia de 12 de junio de 2018. Rol N° AD-1571-2017.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE IQUIQUE. Sentencia de 11 de abril de 2018. RIT 794-2017. Caratulado Juan Luis Vergara Luenberger C/ Carlos Alberto Valencia Castro.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE IQUIQUE. Sentencia de 28 de septiembre de 2018. Rol 794-2017. Caratulado Juan Luis Vergara Luenberger C/ Carlos Alberto Valencia Castro.

CORTE SUPREMA. Sentencia de 28 de junio de 2018. Rol N° 8000-2018. Caratulado Juan Luis Vergara Luenberger C/ Carlos Alberto Valencia Castro, Ángel Antonio Muñoz Roque, Manuel Jesús Carvajal Fabres Y Abraham Ruperto Caro Pérez.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 8 de abril de 2002. Rol 346-02. Caratulado Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Diputados respecto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia 5 de septiembre de 2003. Rol N° 383-03. Caratulado Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores respecto del proyecto de acuerdo que aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belén, Brasil, durante el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

8. LEGISLACIÓN NACIONAL

Ley N° 20.377 sobre Declaración de Ausencia por Desaparición Forzada de Personas. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 10 de septiembre de 2009.

Ley N° 20.357 que Tipifica los Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 18 de julio de 2009.

9. DECRETOS NACIONALES

Decreto N° 121 que Instituye el día del detenido desaparecido. Diario Oficial de la República de Chile. Santiago, 10 de octubre de 2006.

10. DOCUMENTOS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE

Cámara de Diputados, Legislatura 365. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 4 de abril de 2017.

Acta de la Sesión N° 117, Legislatura 364. Nuevo Primer Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas, 8 de marzo de 2017.

11. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Ley N° 23.492. ARGENTINA. Dispónese la extinción de acciones penales por presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley N° 23.049 y por aquellos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 24 de diciembre de 1986.

Ley N° 23.521. ARGENTINA. Ley de obediencia debida. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación, Buenos Aires, 8 de junio de 1987.

Ley N° 18.026. URUGAY. Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Poder Legislativo, Montevideo, Uruguay, 25 de septiembre de 2006.

Ley N° 599. COLOMBIA. Código Penal. Congreso de Colombia. Publicado en Diario Oficial N. 44.097 de 14 de julio de 2000.

12. OTROS DOCUMENTOS

Centro de Estudios Miguel Enríquez. Archivo Chile. Dossier Caso de Los 119, Operación Colombo. Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. [en línea] <http://www.archivochile.com/Memorial/caidos_mir/119/104sandoval_miguel.pdf> [consulta: 05 agosto de 2020].

13. ARTÍCULOS DE NOTICIAS

Instituto Nacional de Derechos Humanos. INDH presentará querrela por desaparición forzada de José Huenante en Puerto Montt. Disponible en <<https://www.indh.cl/indh-presentara-querella-por-desaparicion-forzada-de-jose-huenante-en-puerto-montt/>>.

ESPINOZA, M. 15 años del caso José Huenante, detenido desaparecido en Democracia. Radio Universidad de Santiago de Chile, Santiago de Chile, 3 de septiembre de 2020. Disponible en <<https://www.radiosach.cl/a-15-anos-de-la-desaparicion-de-jose-huenante-primer-detenido>>.

Cátedra Racismos y Migraciones Contemporáneas. Declaración de 26 de junio de 2020. Santiago. Disponible en <<https://www.uchile.cl/noticias/164655/declaracion-no-mas-crime-nes-racistas>> [consulta: 16 agosto 2020].

OPORTO, S. Bío Bío. “Paco Nazi” condenado por torturas estaría vinculado en desaparición de José Huenante en Pto. Montt. Radio Bío Bío, Santiago de Chile, 15 de septiembre de 2019. Disponible en: <<https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-los-lagos/2019/09/15/carabinero-condenado-por-torturas-esta-relacionado-con-desaparicion-de-jose-huenante-en-puerto-montt.shtml>> [consulta: 16 agosto 2020].

NASH, C. En BARRERA, B. Datos claves. 10 preguntas y respuestas para entender qué son los Derechos Humanos. [en línea]. Universidad de Chile, 7 de noviembre, 2019. <<https://www.uchile.cl/noticias/159016/10-preguntas-y-respuestas-para-entender-que-son-los-derechos-humanos>> [consulta: 08 de agosto de 2020].