

**INFORME DE LA COMISIÓN DE
RELACIONES EXTERIORES,** recaído en el
proyecto de acuerdo, en segundo trámite
constitucional, relativo a la Convención
Internacional para la protección de todas las
personas contra las desapariciones forzadas.
BOLETÍN N° 5.500-10

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Relaciones Exteriores tiene el honor de informaros el proyecto de acuerdo de la referencia, en segundo trámite constitucional, iniciado en Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, de fecha 12 de noviembre de 2007, con urgencia calificada de "simple".

Se dio cuenta de esta iniciativa ante la Sala del Honorable Senado en sesión celebrada el 8 de enero de 2008, donde se dispuso su estudio por la Comisión de Relaciones Exteriores.

A algunas de las sesiones en las que se analizó el proyecto de acuerdo en informe, asistieron, especialmente invitados, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia: el Ministro, señor José Antonio Viera-Gallo; el Subsecretario, señor Edgardo Riveros; la Asesora de la División Jurídica, señora Valeria Lübbert, y el Asesor, señor Marcos Opazo. Asistió, también, el Director Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores, señor Claudio Troncoso.

Asimismo, concurrieron, especialmente invitados, el Profesor del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor José Zalaquett, y el Profesor de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Hernán Salinas.

- - -

Hacemos presente que el artículo 9 de este proyecto de acuerdo debe ser aprobado con rango de ley orgánica constitucional, por incidir en materias concernientes a la jurisdicción de los tribunales, en cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 54, N° 1); 77, inciso primero, y 66, inciso segundo, todos de la Constitución Política de la República.

- - -

Cabe señalar que la H. Cámara de Diputados en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 de la Carta Fundamental, solicitó el parecer de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, la que según comunicó en su Oficio N° 383 de 27 de diciembre de 2007, estimó que la materia de que trata no es de aquellas en que corresponda oír a la Corte Suprema.

- - -

Finalmente, por tratarse de un proyecto de artículo único, en conformidad con lo prescrito en el artículo 127 del Reglamento de la Corporación, vuestra Comisión os propone discutirlo en general y en particular a la vez.

- - -

ANTECEDENTES GENERALES

1.- Antecedentes Jurídicos.- Para un adecuado estudio de esta iniciativa, se tuvieron presentes las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

a) Constitución Política de la República. En su artículo 54, N° 1), entre las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, el constituyente establece la de "Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación."

b) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, promulgada por decreto supremo N° 381, promulgada por decreto supremo N° 381, de 5 de mayo de 1981, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial del 22 de junio de 1981.

c) Ley N° 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

2.- Mensaje de S.E. el Presidente de la República.- Hace presente el Mensaje, que la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, constituye la culminación de un largo esfuerzo emprendido por la comunidad internacional para abordar una práctica especialmente cruel de violación a los derechos humanos, como es el delito de desaparición forzada de personas.

Agrega que desde el inicio de las negociaciones de esta Convención, el Gobierno de Chile adhirió a la iniciativa para lograr la adopción de un instrumento internacional vinculante que prohibiera las desapariciones forzadas de personas y consagrara el derecho de las

víctimas a la justicia y a la reparación. Ello, en atención a lo sensible que resulta este tema para Chile y, en general, para toda la región latinoamericana, la que experimentó procesos dolorosos de desapariciones forzadas, que involucraron, además, la práctica de torturas y de ejecuciones extrajudiciales. Coherente con ese compromiso, Chile concurrió a la firma de esta Convención el 6 de febrero de 2007.

Manifiesta el Ejecutivo que el reconocimiento de la dignidad humana y la promoción del respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, constituyen el sustento básico de esta Convención, que se agrega al acervo de otros tratados de derechos humanos adoptados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. Es así como los Estados Partes en la Convención, conscientes de la extrema gravedad de las desapariciones forzadas de personas, se comprometen en sus disposiciones a prevenir estas aberrantes conductas, tipificando el delito de desaparición forzada y luchando contra la impunidad de todos aquellos que tengan algún grado de participación punible en el mismo. Añade que la Convención prescribe, asimismo, que ninguna persona podrá sufrir una desaparición forzada y consecuentemente se estipula el derecho de las víctimas a la justicia y a la reparación, así como el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada, la suerte de la persona desaparecida y el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones respecto de la misma.

Concordante con lo anterior, agrega, el artículo 1 de la Convención en comento, establece que nadie será sometido a una desaparición forzada, agregando que en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada.

A este respecto, hace presente el Mensaje que el crimen de la desaparición forzada no sólo va dirigido contra los desaparecidos, sino que igualmente contra sus familiares, amigos y la sociedad en que viven, ya que éstos durante muchos años experimentan situaciones de inseguridad, angustia y estrés extremos lo que los convierte también en víctimas de este crimen. Agrega que, reconociendo esta realidad, la presente Convención consagra un concepto amplio de víctima, entendiendo por tal la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada.

Indica el Mensaje que, en atención a la extrema gravedad de este delito y los múltiples bienes jurídicos que vulnera, la comunidad internacional, se ha visto en la necesidad de reaccionar. Es así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó a denunciar, en 1974, el fenómeno de las desapariciones en sus informes regulares a la Asamblea General de la Organización de los Estados

Americanos (OEA). A estas denuncias se sumaron las efectuadas por organizaciones no gubernamentales y organizaciones de familiares de las víctimas, lo que permitió que la Asamblea General de la OEA, en 1979, instara a los Estados en que habían desaparecido personas a que se abstuvieran de promulgar o de aplicar leyes que pudieran dificultar la investigación de dichas desapariciones, y a que, en 1983, calificara la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad.

Expresa el Ejecutivo que, en 1978, la Asamblea General de las Naciones Unidas manifestó estar profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en los cuales se dejaba constancia de múltiples casos de desapariciones forzadas a causa de excesos cometidos por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley o encargadas de la seguridad. Por lo anterior, solicitó a la Comisión de Derechos Humanos que formule recomendaciones apropiadas sobre el particular, designando la Comisión a dos expertos para que estudiaran la cuestión de la suerte de las personas desaparecidas o cuyo paradero se desconocía en Chile.

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

La reacción de la comunidad internacional ante este flagelo puede observarse también a través del desarrollo de la jurisprudencia emanada de diversos órganos internacionales. En efecto, el Comité de Derechos Humanos, establecido en 1977 conforme al artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los diversos casos relativos a desapariciones forzadas que ha conocido, ha recomendado a los Estados involucrados que adopten diversas medidas para remediar dicha situación como, por ejemplo, descubrir la suerte que han corrido las personas desaparecidas, sancionar a todos los que resulten culpables de la muerte, desaparición o maltrato de éstas, pagar indemnización a las víctimas o a sus familias por todos los daños sufridos y garantizar que no ocurrirán violaciones similares en el futuro.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instalada en 1979 en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, también elaboró jurisprudencia relativa a este flagelo. En el ámbito interamericano, el 9 de junio de 1994 se adoptó en la Asamblea General de la OEA, realizada en la ciudad de Belem do Pará, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, habiéndola firmado nuestro país el 6 de octubre del

mismo año. En el ámbito universal, por su parte, los esfuerzos normativos en ésta área tuvieron sus primeros frutos al adoptarse la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

Sin embargo la protección contra este delito a nivel universal no se detuvo allí y se avanzó hasta adoptarse también la Convención, en el marco de las Naciones Unidas, la que fue aprobada por consenso en la Asamblea General de dicho órgano, el 20 de diciembre de 2006.

Declara el Mensaje que la Convención se encuentra entonces regida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. Aclara que, el punto de vista formal, este es un tratado multilateral, pues su artículo 38 dispone que la presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de las Naciones Unidas. Nuestro país procedió a firmarla el 6 de febrero de 2007.

Agrega el Mensaje que es un tratado multilateral abierto, por cuanto la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, es de tipo abierto, en oposición a los cerrados, pues admite la posibilidad de incorporar nuevos miembros. Está abierto a la firma de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Por ende, esta Convención viene a constituir aquella clase de instrumentos denominados tratados colectivos o tratados multilaterales generales, que son aquellos tratados firmados, generalmente, por un número importante de Estados, abiertos a la adhesión de otros, y destinados a establecer reglas generales aplicables con independencia del número o de la importancia política de las Partes.

Indica también que es un tratado solemne, de acuerdo a su forma de adopción, en oposición aquellos adoptados en forma simplificada, pues para su perfeccionamiento exige un acto posterior de ratificación de acuerdo a las reglas del derecho interno de los Estados Partes, seguido de los procedimientos que contempla la misma Convención. En este caso, el artículo 38 dispone que la presente Convención estará sujeto a la ratificación por todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y que los instrumentos de ratificación serán depositados en la Secretaría General de las Naciones Unidas. De igual modo, señala que estará abierta a la adhesión de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas.

Señala el Gobierno que, de conformidad a su artículo 39, entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. A su vez, el mismo

precepto previene que para cada Estado que ratifique presente Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Finalmente, el Mensaje expresa que, de conformidad a lo previsto en los artículos 31, 32 y 42 de la Convención, el Ejecutivo comunica su decisión de formular las siguientes declaraciones al momento de depositar el instrumento de ratificación de la presente Convención:

1. La República de Chile declara, conforme a lo establecido en el artículo 31 de la presente Convención, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de Chile, o en nombre de ellas, que aleguen ser víctimas de violaciones por éste de las disposiciones de la presente Convención.

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

3.- Tramitación ante la Honorable Cámara de Diputados.- Se dio cuenta del Mensaje Presidencial, en sesión de la Honorable Cámara de Diputados, el 21 de noviembre de 2007, donde se dispuso su análisis por parte de las Comisiones de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y la de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana.

La Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía estudió la Convención en sesiones de fechas 5 y 12 diciembre 2007, y la aprobó por 7 votos a favor y 1 abstención.

Posteriormente, la Comisión de Relaciones Exteriores, Asuntos Interparlamentarios e Integración Latinoamericana, estudió la materia en sesión efectuada el día 18 de diciembre de 2007, aprobando el proyecto en estudio por unanimidad.

Finalmente, la Sala de la Honorable Cámara de Diputados, en sesión realizada el día 2 de enero de 2008, aprobó el proyecto, en general y en particular, por 90 votos a favor, ninguno en contra y 7 abstenciones.

4.- Instrumento Internacional.- La Convención, consta de 45 artículos. Su contenido principal se reseña a continuación:

La Convención en su artículo 2 define la desaparición forzada de personas. Se considera tal, el arresto, la detención, el secuestro o cualquiera otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley.

De la definición se desprenden tres elementos esenciales del tipo penal, a saber:

Conducta típica. En primer lugar, el hecho punible está constituido por la privación de libertad a una persona, cualquiera que fuere su forma.

Sujeto activo. En segundo término, dicha privación de libertad 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.

Efecto. Por último, dicha privación de libertad, cometida por alguna de las personas o grupos indicados, debe ir 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, con lo cual se sustrae a ésta de la protección de la ley.

A su vez, los artículos 4 y 7 regulan la tipificación en la legislación interna, disponiendo que los Estados Partes deberán adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito en su legislación interna la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Los Estados Partes pueden establecer circunstancias atenuantes, en particular, para los partícipes que contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada o identificar a los responsables.

La Convención, en su artículo 9, establece que los Estados Parte deberán disponer lo necesario para instruir su jurisdicción en los siguientes casos: cuando los delitos se comentan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculado en ese Estado; cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado; cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado; y, en los casos que el presunto autor se halle en

cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.

Conforme al artículo 15 de la Convención, los Estados Partes cooperarán entre sí y prestarán todo auxilio posible para asistir a las víctimas, así como en la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas. En caso de fallecimiento, dicha colaboración dice relación con la exhumación, identificación de las personas desaparecidas y la restitución de sus restos.

Por su parte, los artículos 17 y siguientes contemplan la adecuación normativa interna y regulan los alcances de la Convención para el orden jurídico interno, pues su aprobación implicará la adopción de diversos cambios en la legislación interna, relacionados, principalmente, con la tipificación del delito de desaparición forzada, medidas administrativas, cuidado en la formación de los agentes del Estado que intervengan en la custodia de personas privadas de libertad, y la jurisdicción militar reglada en el Código de Justicia Militar, en el caso que no se formule reserva.

La Convención contempla asimismo, algunos elementos relacionados con su aplicación y que, a la vez, delimitan el campo de aplicación del delito de desaparición forzada de personas tipificado en ella.

Una primera materia dice relación con el derecho interno y el derecho internacional. De acuerdo al artículo 37, nada de lo dispuesto en esta Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, que se encuentren recogidas ya sea en el derecho interno del Estado Parte o bien en el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado Parte.

Un segundo aspecto, no tiene efecto retroactivo. Según el Mensaje, si bien la Convención no contiene una norma expresa en cuanto a si sus normas se aplican o no respecto de los hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia para cada país que la ratifica, claro es que ésta jamás tendrá efecto retroactivo en virtud de los principios del Derecho Penal y del Derecho Internacional de los Tratados, especialmente las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Como se indicaba anteriormente, el artículo 23 dispone que cada Estado Parte deberá velar porque la formación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley, del personal

médico, de los funcionarios y de otras personas que pueden intervenir en la custodia o tratamiento de las personas privadas de libertad, incluya la enseñanza y la información necesaria sobre las disposiciones de la Convención. Ello, con la finalidad de prevenir la participación de esos agentes en las desapariciones forzadas, resaltar la importancia de la prevención y de las investigaciones en la materia, y velar porque se reconozca la urgencia de la resolución de los casos de desaparición forzada.

En lo que respecta a la víctima y sus derechos el artículo 24 de la Convención define lo que se entiende por “víctima”, señalando que es la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. Asimismo, consagra como derechos de las víctimas: el derecho a conocer la verdad sobre la circunstancias de la desaparición, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida; el derecho a la reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada; el derecho a formar y participar en organizaciones y asociaciones que contribuyan a establecer las circunstancias de las desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas o bien que brinden asistencia a las víctimas.

Para la aplicación de las disposiciones de la Convención, se crea en el artículo 26 y siguientes un Comité contra la Desaparición Forzada, denominado “el Comité”. Dicho Comité estará integrado por diez expertos de gran integridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, independientes, que ejercerán sus funciones a título personal y actuarán con total imparcialidad.

Sus miembros serán elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa. Se tendrá en cuenta el interés que representa la participación en los trabajos del Comité de personas que tengan experiencia jurídica pertinente y de una representación equilibrada de los géneros. Los miembros del Comité serán elegidos por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelegidos por una vez.

Ante este Comité, los Estados Partes deberán presentar un informe relativo a las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que hayan contraído en virtud de la Convención, dentro del plazo de dos años a contar desde la entrada en vigencia de la Convención.

Los Estados Partes se comprometen a cooperar con el Comité y asistir a sus miembros en el ejercicio de su mandato. La competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención.

Características del delito de desaparición forzada de personas. De las disposiciones de la Convención, se desprenden las siguientes características del delito de desaparición forzada de personas:

No es delito político. Según el artículo 13, la desaparición forzada de personas no es considerada delito político para los efectos de la extradición.

Es extraditable. Atendido lo anterior, y como precisa el mismo artículo 13, la desaparición forzada se considera incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Partes, antes y con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención. En todos los casos, la extradición esta sujeta a las condiciones previstas por el derecho del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicable.

De acuerdo al artículo 5, la práctica generalizada o sistemática de desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad, y por tanto, entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable. Sin embargo, la Convención señala que los Estados Partes que apliquen un régimen de prescripción a la desaparición forzada deben tomar las medidas necesarias para que, en el caso que se establezca, el plazo de prescripción de la acción sea prolongado y proporcionado a la gravedad del delito, y se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habido el carácter continuo del delito.

Según el artículo 23, no se admite la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Es más, toda persona que reciba tales órdenes debe tener garantías de no ser sancionada.

De acuerdo al artículo 1, como justificación de la desaparición forzada de personas nunca pueden invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública.

Además, ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar el delito de desaparición forzada.

5.- Opiniones recibidas: La Comisión solicitó la opinión a diversos especialistas. Al respecto, se remitieron las siguientes opiniones sobre el proyecto de acuerdo, las que se transcriben a continuación:

5.1) Del señor José Zalaquett, profesor del Centro de Derechos Humanos, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que señala lo siguiente:

“En relación a la opinión que se me ha solicitado puedo señalar que el Mensaje número 1046-355 que acompaña al Proyecto de Acuerdo es completo y sistemático en su exposición de los antecedentes de la Convención, de su calidad jurídica como tratado multilateral y de sus contenidos.

En atención a lo anterior confinaré mi opinión a los siguientes puntos que me parecen relevantes o que merecen una aclaración, precisión o relación con otros aspectos del derecho internacional:

1. Carácter Internacional de la Convención

La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006. Es, por tanto, un instrumento universal. Cabe hacer presente que Chile no ha ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que suscribió con fecha 6 de octubre de 1994, la cual es un instrumento regional. Sin embargo, como es sabido, Chile sí ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como “*Pacto de San José de Costa Rica*”, con fecha 10 de agosto de 1990, reconociendo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para conocer reclamos individuales (la cual está contenida no sólo en dicha Convención sino también en otras normas del sistema regional). Aun cuando la Convención Interamericana ya citada no trata en particular del delito de desaparición forzada de personas, tal conducta criminal supondría una violación de numerosos artículos de la Convención Interamericana, entre ellos los artículos 4, 5, 8 y 25. De hecho la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha pronunciado abundantemente sobre el fenómeno de desaparición forzada de personas, tomando pie en la Convención Interamericana ya mencionada, aun cuando ésta, como queda dicho, no se refiere específicamente a este delito. En aquellas circunstancias en que el Estado en cuestión haya ratificado también la Convención Interamericana Contra la Desaparición Forzada de Personas, la Corte ha formulado, además, consideraciones basadas en esta Convención, adicionalmente a las normas que ha invocado del Pacto de San José de Costa Rica.

Ello quiere decir que si Chile ratifica la Convención de Naciones Unidas que se somete a consideración del Senado mediante este Proyecto de Acuerdo, y permanece sin ratificar la Convención Americana, un eventual peticionario que invocare la condición de víctima de tal delito, podría escoger plantear su reclamo en sede regional o bien ante el Comité Contra la Desaparición Forzada que se establece mediante esta Convención de las Naciones Unidas en sus artículos 26 y siguientes. Este organismo no tiene funciones jurisdiccionales propiamente tales, sin perjuicio de su mandato de velar por la aplicación de la Convención y de examinar de manera urgente peticiones presentadas por los allegados de una persona desaparecida o sus representantes, según establecen los artículos 30 y siguientes de la Convención.

2. Obligaciones

Las obligaciones que contraería el Estado de Chile mediante la ratificación de la Convención que se comenta son de carácter positivo, con excepción de la obligación de respetar - también llamada de abstención, omisión o negativa - que se contiene implícitamente en el artículo 1, el cual establece que nadie puede ser sometido a una desaparición forzada.

La doctrina distingue entre obligaciones positivas de resultado o bien de medio o comportamiento. Estas últimas suponen que el Estado sólo tiene la obligación de actuar con la mayor diligencia y echando a mano todos los recursos disponibles para cumplir progresivamente con la satisfacción de una determinada meta o de una determinada necesidad económica o de otro carácter, o bien para investigar con celo la perpetración de un crimen condenado por el derecho internacional.

Tratándose de obligaciones de medio o comportamiento no se requiere que se logre el fin buscado, el cual puede hacerse imposible por razones ajenas a la diligencia y voluntad del Estado. Sólo se requiere que se arbitren de buena fe todas las medidas conducentes a ese fin. En cambio, las obligaciones de resultado sí exigen que se alcance el objetivo propuesto, aunque se acepte que pueda hacerse dentro de un plazo prudencial, atendidos los procesos legislativos y administrativos de los Estados. Este es el caso de las obligaciones que contraería el Estado chileno mediante la presente Convención, en lo que dice en relación con los deberes de tipificar el delito de desaparición forzada, adecuar la legislación interna a las normas de la Convención en otros aspectos, cooperar con los organismos internacionales y otras obligaciones positivas semejantes.

3. Tipificación de la desaparición forzada

El artículo 2 entrega las bases normativas para la tipificación como delito de la desaparición forzada en la legislación penal de

cada Estado parte, según establece el artículo 4. Al respecto cabe comentar que hasta antes de la presente Convención y de la Convención Interamericana sobre la materia, de 1994, el concepto de desaparición forzada era de carácter criminológico, o bien propio de la experiencia y nomenclatura de la práctica de defensa de los derechos humanos. Tal concepto se refería a una conducta criminal compleja, que ciertamente implicaba la comisión de ciertos delitos y que con alta probabilidad suponía también la perpetración de otros, lo cual no quedaría plenamente establecido sino cuando se supiera la verdad completa. Entre los delitos contemplados desde antiguo en los códigos penales que se verían perpetrados por esta conducta compleja llamada desaparición forzada, se encontraban los de secuestro o arresto ilegal u otras conductas semejantes, y los que se refieren a la negación o privación de recursos judiciales esenciales para hacer valer los derechos fundamentales de las personas. Entre los delitos que con alta probabilidad también se habrían perpetrado mediante una desaparición forzada, se encontraban los referidos a los malos tratos y torturas, al asesinato de la persona y a su sepultación ilegal, sin considerar los delitos consistentes en el maltrato psicológico infligido a los familiares de la víctima. Dado que la desaparición forzada de personas admitía muchas hipótesis y variadas formas de comisión, en diversos países, es explicable que el artículo 2 de esta Convención haya escogido una formula amplia como la que se contiene en ese precepto. Sin perjuicio de ello, al tipificarse en cada país el delito de desaparición forzada de personas, según comanda el artículo 4 de la Convención, deberá cuidarse de realizar esta tipificación ajustándose a lo dispuesto en el artículo 2 pero manteniendo las debidas concordancias con la legislación nacional respectiva.

4. Crimen de lesa humanidad

El artículo 5 de la Convención señala que la práctica generalizada sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido el derecho internacional aplicable. Esta referencia debe ser entendida al artículo 7, Nº 1, letra i, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17 de julio de 1998, el cual ha sido suscrito pero no ratificado por Chile. Aun a falta de dicha ratificación, dicha norma tendría valor para los efectos de completar la definición del artículo 5 de la Convención que se somete al acuerdo del Senado, el cual hace referencia al mencionado artículo 7 del Estatuto de Roma. Cabe señalar que dicho artículo 7 establece que se entenderá por “crimen contra la humanidad”, entre otros actos, la desaparición forzada de personas cuando se cometa “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.

5. Exclusión de la obediencia debida

El artículo sexto de la Convención en comento señala en su número 2 que “ninguna orden o instrucción de una autoridad

publica, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada”. Esta es una cláusula de exclusión de la defensa de obediencia debida, la cual debe entenderse en relación con lo señalado en el artículo 33 del Estatuto de Roma y en el Principio IV del Tribunal de Nuremberg, a los efectos de cumplir, en su oportunidad, con el deber de tipificación que se señala en el artículo 4 de la Convención.

6. Jurisdicción extraterritorial

El artículo 9 establece cuatro principios de jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada que cada Estado parte puede invocar para instituir su propia jurisdicción: territorio, personalidad pasiva, personalidad activa y el principio de “o juzgar o extraditar” (*aut dedere, aut judicare*). Esta cláusula de jurisdicción extraterritorial, se ha hecho común en tratados que condenan crímenes contra el derecho internacional, actos terroristas o actos de corrupción.

7. Extradición

El artículo 13 también repite principios contenidos en el tipo de tratados ya mencionados en el número anterior, con el fin de excluir la defensa de delito político que se puede alegar en contra de una petición de extradición y, en general, para facilitar la extraditabilidad de los crímenes respectivos.

8. Comité Contra la Desaparición Forzada

En su Segunda Parte, artículos 26 al 36, la Convención establece un Comité Contra la Desaparición Forzada y regula su formación y funcionamiento, así como sus facultades, incluso las de conocer reclamaciones individuales. Sin perjuicio de su deber de proteger los derechos humanos y en este caso, de velar por la aplicación de las normas de la Convención Contra la Desaparición Forzada de Personas, organismos como éste tienen una función de protección promoción y difusión, que debe ser respetada por parte los Estados, los cuales deben prestar su cooperación a estos organismos. No obstante, ellos carecen del carácter de tribunal o de funciones jurisdiccionales estrictamente tales, como si la tienen, en sus respectivos campos, organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el nivel regional o la Corte Penal Internacional, en el nivel internacional.

5.2) Del señor Claudio Nash Rojas, Doctor en Derecho, Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que manifiesta lo siguiente:

“Por oficio RE/56/08 de fecha 02 de julio de 2008, se me ha pedido por la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, mi opinión sobre el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, relativo a la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Boletín N° 5.500-10).

Este informe está dividido en los siguientes apartados:

1. Desaparición forzada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la creación jurisprudencial
2. Las violaciones comprometidas en la Desaparición Forzada de Personas y por qué es necesaria una regulación especial
3. La estructura y características de la Convención
4. El rol del control internacional (comité)
5. Implicancias para Chile

La opinión general que se sustenta en este informe es que la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas es un paso importante en la lógica de dar una efectiva protección de los derechos humanos y constituye un instrumento adecuado con dicho fin.

Cumplo con informar lo que sigue:

1. DESAPARICIÓN FORZADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL

Tanto desde una perspectiva teórica, como desde la praxis, el sistema internacional de protección de los derechos humanos ha tenido como fin último lograr dar efectividad a los derechos individuales que consagran ciertos principios fundamentales para el desarrollo de la persona humana. Esta premisa nos servirá para explicar la necesidad de una regulación internacional en el tema de la Convención que aquí se comenta.

El sistema internacional de derechos humanos ya cuenta con una sólida base normativa y por ello es pertinente preguntarse

sobre la necesidad de un nuevo instrumento en materia de derechos humanos. En términos generales puede sostenerse que la necesidad de ampliar los instrumentos de derechos humanos, sólo puede ser explicada como una forma de dar efectividad a la protección de los principios fundamentales del sistema de derechos individuales. De esta forma, frente al caso del surgimiento de ciertas prácticas violatorias particulares (por ejemplo, precisamente los casos de desapariciones forzadas de personas de que ha sido testigo la humanidad) o el ejercicio especial de ciertos derechos (por ejemplo derechos de pueblos indígenas) o por ciertas condiciones especiales de sus titulares (derechos de los niños), se hace necesario consagrar ciertas normas internacionales que den respuesta a estas situaciones, pero en el entendido que son parte del deber de dar efectividad a las normas generales de derechos humanos.

En cuanto al control de los derechos, el surgimiento de nuevos mecanismos de protección sólo es explicable por la necesidad de dar viabilidad a los principios que hemos señalado inspiran el proceso de protección internacional; la efectividad de los derechos, el fortalecimiento de un orden público internacional y la prevención. Cualquier modificación o progresión en los sistemas de protección debe ser analizada en dicha óptica y por tanto, sería incompatible con la misma tomar medidas que limiten o restrinjan la efectividad de este orden público internacional.

Es evidente en este contexto, que la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas cumple con estos dos requisitos. Estamos ante una afectación particular y especial de una serie de derechos que hacen necesario su regulación particular y por otra, es necesario diseñar una respuesta efectiva de control por parte de las actividades del Estado para prevenir estos casos y adoptar medidas especiales para enfrentar situaciones que puedan ocurrir.

2. LAS VIOLACIONES COMPROMETIDAS EN LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Y POR QUÉ ES NECESARIA UNA REGULACIÓN ESPECIAL

Es claro que los derechos que se ven afectados en los casos de desapariciones forzadas ya se encuentran consagrados en otros instrumentos internacionales y las obligaciones de los Estados en estas materias son claras y ampliamente documentadas a nivel jurisprudencial¹. Mas, es tal la magnitud de este ilícito internacional y la complejidad de la respuesta desde el Estado que se hace necesario regular específicamente

¹ 1Para un estudio general sobre el tema en el sistema interamericano, ver C. Medina, La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial, Centro de Derechos Humanos 2003.

este ilícito y determinar con claridad las consecuencias para el Estado cuando se enfrenta a estas situaciones.

En primer lugar, sobre las particularidades de este tipo de violación de derechos. La desaparición forzada de personas constituyó una práctica sistemática y frecuente en muchos países de este continente. Enfrentado a este tipo de casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”) elaboró una construcción jurídica en la que la desaparición afectaba, normalmente, a tres derechos humanos: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad personal ². Recientemente, la Corte Interamericana ha señalado que la desaparición forzada es un crimen contra el *ius cogens*. En efecto, en el caso *Goiburú vs. Paraguay* ³ la Corte Interamericana hizo un interesante paso en el análisis de las desapariciones forzadas donde no se limita a la caracterización de las desapariciones forzadas como un ilícito complejo, sino que va más allá y califica la prohibición de la desaparición forzada de personas y la obligación de investigarlas y sancionarlas como una obligación imperativa de derecho internacional. Señala la Corte Interamericana que la figura de la desaparición forzada debe ser tratada “integralmente... como una forma compleja de violación de derechos humanos, [lo que lleva] a este Tribunal a analizar en forma conjunta los artículos 4, 5 y 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en el presente capítulo” [Caso *Goiburú*, párr. 81]. Reitera su jurisprudencia constante en el sentido de que la desaparición forzada constituye “hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otros delitos conexos” [Caso *Goiburú*, párr. 82]. La Corte va más allá y califica este ilícito como un “delito de lesa humanidad” [Caso *Goiburú*, párr. 83]. Esto elementos, sumados a la profusa legislación internacional sobre la materia, le permite a la Corte señalar que “la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*” [Caso *Goiburú*, párr. 84].

En segundo lugar, las particularidades de la respuesta del Estado. Es claro que frente a este tipo de violaciones de derechos humanos el Estado tiene la obligación de investigar los hechos,

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C Nº 4, párr. 155.

³ 3 Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*. Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Este caso trata sobre la desaparición forzada en el marco de la acción coordinada entre las fuerzas de seguridad del cono sur denominada ‘Operación Cóndor’.

sancionar a los responsables y disponer medidas de reparación ⁴. Esta obligación general adopta contornos particulares en los casos de desaparición forzada. De ahí que la Corte señale:

“Según fue señalado anteriormente (supra párr. 93), los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (jus cogens), en particular las prohibiciones de la tortura y de las desapariciones forzadas de personas. Estas prohibiciones son contempladas en la definición de conductas que se considera afectan valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional, y hacen necesaria la activación de medios, instrumentos y mecanismos nacionales e internacionales para la persecución efectiva de tales conductas y la sanción de sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. Es así como, ante la gravedad de determinados delitos, las normas de derecho internacional consuetudinario y convencional establecen el deber de juzgar a sus responsables. En casos como el presente, esto adquiere especial relevancia pues los hechos se dieron en un contexto de vulneración sistemática de derechos humanos –constituyendo ambos crímenes contra la humanidad– lo que genera para los Estados la obligación de asegurar que estas conductas sean perseguidas penalmente y sancionados sus autores” (Caso Goiburú, párr. 128).

En tercer lugar, la necesidad de un control internacional efectivo. Frente a este tipo de violaciones el sistema internacional se ha preocupado en avanzar en un sistema efectivo de protección de los derechos humanos involucrados en las desapariciones forzadas.

Esta efectividad en el control y la protección internacional es lo que recoge la reglamentación del Comité que crea la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas.

¿Cuál es el sentido de esta reseña de la regulación internacional de la desaparición forzada? Un gran objetivo: dejar claro que hoy existe a nivel jurisprudencial un amplio desarrollo sobre esta materia y que la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas en un paso importante y necesario para dar seguridad a los Estados sobre los alcances de este ilícito. El objetivo de regularmente convencionalmente el

⁴ 4 "El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, sentencia 20 de enero de 1989. Serie C Nº 5, párr. 185 primera parte.

fenómeno de las desapariciones es sistematizar los avances registrados en la jurisprudencia internacional y dar seguridad jurídica a los Estado en esta materia en cuestiones que a la fecha no son claras.

3. LA ESTRUCTURA Y CARACTERÍSTICAS DE LA CONVENCIÓN

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas con el fin de clarificar los alcances de este ilícito internacional, regula, en primer lugar, qué se entiende por desaparición forzada, entregando los elementos principales del ilícito que comprende esta definición. Reitera una serie de cuestiones que han estado presente en el desarrollo jurisprudencial: obligación de investigar y procesar a los responsables (art. 3), el carácter absoluto del derecho (art. 1). Establece una de las principales medidas de garantía para prevenir la ocurrencia de casos de desaparición: la obligación de tipificar (art. 4) e imponerle una pena apropiada (art. 7) y clarifica los sujetos pasivos de dicha acción penal (art. 6). En un punto muy interesante, pese a que en el art. 5 señala que este es un crimen de lesa humanidad, consagra la posibilidad de establecer prescripciones, aunque con ciertos límites (art. 8). Esto último es muy relevante ya que a la fecha la jurisprudencia ha sido muy clara en establecer el carácter de crimen de lesa humanidad, sin ninguna consideración especial sobre la posibilidad de aplicación de medidas de prescripción.

A continuación, establece algunas normas de jurisdicción, donde se aclara que se aplican las normas comunes: territorialidad, nacionalidad (activa o pasiva) y universal, sujeta a la posibilidad de extradición o sometimiento a la jurisdicción internacional penal (art. 9); asimismo, se contempla que el Estado podrá recurrir a diversas jurisdicciones para enfrentar este ilícito, lo que no excluye, en principio, la jurisdicción militar (art. 9.3).

Además, la Convención establece una serie de medidas que debe adoptar el Estado cuando en su territorio se encuentre una persona acusada de cometer alguno de estos delitos (art. 10). En el art. 11 se establecen una serie de requisitos mínimos con los que debe cumplir el Estado cuando juzgue a una persona acusada por este delito; medidas que buscan garantizar un juicio justo conforme a los estándares mínimos en materia de derechos humanos. Parece clara la preeminencia de la jurisdicción establecida en el art. 9.1 ya que el art. 11.1 prescribe que sólo después de decidir la no extradición o no entregar a otro Estado conforme a las obligaciones internacionales o a una instancia penal internacional, el Estado podrá hacer uso de la jurisdicción universal.

Asimismo, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de

Naciones Unidas aclara los alcances del derecho a un recurso para denunciar la ocurrencia de actos que puedan caer dentro de la órbita de la Convención (art. 12). Esta es una obligación general que aquí se encuentra desarrollada detalladamente, lo que permite mayor seguridad para el Estado y el denunciante sobre los alcances de un recurso efectivo en estas materias.

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas también se preocupa por regular los temas relativos a la extradición (art. 11). Esto es relevante porque el Estado donde se encuentre una persona acusada de este ilícito, si no lo juzga lo debe extraditar y por ello es importante tener algunas claridades como que el delito no será considerado político a efectos de establecer la posibilidad clara de extradición.

La Convención también establece algunas normas sobre auxilio judicial (art. 14), auxilio a las víctimas (art. 15) y una medida de garantía: la no expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado donde haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a desaparición forzada (art. 16.1) y entrega algunos criterios para configurar dicha situación (art. 16.2).

Un artículo que es particularmente interesante es el relativo a la privación de libertad (art. 17). En este artículo se desarrollan una serie de obligaciones relativas a la privación de libertad que iluminan los estándares mínimos que el Estado debe cumplir a efectos de impedir que se produzcan situaciones de desaparición forzada de personas. En el mismo sentido, la Convención en los arts. 18, 19, 20 y 22, establece una serie de obligaciones para el Estado en cuanto al manejo de la información que impida la ocurrencia de desapariciones de personas sometidas a la custodia del Estado. Finalmente, establece las obligaciones del Estado al momento de liberar a las personas (art. 21).

Una vez más, clarificando una cuestión que es parte de la obligación de garantía de todo derecho, se establece la obligación de capacitar a los agentes del Estado para que no se incurra en prácticas que puedan significar incurrir en casos de desaparición forzada (art. 23).

Un punto a destacar en la Convención es la clarificación en el tema de quién es la víctima de las desapariciones forzadas (art. 24). Este es un aspecto importante de la Convención toda este es un tema donde hay mucha discusión y eso acarrea una serie de problemas al momento de intentar resolver casos concretos en materia de desaparición 7 forzada. Al tener claro las víctimas, sus derechos y los alcances de la reparación, se tiene un marco normativo que facilita la discusión a nivel interno.

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas se preocupa en particular de la situación de niños que se ven afectados por la desaparición forzada (art. 25). Esta es una cuestión que en muchos países ha sido muy compleja y es pertinente su clarificación en la Convención.

En la tercera parte y final, se establecen una serie de cuestiones generales. Por un parte, que nada en la Convención puede ser interpretado de forma tal que se entorpezcan medidas que sean más conducente a los fines de la Convención, ya sea que estén establecidos en el ámbito interno como en el derecho internacional vigente con respecto de cada Estado parte (art. 37). Se establece un importante mecanismo de resolución de conflictos a través de la Corte Internacional de Justicia (art. 42). Asimismo, es importante la salvedad que formula la Convención en orden a que nada en esta Convención obsta a la aplicación de la normativa de Derecho Internacional Humanitario que se preocupa de estos temas (art. 43).

4. EL ROL DEL CONTROL INTERNACIONAL (COMITÉ)

En la segunda parte (arts. 26-36) de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas, se establece un Comité para el control del cumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado.

Este mecanismo de control y protección de derechos humanos se contempla comúnmente en los tratados específicos de derechos humanos en Naciones Unidas. Al igual que en los otros comités de Naciones Unidas, el Comité de la Convención es un comité de expertos independientes (art. 26.1), por tanto es un control de expertos y no político.

En la Convención, los Estados se “comprometen a cooperar con el Comité y a asistir a sus miembros en el ejercicio de su mandato, en el marco de las funciones del Comité aceptadas por dichos Estados Partes” (art. 26.9). Esta es una obligación común en el marco de la obligación de cooperación de los Estados con los órganos internacionales.

En el trabajo del comité destacan los siguientes procedimientos: informes (art. 29), casos individuales (arts. 30-32), visitas (art. 33) y un procedimiento especial para casos urgentes (art. 34). El control de las obligaciones a través del sistema de “examen de los informes de los Estados” funciona sobre la base de los informes que los Estados deben presentar al Comité “sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído” en virtud de la Convención (art. 29.1). Frente al Informe del Estado se elaboran comentarios, observaciones o recomendaciones que el Comité considere apropiados y el Estado podrá

responderlos a iniciativa propia o a instancias del Comité (art. 29.3). El comité podrá solicitar información complementaria (art. 29.4).

Como un mecanismo de protección de los derechos, la Convención contempla el examen de comunicaciones individuales por parte del Comité del Tratado. Este procedimiento tiene por examinar peticiones tendientes a que “se busque y localice a una persona desaparecida” (30.1). Se establece al efecto un procedimiento cuasi-jurisdiccional donde las víctimas de violaciones de derechos consagrados en los convenios pueden recurrir y el Estado tiene la posibilidad de plantear sus observaciones. Todo ello termina con una resolución del Comité donde se determinan recomendaciones al Estado para que adopte las medidas necesarias para “localizar y proteger a la persona” y podrá determinar que el Estado informe al Comité dentro de un plazo determinado las medidas adoptadas, atendida la urgencia de la situación (art. 30.3). Este procedimiento es interesante porque difiere de otros contemplados en Naciones Unidas, ya que no busca la condena internacional del Estado, sino que está enfocado en acompañar el proceso de búsqueda y protección de las personas afectadas por situaciones de desaparición forzada. De esta forma, estamos ante un procedimiento de protección y no un procedimiento jurisdiccional.

Otro mecanismo que destaca en la Convención es la posibilidad de que el Comité realice visitas al Estado donde exista información fidedigna que “revele violaciones graves de las disposiciones” de la Convención (art. 33.1). Este es un mecanismo que ha sido ampliamente usado en el sistema interamericano (visitas in loco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y es, sin duda, una de las formas más efectivas de protección de las personas que sufren de desaparición forzada. En todo caso, estas visitas sólo pueden realizarse en la medida que el Estado consienta en la visita.

Asimismo, frente a casos de desapariciones forzadas “generalizadas o sistemáticas”, el Comité tiene la Facultad de llevar dicha situación a la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio del Secretario General de las Naciones Unidas (art. 34). Esta es una medida extrema y busca activar los mecanismos políticos del sistema para que adopten medidas de presión que permitan modificar la actuación de las autoridades comprometidas en estos casos de desapariciones generalizadas o sistemáticas.

El mecanismo de casos individuales es el que puede llamar a mayores dudas, por ello me parece interesante revisar brevemente sus principales características.

Las comunicaciones se pueden dirigir directamente al Comité.

La admisibilidad. Antes de que el Comité conozca el fondo del asunto, es preciso que examine si se cumplen una serie de requisitos para fundar su competencia y la admisibilidad de la comunicación. La comunicación debe cumplir ciertos requisitos de fondo: el Comité puede declarar inadmisile una comunicación por carecer manifiestamente de fundamentación (non-substantiation), es decir, por considerar que los hechos expuestos no constituyen ni siquiera potencialmente "un caso" (art. 30.2.a)); cuando sea un abuso del derecho a presentar tales peticiones (art. 30.2.b)); la presentación es incompatible con las disposiciones de la Convención (art. 30.2.d)). Esto es importante ya que la Convención se ha preocupado especialmente por establecer una serie de mecanismos de salida alternativa para que el Comité pueda considerar cada situación y solo tramite aquellas de carácter "urgente".

Cuestiones de competencia:

» Legitimación

- activa. Conforme al artículo 30.1 de la Convención, tendrán legitimación activa para presentar un caso ante el Comité: "los allegados de una persona desaparecida, sus representantes legales, sus abogados o las personas autorizadas por ellos, así como todo aquel que tenga un interés legítimo, a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida". Esta legitimación es más amplia que en otros instrumentos de Naciones Unidas (aunque acorde con la jurisprudencia de otros Comités), pero más restringida que en el sistema interamericano establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Lo que se busca es que la presentación sea hecha por alguien con algún vínculo con la persona desaparecida y no es una acción pública.

- pasiva. Conforme a los artículos 31 y 32 de la Convención, el Comité sólo puede conocer de comunicaciones interpuestas contra Estados que han declarado expresamente el reconocimiento de esta competencia al Comité, ya sea para las presentaciones individuales (art. 31) y de otros Estados (art. 32).

» Competencia material. El Comité sólo podrá adoptar medidas respecto de las obligaciones establecidas en la Convención (art.30.3).

» Competencia en razón del tiempo. Es puede ser uno de los puntos de mayor preocupación para la formulación de la declaración del art. 31. Por ello la Convención se ha preocupado de clarificar su competencia temporal: solo conocerá de casos "iniciados con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención" (art. 35.1). Con esta clarificación no debe ser objeto de discusión alguna que los

casos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención NO pueden ser objeto de este procedimiento de casos individuales. Además, la propia Convención aclara que si un Estado pasa a ser parte después de entrada en vigor la Convención, sólo los casos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención para dicho Estado podrán ser objeto del conocimiento del comité (art. 35.2). Con ello se salva cualquier duda sobre la aplicación retroactiva de la competencia del Comité atendido que estamos ante un hecho ilícito continuo.

» Competencia en razón del lugar. El art. 31.1 aclara que la competencia del Comité es con respecto a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y a todos los sujetos a la jurisdicción del Estado. Esto significa que es atribuible al Estado la conducta violatoria de derechos humanos realizada por sus agentes, aunque éstos se encuentren fuera del territorio del Estado.

Otras cuestiones que debe examinar el Comité para determinar la admisibilidad:

» Prohibición de examen de un asunto que esté siendo sometido a otro procedimiento internacional. El artículo 30.2 letra c) de la Convención constituye una prohibición de examen simultáneo por el Comité y otro órgano. Se ha interpretado por otros Comités (específicamente el Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos) que la expresión "otro procedimiento de examen o arreglo internacionales", sosteniendo que debe ser similar tanto en cuanto a la naturaleza del órgano que examina el caso (sólo órganos intergubernamentales o establecidos por un tratado entre Estados) como en cuanto a que la investigación lleve a un arreglo y/o decisión del caso individual.

» El agotamiento de los recursos internos. El artículo 30.2 letra d) dispone que el Comité no examinará ninguna comunicación sin cerciorarse de que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, a menos que la tramitación de estos recursos "exceden los plazos razonables"; será el Comité quien determine esta razonabilidad. Este requisito puede renunciarse por el Estado. En general, los recursos que deben agotarse son los que estén disponibles en la legislación del Estado y que sean efectivos. Además, la jurisprudencia constante del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas es la de exigir sólo el agotamiento de los recursos efectivos judiciales, particularmente, en los casos de alegaciones de violaciones graves de derechos humanos⁵.

⁵ 5 Villafañe et al c. Colombia. Comunicación 612/1995, dictamen de 29 de julio de 1997, párr. 5.2. Además, Ellis c. Jamaica. Comunicación 276/1988, dictamen de 28 de julio de 1992, párr. 6.1, donde el Comité sostuvo que la posibilidad de pedir por gracia la conmutación de la pena de muerte no era un recurso en términos del art. 5.2.b

Si bien el Comité no dicta resoluciones de condena a los Estados, sus recomendaciones deben vincular a los Estados parte del procedimiento de casos individuales. En efecto, en la medida en que los Estados están dispuestos a cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales, no parece posible sino concluir que un órgano establecido por ellos para adoptar medidas que busquen dar efectividad a los derechos establecidos en la Convención debe ser escuchado de buena fe por parte de los Estados parte.

El Informe Anual del Comité, que se presentan a la Asamblea General de las Naciones Unidas, contiene información sobre estas actividades de casos individuales y los Estados parte podrán hacer sus observaciones (art. 36).

5. IMPLICANCIAS PARA CHILE

Algunas cuestiones que pueden ser relevantes para el debate en Chile:

- Retroactividad del tratado: es evidente que la competencia del Comité es sólo a futuro y no es posible que conozca de casos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del tratado (en general o respecto de un Estado en particular). Ahora, los criterios generales que se establecen en la Convención sí podrían ser aplicados por los Estados para resolver situaciones del pasado, en la medida que este tratado lo que hace es aclarar el contenido y alcance de muchas de las cuestiones que ya son obligatorias para los Estados atendidas sus obligaciones generales. De esta forma, cuestiones que pueden ser objeto de discusión como la aplicación de prescripción, las víctimas y su reparación, entre otras cuestiones pueden ser iluminadas a partir de este tratado.

- Implicancias en el ámbito interno: la Convención sí establece la obligación de tipificar como delito la desaparición forzada y entrega ciertos parámetros mínimos. Esta no es una obligación nueva ya que se encuentra establecida en los instrumentos generales de que Chile es parte, como un aspecto de la obligación de garantía. Lo que hace la Convención en comento es aclarar los alcances de esta obligación, pero no impone una nueva.

- Jurisdicción Territorial vs. universal: la Convención sigue los criterios generales donde se da prioridad a la jurisdicción territorial y la jurisdicción universal sólo se aplica en forma subsidiaria. Nuestro ordenamiento reconoce expresamente el mentado principio de jurisdicción universal en el Código Orgánico de Tribunales, artículo 6 N° 7 y 8. Este último dice relación justamente con la criminalidad más lesiva para la comunidad internacional, por lo que no es algo ajeno a nuestra normativa interna.

- Facultades del Comité: El Comité sólo conoce de casos en una función cuasijurisdiccional cuyo objetivo es adoptar medidas para localizar y proteger a víctimas de desaparición forzada, no es un tribunal que ejerza jurisdicción y su objetivo no es condenar a los Estados. De esta forma es evidente que no hay cesión alguna de soberanía. Además, queda salvaguardada la acción soberana del Estado a través de la figura del agotamiento de los recursos internos.”.

5.3) Del señor Hugo Llanos Mansilla:

“Algunas consideraciones relativas a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

La práctica de la desaparición forzada de personas constituye una de las más atroces formas de violación de los derechos humanos y dicha Convención reforzará, a mi juicio, la voluntad política de Chile de sumarse a la comunidad internacional para erradicar completamente esta forma de vulneración de la dignidad humana.

La desaparición forzada de personas constituye, desde hace tiempo una gravísima ofensa a la dignidad intrínseca de la persona humana, de carácter inderogable, tal como está consagrada en diversos instrumentos internacionales de carácter obligatorio para Chile- Carta de las Naciones Unidas, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Carta de San José de Costa Rica, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, entre otros, así como también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos- y, lo que es más importante, constituye un crimen de lesa humanidad, tal como está definido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ya se encuentra vigente internacionalmente, en su artículo 7: “A los efectos del presente Estatuto se entenderá por “crimen de lesa humanidad”, cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; a) Asesinato; b) Exterminio.....i) Desaparición forzada de personas”.

La Convención sobre Desaparición Forzada de Personas al constituir un Delito Internacional, acarrea la responsabilidad individual y la responsabilidad del Estado, y la inadmisibilidad de la eximente de obediencia debida a una orden superior.

No constituye la desaparición Forzada de Personas un delito político, es imprescriptible y es injustificable por circunstancias excepcionales o por órdenes o instrucciones de la autoridad, sea ésta civil o militar.

Ya, en 1973, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución N° 3.074 (XXVIII), de fecha 3 de diciembre de 1973, “Principios de cooperación internacional para el descubrimiento, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad”, en la que señala: “Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, será objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”.

Además, la “Declaración sobre Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas- Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992-, atribuye a este delito la naturaleza de crimen de lesa humanidad, ya que constituye “un ultraje a la dignidad humana” y representa “una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes”.

La Declaración sobre Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, agrega lo siguiente: “Las desapariciones forzadas significan la sustracción de la víctima de la justicia y que, entre otras, es una violación de las normas del Derecho Internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro”.

Por otra parte, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos- artículos 4º y 5º- como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas – artículos 7 al 10- el cual fue ratificado por Chile e incorporado a su derecho interno, prohíben en la práctica, los crímenes contra la humanidad.

En 1968, fue suscrita en el marco de las Naciones Unidas, la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad.

Como lo hemos afirmado, la desaparición forzada de personas constituye, desde hace tiempo atrás, una gravísima ofensa a la dignidad intrínseca de la persona humana, de carácter inderogable, tal como está consagrada en diversos instrumentos internacionales de carácter obligatorio para Chile.

Ya 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 que emanan de la naturaleza humana.

Como lo señala Francisco Cumplido C., que intervino en la redacción de la reforma del artículo 5°: “La Constitución de 1980 reforzó el carácter de los derechos humanos en el sistema constitucional chileno. En efecto, el inciso segundo del artículo 5° establece, nada menos, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Coloca pues sobre la soberanía a tales derechos. Por su parte, el artículo 1° prescribe que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, afirmación contenida en varias Convenciones sobre derechos humanos. Agrega que el Estado está al servicio de la persona humana. En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. Por que resolvimos, entonces, aceptar incorporar expresamente, a lo menos, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, además de los garantizados por la Constitución ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que los derechos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigentes tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución. En segundo término les dábamos a los referidos tratados el carácter de vinculantes para todos los órganos del estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos, no la parte adjetiva del tratado”. (Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203.).

De lo expuesto, se concluye que si los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modificación constitucional citada,

se infiere que esos últimos necesariamente han de tener una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional, que el resto de los tratados internacionales.

Como lo señala Humberto Nogueira: “El constituyente, a través de estas disposiciones - se refiere a los artículos 1º inciso 4º, artículo 5º inciso 2º, y artículo 19 inciso 1º y Nº 26 de la Constitución Política de la República-, en una interpretación armónica y finalista, reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano; por lo tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales derechos y a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos. Si tales derechos emanan de la naturaleza humana, ellos pertenecen al hombre por el sólo hecho de ser persona y, por lo tanto, tales derechos tienen la característica de ser universales, absolutos, e imprescriptibles. Puede sostenerse, además, que los derechos que emanan de la naturaleza humana no pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos. De ello se dejó expresa constancia en las actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en su sesión 203 de mayo de 1961: “La protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino que a todos los que son inherentes a la naturaleza humana”, como asimismo se reconoció que tales derechos no son sólo los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, “sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana”. Una afirmación similar hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 5º, pudiendo ser ampliados los derechos contenidos a otros que establezcan otros pactos posteriores.

De acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, los derechos humanos asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respecto de los derechos. Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5º de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario, lo que ha sido judicialmente reconocido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en el caso de Nicaragua- Estados Unidos, donde la Corte estableció el deber de los Estados Unidos de respetar y hacer respetar dichos convenios “en todas las circunstancias”, lo que deriva no sólo de tales convenios, sino de los principios generales del derecho humanitario, a los cuales los convenios dan expresión concreta.

("Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". En Revista Chilena de Derecho.Vol.23-Nºs 2 y 3. Tomo I. Mayo-agosto 1996, págs.351 y sigs).

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velásquez-Rodríguez, en sentencia del 29 de julio de 1988, y en el caso Godínez Cruz, en sentencia del 20 de enero de 1989, consideró que el artículo 1º párrafo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece para los Estados Parte la obligación de "respetar y garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos asegurados en la Convención, consiste en que los Estados Parte están obligados a "organizar todo el aparato gubernamental y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho violado y, en este caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. A ello, agregó la Corte, que la violación de derechos humanos por un simple particular puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención".

Por su parte, la Corte Permanente de Justicia Internacional ha resuelto que "es un principio de Derecho de Gentes generalmente reconocido que, en las relaciones entre potencias contratantes, las disposiciones del derecho interno no pueden prevalecer sobre las de un tratado"; y que "Un Estado no puede invocar frente a otro su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional a los tratados vigentes". (Serie A/B Nº44, p.24).

Que, en lo que dice relación a la práctica jurisprudencial de nuestras Cortes, en que se establece la supremacía de los tratados sobre el derecho interno, citaremos los siguientes fallos de nuestra Excm. Corte Suprema:

Sentencia de la Corte Suprema, de 26 de octubre de 1995:

"Que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad internacional si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos para aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio

reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que ciertamente de producirse, debilitaría el estado de derecho”.

Sentencia dictada por la Corte Suprema, el 30 de enero de 1996:

"De la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sea desconocidos”.

Sentencia dictada por la Corte Suprema, de 9 de septiembre de 1998:

“El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (..), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto al Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias lo ha reconocido.

Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso 2º, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos”.

Que, por otra parte, las siguientes Sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago, siguen igual predicamento de la primacía del Derecho Internacional:

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 22 de diciembre de 1994:

“3º.- Que los tratados internacionales se incorporan al derecho interno de acuerdo con las normas establecidas en los

artículos 32 N° 17 y 50 N° 1 de la Constitución, y luego su promulgación y publicación en el Diario Oficial.

4°.- Que una vez incorporado al derecho interno, los tratados deben cumplirse de buena fe de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en el país desde el 27 de enero de 1980, debiendo aplicarse sus artículos 31 y 27. El primero de ellos establece que el Tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del Tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A su vez, el artículo 27 establece que el Estado no puede invocar la ley interna para eludir el cumplimiento del Tratado”;

5°.- Que la Convención Internacional (se refiere al GATT) en consideración se aplica preferentemente frente a la ley interna, mientras el tratado no sea denunciado por el Estado de Chile o pierda su validez internacional...”.

Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 11 de abril de 1995:

“2°.- Que el artículo 8.3 del Pacto de San José de Costa Rica establece que la confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Por su parte, el artículo 14.3. letra g) del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a toda persona acusada de un delito el derecho a no estar obligada a declarar contra sí misma y a confesarse culpable.

Todavía más, la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, define como tortura “todo acto por el cual se infrinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión...cuando dichos dolores o sufrimientos sean infringidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas (artículo 1°).

En sus artículos 5°, 7° y 10°, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, acordada por la Organización de los Estados Americanos, repite en términos similares, estos mismos conceptos.

3°.- Que todas las disposiciones que vienen de recordarse son vinculantes para los jueces de la República, por cumplir

plenamente las condiciones a que se refiere la frase final del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución Política.”.

En otro fallo reciente de la Corte Suprema - Rol N° 559-04. Santiago, trece de diciembre de dos mil seis que acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia definitiva de 7 de enero de 2.004, la que se invalida-, señala respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, lo siguiente:

“Que el Derecho Internacional Convencional, advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno de los Estados, relativas a la prescripción de los delitos ordinarios, suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues puede impedir el enjuiciamiento y castigo de los responsables de esos crímenes, estimó necesario legislar en ese nivel, asentando el principio de imprescriptibilidad de esa categoría de crímenes nefastos, a través de la denominada "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad",

Que, si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados "como elemento material de ésta- y la "opinio iuris" internacional.

Que, en orden al primero de estos elementos, cabe desde luego enfatizar que nuestro país no ha sido "objeto persistente" del principio de imprescriptibilidad, figura mediante la cual un Estado, por actos positivos e inequívocos, se opone no al nacimiento de la costumbre internacional, pero sí a su vinculación con esa norma. Chile no ha sido objeto persistente, sin que pueda calificarse como tal su renuencia a vincularse al tratado pertinente, actitud que lo desvincula del instrumento convencional, pero no de la costumbre internacional, en su caso.

Que la consagración de la norma convencional sobre imprescriptibilidad, adoptada en 1.968, se basó, entre otros motivos, en la inexistencia a la sazón de instrumentos que prescribieran limitaciones en el tiempo para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (consideración 3ª del Preámbulo), referencia demostrativa del grado de conciencia adquirido ya en esa época por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Acerca de la vital importancia asignada por la comunidad internacional al tema de la represión efectiva de estos hechos tan brutales y de la necesidad de "prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos" (consideración 5ª del Preámbulo) asegurando la

"aplicación universal" del principio de imprescriptibilidad (consideración 7ª), que, evidentemente, formaba ya parte, en aquel tiempo, del acervo cultural del mundo civilizado.

Que la "universalidad" del principio de imprescriptibilidad, predicada en la Preámbulo de la Convención de 1.968, es demostrativa del carácter puramente declarativo que el instrumento internacional asigna a esa institución, el que se refuerza a partir de la simple lectura de su artículo I, en cuanto precisa que los crímenes de guerra (letra a) y de lesa humanidad (letra b) "son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido".

En otras palabras, la Convención no se limitó a enunciar esta regla, sino que a afirmarla, mediante su positivación, ya que ella operaba ya a la fecha como derecho consuetudinario internacional. Así, por lo demás, se evidencia en los trabajos preparatorios de la Convención, como queda de manifiesto en los Informes de la Comisión de Derecho Internacional y en la Resolución 3 (XXII), aprobada por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución 1.158 (XLI), de 5 de agosto de 1.966 y Resolución (XXIII) de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1.967.

Es en virtud de esta eficacia declarativa que la mentada Convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad, la que da cuenta de esa característica "que justificó por lo demás la condenación de abominables crímenes cometidos por los jerarcas nazis incluso antes de quedar definido, en 1.945, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg- representa una costumbre internacional vinculante aplicada ya desde casi 30 años antes de los sucesos pesquisados en este juicio, lo que confiere a dicha fuente del derecho internacional la duración que le proporciona sustento como elemento material suficiente de la misma."

Que, en relación a todo lo expuesto, agregaría que dicha vinculación para los jueces proviene, tanto de dicho texto constitucional, como de lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, pero, en todo caso, por el deber primero de proteger a los ciudadanos y hacer honor al juramento con el que se asume el ejercicio de un ministerio tan sagrado, como es el de administrar justicia.

De existir alguna duda sobre el sentido y alcance de la norma del inciso 2º del artículo 5º de la Constitución de 1980, es útil resaltar las palabras expresadas por Jaime Guzmán Errázuriz, al interior de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el que sugirió la redacción de dicho inciso en la forma siguiente: "La soberanía no reconoce otra limitación que los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana".

Dicha idea la reafirma también Enrique Ortúzar Escobar, en la misma Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, al afirmar: "Que de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile, reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos".

Como lo afirma Cecilia Medina, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la interpretación de la enmienda al artículo 5º de la Carta Fundamental es que la limitación que impone se refiere a los derechos esenciales de la naturaleza humana, cualesquiera que ellos sean y no a aquellos derechos que están consagrados en la propia Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. (El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En Sistema Jurídico y Derechos Humanos Ed. Universidad Diego Portales, Nº 6, septiembre de 1996, pág.62 y siguientes).

Dicha afirmación la sustenta en que si el antiguo inciso 2º disponía: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", mal pudo la nueva enmienda constitucional, cuya finalidad fue fortalecer los derechos humanos, debilitar dicha limitación a la soberanía sólo a ciertos derechos esenciales.

La enmienda constitucional tuvo por objeto reforzar el avance de los derechos humanos, al establecer "como deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos" e igualar los derechos humanos contenidos en la Carta Fundamental con los incluidos en los tratados internacionales.

La vigencia internacional y nacional de los cuerpos legales antes citados, los hacen directamente aplicables por las autoridades del Estado, entre ellas, el Poder Judicial pues, de lo contrario, como se ha dicho, se compromete la responsabilidad internacional de nuestro país y ello posibilitaría que cualquier Estado reclame el juzgamiento de la conducta omitida de sanción.

En conclusión, el suscrito es firme partidario de la aprobación, cuanto antes, de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, por los órganos constitucionales de nuestro país, ya que el retardo en hacerlo aparecería injustificable ante el resto de la comunidad internacional."

5.4) Del profesor Luis Ortiz Quiroga, que expresa lo que sigue:

“I Concepto.-

El artículo 2 de la Convención define la desaparición forzada como cualquier forma de privación de libertad llevada a cabo por agentes del Estado, o bien, por terceros que actúan con autorización o tolerancia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida.

Se trata de un delito pluridefensivo que puede afectar no solo la libertad ambulatoria sino también la salud, la integridad corporal, la intimidad, el patrimonio. Se trata de un delito especial, esto es de sujeto activo calificado que sólo puede ser cometido por agentes del Estado, o bien, por personas o grupos de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia. Se trata de una figura evidentemente dolosa cuyos contornos típicos están precisados adecuadamente.

II La desaparición forzada y la ley penal actualmente vigente en Chile.-

Normalmente esta conducta ha sido castigada como secuestro, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Penal que, en este caso, sería constitutivo de crimen por lo que la acción penal emanada de el prescribe en el plazo de 10 años a contar desde la fecha del cese del estado de antijuridicidad, esto es, el momento en que la privación de libertad ha cesado, o bien, desde que hay pruebas fehaciente que la víctima ha fallecido.

El tipo penal del artículo 142 recoge sólo parcialmente los extremos objetivos de la conducta constitutiva de “desaparición forzada”, presentando diferencias fundamentales en los nuevos verbos rectores descriptivos del comportamiento punible los sujetos activos aptos para consumar la infracción y en la concurrencia de circunstancias que predicen y complementan dicho comportamiento (negativa de reconocimiento de la privación de libertad o del ocultamiento del paradero de la persona desaparecida). A su respecto se “aplica las reglas generales en materia de proceso de desarrollo de un delito y participación criminal castigándose no sólo el delito consumado sino también el tentado y frustrado y, no sólo a los autores sino también a los cómplices y encubridores.

III La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.-

La desaparición forzada de personas en casos aislados constituye un crimen o simple delito común. Sin embargo deviene en “crimen de lesa humanidad” cuando se lleva a cabo mediante prácticas generalizadas o sistemáticas (artículo 5 de la Convención), circunstancia que, de acuerdo a los principios de derecho internacional convierte esta infracción en un delito imprescriptible con las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable.

IV Obligaciones que asume Chile con la ratificación del Convenio.-

Son numerosas, pudiendo distinguirse entre aquellas de naturaleza jurídico penal y otras simplemente administrativas. Entre las primeras, a su vez, cabe distinguir las de índole sustantiva y aquellas de naturaleza procesal.

Entre las obligaciones vinculadas con la normativa penal de carácter sustantivo podemos mencionar:

(i) Tipificar la desaparición forzada como delito autónomo el que, para los efectos de coherencia, debería ser semejante a aquel que comprende la definición prevista en la Convención en el artículo 2.

(ii) Introducir modificaciones en las normas sobre participación criminal en estos delitos en relación con la obediencia debida como causal de exención de responsabilidad, de acuerdo a las pautas señaladas en los números 1 b) y c) N° 2 del artículo 6 de la Convención. El acogimiento del precepto señalado en nuestra legislación implica una excepción a las reglas que el Código de Justicia Militar establece para la llamada obediencia debida en sus artículos 214 y 335.

(iii) Fijar en materias de prescripción de la desaparición forzada un lazo prolongado proporcionado a la extrema gravedad de este delito; el que debe contarse a partir del momento en que ésta cesa la desaparición forzada.

(iv) El artículo 22 de la Convención exige que cada Estado parte tome las medidas necesarias para prevenir y sancionar dilaciones o la obstrucción a los recursos destinados a que la autoridad judicial resuelva sin demora la legalidad de la privación de libertad del afectado, ordenando su liberación inmediata en caso que la medida fuera ilegal (la Convención se refiere a las impugnaciones previstas en el inciso f) del párrafo 2 del artículo 17 y en el párrafo 2 del artículo 20.

En la letra c) de ese mismo precepto se ordena castigar “la negativa de proporcionar información sobre una privación de libertad o el suministro de información inexacta conocida como tal cuando se cumplen las condiciones establecidas por la ley para proporcionar dicha información”.

Estas dos conductas, a mi entender, son lo suficientemente graves como para considerarlas un ilícito penal, por lo que deberían dar origen a sendos tipos que deberían insertarse en el párrafo cuarto del título tercero del Código Penal, que se refiere a los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución.

Creemos que el incumplimiento de la obligación de registrar toda privación de libertad, o su registro inexacto a que se refiere la letra b) del mismo artículo 22 tienen un carácter meramente administrativo por lo que la prevención y sanción debería ser de esa naturaleza y no penal.

(v) Por último, el artículo 25 establece una obligación de los Estados Parte para prevenir y sancionar la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada y otros casos semejantes a que se refiere la letra a); además, la falsificación, el ocultamiento o la destrucción de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños víctimas de una desaparición forzada a que se refiere la letra anterior.

La primera de estas alternativas conductuales – apropiación de niños sometidos a desaparición forzada– no está reconocida en nuestra legislación y dada su especial identidad que la hace diferente a una detención o secuestro puro y simple, haría necesaria la creación de un tipo penal específico. La segunda alternativa en cambio (falsificación, ocultamiento o destrucción documentaria) podría ser captada, aunque de manera imperfecta entre los delitos de falsedad y/o de obstrucción a la justicia.

Como puede advertirse, la tarea que en materia legislativa impone la aprobación de la Convención no es menor lo que requerirá de un estudio acabado y prolijo.

Desde el punto de vista procesal los compromisos son más numerosos todavía:

(i) Tomar las medidas apropiadas para investigar las conductas constitutivas de este delito (artículo 3).

(ii) Reconocer a las víctimas el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción de la acción penal

(iii) Someter el caso a las autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal cuando no se ha hecho entrega del culpable vía extradición o entrega directa a otro Estado, o bien su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido.

(iv) Velar para que todo afectado por estos delitos tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes para que la investigación sea efectiva previendo y sancionando los actos que obstaculizan el desarrollo de las investigaciones (artículo 12).

(v) Considerar que la desaparición forzosa no será considerada como delito político para los efectos de extradición. Aun más, de acuerdo al numeral 2 del artículo 13 este ilícito debe considerarse comprendido de “pleno derecho” en todo tratado celebrado entre Estados Partes, aún antes de la entrada en rigor de la Convención.

(vi) Obligación de reserva. El artículo 19 señala que las informaciones personales, incluyendo datos médicos o genéticos que se obtengan en el marco de la búsqueda de una persona desaparecida, no pueden ser revelados con fines diversos a dicha búsqueda sin perjuicio de la utilización que puede hacerse de estas piezas en un procedimiento penal relativo al descubrimiento del delito de desaparición forzada o en el derecho a obtener reparación.

Por último, en el ámbito administrativo la Convención impone diversas obligaciones a cada Estado Parte destinadas a cumplir de manera eficaz su normativa sustantiva. En algunos casos éstas son imperativas y en otras tiene el carácter de simples consejos las que, por su diversidad y considerable número, no vale la pena mencionar para los efectos de esta minuta.

(vii) A nuestro juicio el proyecto de acuerdo en virtud del cual se aprueba la “Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas”, constituye la concreción de una larga aspiración de diversas naciones y juristas a fin de sancionar de manera efectiva y con la severidad que corresponda conductas inhumanas despiadadas. Constituye un paso sustancial en la defensa de los derechos humanos contribuyendo a terminar, o al menos hacer más difícil la impunidad de los responsables.

El análisis de la Convención permite sostener que en ellos no hay renuncia a la jurisdicción nacional; ni existen disposiciones que de alguna manera contravengan nuestra Constitución política ni su legislación nuclear.

En suma, me permito hacer presente a esa Honorable Comisión mi parecer favorable a la aprobación del acuerdo que se somete a la decisión del Senado de la República. Para que ello se concrete debidamente, sin embargo no bastará con la simple aprobación de la Convención sino que deberá, en un plazo prudente llevarse a cabo la adecuación legal de los compromisos que se contraen con su ratificación.”.

5.5)- Del señor Hernán Salinas Burgos, Profesor de Derecho Internacional Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, que señala lo siguiente:

“1º El referido tratado no se encuentra en la actualidad vigente. En efecto, a la fecha sólo es Estado Parte de dicho instrumento internacional, Albania, estipulándose en su texto que éste entrara en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas(art. 39 N° 1).

2º En el Mensaje que da cuenta del Tratado aludido, se señala textualmente: “Si bien la Convención no contiene una norma expresa en cuanto a si sus normas se aplican o no respecto de los hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia para cada país que la ratifica, claro es que ésta jamás tendrá efecto retroactivo en virtud de los principios del Derecho Penal y del Derecho Internacional de los Tratados, especialmente las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

Al respecto, cabe señalar, que la propia Convención en informe, establece el carácter continuo del delito de desaparición forzada de personas (art. 8 N° 1.b) y refiriéndose a la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada que crea, indica que ella sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

De esta manera, si bien el citado Comité no tiene competencia respecto de desapariciones forzadas cuyo principio de ejecución ha sido con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención, las demás normas de éste Tratado si son aplicables a desapariciones forzadas que se encuentren la referida situación, por lo cual, estimo que la Convención puede tener una aplicación retroactiva.

Ahora bien, el instrumento internacional en informe, no prohíbe la formulación de reservas. Así, a fin de impedir la retroactividad en la aplicación de la Convención y en conformidad con las normas del Derecho Internacional, en particular, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, del cual Chile es Parte, es procedente la formulación de una reserva al artículo 39 de la Convención que

establezca que respecto de nuestro país, ella regirá en la forma estipulada en la referida disposición, sólo respecto de los delitos de desapariciones forzadas cuyo principio de ejecución o que se hayan iniciado con posterioridad a su entrada en vigor.

3º En relación a las declaraciones que el Mensaje propone, el suscrito comparte en su formulación, proponiendo, que se agregue otra en conformidad a lo dispuesto en el Artículo 42 N° 2, en que se sustraiga las eventuales controversias respecto de la interpretación y aplicación de la Convención, que eventualmente pudieren surgir entre nuestro país y otros Estados Partes, a un mecanismo jurídico y, por tanto, vinculante de solución de controversias, ya sea arbitral o ante la Corte Internacional de Justicia. De esta manera, las eventuales controversias que pudieren surgir quedarían sujetas a mecanismos de solución pacífica de las controversias, de carácter político o diplomático, facilitadores de un arreglo pero no obligatorios.

La conveniencia de esta Declaración la estimo particularmente pertinente, teniendo en consideración, la formulación de una reserva como la que ya se ha expuesto. Asimismo, la Declaración responde a una política de nuestro país en la materia, la que se ha manifestado en forma similar, en otros instrumentos internacionales, como por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura.

4º La Convención no define a la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad o de lesa humanidad (art. 5). Reflejando el estado actual del Derecho Internacional, sólo lo define como tal en el caso de una práctica generalizada o sistemática, con lo cual es congruente con el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Lo anterior, se ve confirmado al no declarar el delito como imprescriptible (art. 8).

5ª Por último, del texto de la Convención se colige que éste no es un instrumento de carácter self-executing y, por lo tanto, requerirá para su plena aplicación en nuestro ordenamiento jurídico interno de medidas legislativas de implementación. Asimismo, será necesario la adecuación de ciertas de nuestro ordenamiento a las disposiciones de la Convención, como por ejemplo, en materia de no admisión de la eximente de obediencia debida.”.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL Y EN PARTICULAR

Al inicio del debate, hizo uso de la palabra el Subsecretario General de la Presidencia, señor Edgardo Riveros, quien señaló que esta Convención tiene como antecedente la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del año 1992, la que enfatiza la gravedad del delito de desaparición forzada.

Seguidamente, reseñó el Convenio. Al respecto, destacó que se define la desaparición forzada como un delito cometidos por agentes del Estado o autorizados por éste, seguido de la negativa de dicha privación de libertad. Agregó que el texto señala cuándo la desaparición puede ser crimen de lesa humanidad. Especificó que la responsabilidad es personal, y que el Tratado señala las acciones constitutivas del tipo y la jurisdicción sobre estos actos.

Expresó el señor Subsecretario que la Convención crea un Comité contra la Desaparición Forzada, el cual opera luego del agotamiento de las vías internas. Añadió que se consagra también la irretroactividad de las actuaciones del Comité, ya que sólo se extiende a las acciones que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención.

Resaltó que es importante estar entre los primeros veinte países que ratifiquen el Convenio, toda vez que, de esa forma, se podría integrar el mencionado Comité.

A continuación, el Director Jurídico de la Cancillería, señor Troncoso, indicó que esta Convención nació frente al drama de las violaciones a los derechos humanos, ocurridas en América Latina en los años setenta. Añadió que, en dicha época, las desapariciones forzadas se convirtieron, por desgracia, en una práctica habitual.

Agregó que el compromiso es consagrar en la legislación interna de cada país esta situación como un delito. Indicó que esta materia es competencia también de la Corte Penal Internacional.

Destacó que el Convenio contempla la existencia de reglas procesales de cooperación entre los Estados, a fin de impedir la ocurrencia de estos hechos y, si no fuere posible impedirlos, evitar su impunidad.

Seguidamente, el Honorable Senador señor Romero planteó la necesidad de escuchar a especialistas en derecho penal así como a instituciones relacionadas con el tema, porque esta materia forma parte de una red de asuntos relacionados entre sí, como lo es, por ejemplo,

el denominado Tratado de Roma, razón por la cual es preciso conocer en profundidad cómo se relacionan entre sí y como operan. Explicó que está estudiando a fondo los tipos penales del Tratado de Roma y le interesa tener una perspectiva común de ambos tratados.

Agregó que tiene interés en avanzar en la aprobación de ellos, pero le preocupa que elementos exógenos interfieran con su análisis, por ello estimó que hay que mirarlos desde una perspectiva de política de Estado.

Si bien anticipó una posición favorable a su discusión, desea escuchar opiniones de expertos, pues el debate de ambos tratados debería llevar a definiciones de legislación interna.

Por su parte, el Honorable Senador señor Muñoz Barra manifestó que el Convenio a primera vista motiva a su aprobación, por experiencias cercanas que se tocan con esta iniciativa, sin perjuicio de analizarlo a la luz de otros Tratados.

El Honorable Senador señor Gazmuri coincidió con la idea de escuchar a especialistas en la materia, a fin de ilustrar la discusión y resolver de mejor forma.

En la siguiente sesión, el Profesor del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, señor José Zalaquett, complementó el informe que hiciera llegar con anterioridad, indicando que el concepto de desaparición forzada se acuñó a principios de los años setenta, aún cuando el fenómeno se había conocido como una práctica de represión política en Guatemala en los años sesenta. Añadió que la expresión se tomó en atención a los recursos judiciales masivos presentados en esa época por la Vicaría de la Solidaridad. Indicó que luego el concepto se difundió y se popularizó, pues hubo una declaración de Naciones Unidas sobre el particular, sin fuerza vinculante, en el año 1992, y luego una Convención Interamericana sobre la materia, que Chile suscribió el año 1994, pero que no ha ratificado. Reiteró que este Convenio de Naciones Unidas tiene carácter universal y no regional.

Señaló que, por una vía indirecta, por medio de la aplicación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que opera para hechos cuyo principio de ejecución se hubiere producido después de 1990, según la reserva planteada por Chile, se puede abarcar la desaparición forzada mediante un conjunto de otras conductas, dado que la desaparición forzada es un concepto criminológico, no jurídico. Añadió que es una conducta compleja, pues involucra la perpetración de algunos delitos asociados con el secuestro o el arresto o detención ilegal, y la denegación de justicia, de recurso judicial, sabiendo, además, con alta probabilidad que con esta conducta se involucran también la perpetración de otros delitos como el

homicidio calificado y la tortura. Sin embargo, no se puede tener la certeza legal mientras no se esclarezca la verdad por completo. A este fenómeno complejo se le ha querido caracterizar como crimen en si mismo. Por ello cada país debe atender a su propia legislación para deslindar situaciones, con el objeto de que no se topen con otros delitos como secuestro, u otras figuras penales, razón por la cual el artículo 2 ha sido redactado de modo muy genérico, para contemplar todas las situaciones posibles.

Manifestó que si Chile llegara a ratificar esta Convención, por la obligación del artículo 4 de tipificar en sus leyes penales internas este delito, dentro de los parámetros que señala el artículo 2, tendría que desarrollar una técnica legislativa apropiada para hacerse cargo de estas dificultades dado que es una conducta compleja y que puede abarcar varios delitos.

Hizo presente que esta instancia es incompatible con el sistema interamericano, porque podría producirse una situación similar a la litis pendencia, aún cuando hay matices de diferencia.

Señaló que nos encontramos frente a un fenómeno que se ha extendido mucho en el mundo, que también existió en Chile, y que mediante la Convención se podría prevenir su repetición. Agregó que la Convención establece parámetros demasiado generales, lo que, en su opinión, está bien, a fin de dar margen a los Estados que deben adaptar su legislación. Observó que, en su momento, cuando el Estado de Chile cumpla con esa obligación deberá prestar especial atención a los aspectos técnicos.

A continuación, el Profesor de Derecho Internacional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Hernán Salinas, coincidió con las apreciaciones del profesor Zalaquett, y complementando también el documento que hiciera llegar a la Comisión, señaló en primer lugar, que el Convenio reconoce en su artículo 8, número 1, letra b, que este delito tiene un carácter continuo.

Enseguida, indicó que este Tratado no es retroactivo, por las normas de la Convención de Viena. Sin embargo, expresó que la naturaleza misma de delito continuo puede hacer que sea aplicado a situaciones que hayan tenido su principio de ejecución con anterioridad a la entrada en vigor del mismo. Reiteró que, si bien la Convención nada dice al respecto, establece que el Comité, que es el órgano creado por este instrumento, no puede referirse a situaciones de desaparición forzada que hayan ocurrido con anterioridad a su entrada en vigor. Insistió en que el resto de la normativa de la Convención nada dice sobre el particular.

Agregó que frente a esta situación, que ha surgido también en otro tipo de convenciones que Chile ha ratificado, es conveniente formular una reserva. Añadió que el Tratado no prohíbe la formulación de las

mismas, por tanto, podría formularse una que aclare que la Convención no puede ser aplicable a delitos de desaparición forzada cuyo principio de ejecución sea anterior a la entrada en vigor de la misma, lo que no iría, en su opinión, contra el objeto y fin del Convenio.

Enseguida, en lo que dice relación con materias de solución de controversias, expresó que el artículo 42 establece que los conflictos que puedan eventualmente surgir entre Estados Parte con motivo de la aplicación e interpretación de la Convención, pueden ser sometidos a un procedimiento arbitral y, en el caso que no sea posible ello, establece un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia. Advirtió que, no obstante, en el número 2 del mismo artículo se permite una declaración a fin de sustraerse de dicha obligación. Destacó que, respondiendo a la práctica chilena al respecto, no le parece conveniente vincularse a un procedimiento obligatorio de solución de controversias en esta materia, en primer lugar, teniendo presente el carácter mismo de la Convención; en segundo término, por la eventual presentación de una reserva que pudiera ser discutida por algún Estado, y, en tercer lugar, no responde a la práctica chilena, pues si se analizan varias convenciones del ámbito de los derechos humanos, y en particular la Convención contra la Tortura, que se encuentra muy vinculada a ésta, Chile ha hecho declaración de reserva, para excluir la aplicación de estos procedimientos obligatorios. Añadió que si bien se retiraron un conjunto de reservas que se habían formulado durante el gobierno militar a la mencionada Convención, no se retiró ésta.

Hizo presente que la presente Convención no se encuentra vigente, y ha sido ratificada por un solo Estado, Albania. Preciso que necesita la ratificación de veinte Estados para entrar en vigor. Aclaro que ello se entiende porque es una convención relativamente reciente, y debe ser sometida a los procedimientos legislativos de aprobación en cada país, o porque no se encuentra dentro de las prioridades políticas de esas naciones.

Indicó que la Convención no es autoejecutable y por lo tanto va a requerir de implementación en el derecho interno chileno.

Luego, se refirió al tema de la obediencia debida, señalando que hay normas de la Convención que están en pugna con la normativa nacional, específicamente, la obediencia debida que está tratada en el Código de Justicia Militar, pues no responde a los estándares que propone la Convención, y por lo tanto deberá adecuarse el derecho interno en la materia, sobre todo teniendo en consideración que el delito de desaparición forzada es un delito que puede cometerse tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz.

El Ministro señor Viera Gallo, por su parte, señaló que agradece el trámite que la Comisión ha dado a esta iniciativa y precisó que la voluntad del Gobierno es lograr que el país se pueda enmarcar

definitivamente en la normativa internacional sobre derechos humanos. Agregó que ello se ha manifestado en la aprobación que el Congreso ha dado a varios proyectos, entre ellos, dos Protocolos sobre pena de muerte, este proyecto y el Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura, además de buscar fórmulas de adhesión a la Corte Penal Internacional. Enfatizó que si eso fuera así, podría decirse que nuestro país ha incorporado los instrumentos más importantes en materia de derecho internacional sobre derechos humanos.

Señaló que cuando se presentó la ratificación de la Convención Americana sobre esta materia se produjo una disputa al interior de la Cámara de Diputados, y por una serie de factores no se logró su aprobación. En cambio, al presentarse a discusión este tratado, hubo una reflexión posterior y obtuvo una alta votación en la Cámara de Diputados.

Agregó que otro punto que hay que tener presente es su relación con el Tratado de Roma. Al respecto, afirmó que tal vez uno de los motivos por los cuales este Tratado no ha tenido tanta ratificación a nivel internacional, es que esta situación fue un fenómeno que ocurrió en América Latina, motivo por el cual la Convención Interamericana tiene más ratificaciones, salvo Brasil y Chile.

En tercer lugar, indicó que los Estados que han ratificado la Corte Penal Internacional, ya más de cien, están incorporados a todo un sistema que considera a la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad. Advirtió que hay una distinción importante, porque hay casos de desaparición forzada que son crímenes normales entre comillas, y hay casos de desaparición forzada, como se ha explicado, que son crímenes de lesa humanidad, que constan de una generalización o sistematicidad, en este último caso aunque no sea demasiada gente, pero siempre que sea preciso y constante, y enfocados a una etnia o grupo definido.

Manifestó que como país debemos ratificar esta Convención y la Convención Interamericana. Añadió que luego de aprobada esta Convención hay que tipificar el delito de desaparición forzada como uno de los delitos constitutivos de crímenes de lesa humanidad, para lo cual ya están los proyectos en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Informó que los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia están trabajando, en conjunto con el profesor señor Cury, para hacer una indicación que permita llegar a un acuerdo sobre el tema. Preciso que las diferencias que existen son técnicas, no políticas, y dicen relación con la entidad de esta infracción a la ley penal y la necesidad de su incorporación.

Estimó que sería una buena señal que Chile diera este paso, porque como señaló el profesor Zalaquett, hubo antecedentes que estas conductas se difundieron en América Latina, y sería bueno que nuestro país estuviera a la vanguardia en esta materia.

Sobre la posibilidad de formular una reserva, expresó que el Ejecutivo tendría que estudiarlo, porque entiende que en el derecho internacional los tratados rigen para el futuro, tal como lo explicaron el señor Subsecretario y el Director Jurídico de la Cancillería. Depende mucho la conclusión a que se llegue por la relación entre el artículo 42 y el Estatuto de Roma.

El Honorable Senador señor Romero observó que todas las materias antes indicadas deben ser abordadas en conjunto, tanto la Corte Penal Internacional como estas Convenciones, porque están ligadas, y con el fin de evitar enfoques distintos y decisiones diferentes, propuso hacer un esfuerzo para estudiarlos en conjunto y definirlos técnicamente.

Afirmó que las observaciones que han hecho los profesores que han expuesto ante la Comisión, y también los que han enviado sus apreciaciones acerca de esta Convención, le parecen muy de fondo y ameritan una reflexión.

Manifestó que el tema de la retroactividad es un tema importante, que debiera enfrentarse no sólo en este caso, sino también en el de la Corte Penal Internacional, motivo por el cual debe hacerse un trabajo conjunto, así como también la definición en el derecho interno de una serie de delitos, a fin de que exista entre todos estos cuerpos legales la debida concordancia.

El Subsecretario señor Riveros, señaló que en lo que dice relación con la irretroactividad no tiene dudas que se aplica el artículo 28 de la Convención de Viena y el artículo 35, N° 1, que señala que la competencia del Comité sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención.

Indicó que esta Convención forma parte de un contexto de convenciones para los países europeos. Añadió que esta Convención, en principio, carece de importancia para los europeos porque ellos son parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como la mayor parte de los Estados de América. Enfatizó que esto también evidencia la necesidad de participar como Estado en este circuito de protección de derechos humanos.

El Honorable Senador señor Larraín manifestó que claramente existe una relación entre este Tratado y el de la Corte Penal Internacional, razón por la cual sugirió estudiar estos tratados en conjunto, priorizando el Estatuto de la Corte Penal Internacional, y luego aprobar los demás que sean consecuencia del mismo.

El Ministro señor Viera Gallo concordó en que sería una buena solución.

La Comisión y el Ejecutivo, representado por el Ministro señor Viera Gallo, acuerdan resolver, en un trabajo conjunto, en primer lugar la tipificación de los delitos prescritos por las Convenciones antes mencionadas; luego la reforma constitucional que habilita para suscribir el Tratado de Roma; después, el Tratado de Roma (Estatuto de la Corte Penal Internacional), y finalmente esta Convención.

El profesor Zalaquett precisó que en materia de retroactividad coincide con calificar el secuestro o desaparición como un delito continuado que cesa sólo con la muerte o la liberación de la persona. Añadió que se genera un problema, y es que si la decisión es que no tenga efecto retroactivo, para mayor seguridad cualquier reserva o declaración que se haga procedería. No obstante, advirtió que aún así la Corte Interamericana de Justicia, en el denominado caso Almonacid, estableció su jurisdicción, pero no por el asesinato, porque respecto de éste su principio de ejecución era del año 1973 ó 1974, sino que por un artículo que señala que tiene derecho a un recurso judicial, el cual le fue negado. Indicó que en esta Convención esa norma no tendría aplicación, bastaría con la reserva porque no es un procedimiento contencioso.

Agregó que la diferencia del Estatuto de Roma con esta Convención, más allá de su relevancia o jerarquía, es que el primero es de derecho penal sustantivo y también procesal porque establece un tribunal. En cambio, en esta Convención se establece una supervisión del cumplimiento del tratado, pudiendo el Estado incumplir sus obligaciones contraídas.

Además el tipo de desapariciones de que se ocupa la Convención es crimen contra la humanidad o crimen a secas, porque puede no ser sistemático o masivo. No se requerirá el agotamiento de recursos internos o la demostración de que no hay disposición para juzgar para acudir a la jurisdicción internacional, sino que si se produce la desaparición, independientemente de los recursos internos, se puede presentar un reclamo ante el organismo que establece el instrumento internacional en estudio.

El Honorable Senador señor Gazmuri consultó si una eventual reserva sobre el tema de la irretroactividad podría interferir respecto de la interpretación que han dado nuestros tribunales a la figura del secuestro.

El profesor señor Zalaquett respondió que se establece con respecto al principio de ejecución, del mismo modo que se hizo en tiempos del ex Presidente de la República señor Aylwin respecto de

la Convención Americana de Derechos Humanos, el principio de ejecución no significa el término del delito continuado sino su comienzo.

El Honorable Senador señor Larraín precisó que entendía que de haber una reserva inhibiría a la Corte o al ente que el tratado establece para ver su competencia, pero no la de nuestros tribunales.

El profesor señor Salinas expresó que la irretroactividad está salvada por el texto de la Convención, en cuanto a la competencia del Comité, porque hay una norma expresa que dice que el Comité no puede conocer de situaciones que hayan tenido su origen con anterioridad a la entrada en vigor.

Indicó que ese no es el problema, sino la aplicación de las demás disposiciones, por eso lo vinculó al tema de la declaración en cuanto a aceptar la competencia de la Corte Internacional de Justicia, porque puede surgir una controversia en relación con la calificación del delito o en cuanto a la reserva que haya formulado Chile al respecto, ya que cualquier Estado podría llevar a Chile a un procedimiento jurídico obligatorio por este tema. Por ello, opinó que no es conveniente quedar vinculado a un procedimiento obligatorio.

Agregó que en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados no existía esa posibilidad y era muy localizado respecto del *jus cogens*. Añadió que, en todo lo demás, no había jurisdicción obligatoria, mientras que aquí implica darle jurisdicción obligatoria a la Corte o a un tribunal arbitral respecto de todas las disposiciones de la Convención, salvo el tema del Comité. Preciso que ello no es irrelevante, pues hay disposiciones como obediencia debida y responsabilidad superior, entre otras, que son sustantivas, no de procedimiento.

El Subsecretario señor Riveros, refiriéndose a la consulta del Honorable Senador señor Gazmuri, señaló que es muy pertinente, porque en la vigencia internacional de esta Convención y la invocación a un órgano internacional está totalmente resuelto el problema de la irretroactividad, porque el artículo 35, N° 1, aludido por el profesor Salinas, sobre la competencia del Comité estaría resuelto por la Convención de Viena. Por ello, si se hace una reserva cuesta imaginar otro efecto que su aspecto interno, de ahí que sea muy delicado.

Sobre lo anterior, el señor Troncoso explicó que no hay intención de alterar el statu quo, porque actualmente hay una jurisprudencia mayoritaria en la Sala Penal de la Corte Suprema, referida a hechos ocurridos en Chile entre los años 1973 y 1990. Preciso que dicha jurisprudencia señala que delitos como el secuestro, tipos de desaparición forzada y otros, son imprescriptibles y no se les puede aplicar la amnistía. Añadió que en virtud de esa jurisprudencia han sido condenados una serie

de personas que han sido encontradas responsables en juicios individuales. Esa es la situación actual. Estimó que es una materia muy delicada porque es preciso analizar cuál es el efecto que podría tener una norma como esta en la aplicación de la jurisprudencia.

El Honorable Senador señor Larraín señaló que no se debe modificar la tesis de los tribunales chilenos para seguir investigando esos delitos. Aclaró que lo que se quiere evitar es que respecto de esos hechos pudiese tener competencia el Comité, a raíz de la firma del Tratado, y respecto de esa eventualidad debería hacerse una reserva, la que reiteró no priva de competencia a los tribunales chilenos.

El profesor Salinas manifestó que no formular una reserva puede ser complicado, porque si bien no se le da competencia al Comité, hay normas que harían caer la responsabilidad del Estado en situaciones anteriores. El artículo 6 establece una obligación clara para el Estado, no para llevar al Estado al Comité, que no tiene competencia, pero si a un procedimiento obligatorio de solución de controversias, o bien cualquier Estado podría hacer la denuncia ante cualquier foro internacional por no haber cumplido el Convenio, aplicando normas de la responsabilidad internacional del Estado.

En otro orden de materias, indicó que la Convención no define el delito de desaparición forzada como crimen contra la humanidad, porque incluso dice que puede ser prescriptible, lo que es crimen contra la humanidad es si esta conducta es grave, sistemática o masiva, pero cuando es aislado no sigue estas reglas.

El profesor Zalaquett discrepó de lo expresado por el profesor Salinas, en cuanto al alcance del artículo 6, pues a su juicio, dicha norma es una continuación de los artículos 4 y 5, en el sentido que entrega parámetros para la tipificación.

- - -

Posteriormente, la Comisión resolvió no solicitar la formulación de reservas a los artículos 35 y 42.

Respecto del artículo 35, fundamentó su decisión en los siguientes aspectos:

- 1) El propio artículo 35 establece que la competencia del Comité "sólo se extiende a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención". Por tanto, el Comité no tiene competencia sobre hechos anteriores.

2) El artículo 28 de la Convención de Viena, ratifica lo anterior al disponer que:

“Las disposiciones de un tratado no obligarán a un parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.”.

Es decir, establece el principio de irretroactividad de los tratados. En consecuencia, la Convención en estudio no se aplica con efecto retroactivo.

3) Además, hay que tener presente que el contexto en el cual se estudió el Convenio, cuando se pidió formular una reserva al mismo, era distinto. En efecto, en esa época no había sido ratificado el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, ni se había dictado la ley N° 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, que norma, en su artículo 6°, la desaparición forzada.

En el caso de la ley N° 20.357, que tipifica, entre otros, el delito de desaparición forzada (dando cumplimiento a una de las obligaciones que genera el Convenio), su artículo 44 establece en su parte final que “las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia.”. Es decir, reafirma el principio de irretroactividad.

Por las razones antes citadas, la Comisión consideró que no era necesario formular una reserva al artículo 35 del Convenio, pues queda claro, a su entender, que la competencia del Comité no opera con efecto retroactivo.

En cuanto al artículo 42, la Comisión señaló que resulta conveniente contar con un mecanismo de solución de controversias, razón por la cual no cree necesario presentar una reserva a la norma antes citada.

El proyecto de acuerdo fue aprobado, en general y en particular, por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señores Gazmuri, Larraín, Pizarro y Romero.

- - -

En consecuencia, vuestra Comisión de Relaciones Exteriores tiene el honor de proponeros que aprobéis el proyecto de acuerdo en informe, en los mismos términos en que lo hizo la Honorable Cámara de Diputados, cuyo texto es el siguiente:

PROYECTO DE ACUERDO:

"Artículo único.- Apruébase la "Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de diciembre de 2006."

- - -

Acordado en sesiones celebradas los días 1 y 15 de julio de 2008, y 28 de julio y 4 de agosto de 2009, con asistencia de los Honorables Senadores señores Jorge Pizarro Soto (Presidente), Jaime Gazmuri Mujica, Hernán Larraín Fernández, Roberto Muñoz Barra y Sergio Romero Pizarro.

Sala de la Comisión, a 4 de agosto de 2009.

JULIO CÁMARA OYARZO
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISION DE RELACIONES EXTERIORES, recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, relativo a la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

(Boletín N° 5.500-10)

I. PRINCIPAL OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: proteger a todas las personas contra las desapariciones forzadas.

II. ACUERDO: aprobado en general y en particular por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión (4x0).

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: artículo único que aprueba el Convenio que, a su vez, tiene 45 artículos.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: el artículo 9 de este proyecto de acuerdo debe ser aprobado con rango de ley orgánica constitucional, por incidir en materias concernientes a la jurisdicción de los tribunales, en cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 54, N° 1); 77, inciso primero, y 66, inciso segundo, todos de la Constitución Política de la República.

V. URGENCIA: simple.

VI. ORIGEN INICIATIVA: Mensaje de S.E. la señora Presidente de la República, enviado a la Cámara de Diputados.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo.

VIII. APROBACIÓN POR LA CÁMARA DE DIPUTADOS: en general y en particular, por 90 votos a favor, ninguno en contra y 7 abstenciones.

IX. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 8 de enero de 2008.

X. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe. Pasa a la Sala.

XI. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA: Ley N° 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

Valparaíso, 4 de agosto de 2009.

JULIO CÁMARA OYARZO
Secretario