NUEVO PRIMER INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, TIPIFICANDO EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

BOLETÍN N° 9818-17

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios viene en emitir un nuevo primer informe sobre el proyecto de ley del epígrafe, de origen en una moción de la diputada señora Clemira Pacheco; de los diputados señores Guillermo Ceroni, Roberto Poblete, René Saffirio, Marcelo Schilling, Leonardo Soto y Guillermo Teillier, y del ex diputado señor Jorge Insunza, que cumple su primer trámite constitucional y primero reglamentario.

Con motivo del tratamiento del proyecto de ley, la Comisión contó con la participación de las siguientes autoridades, expertos y representantes de organizaciones: subsecretaria de Derechos Humanos, señora Lorena Fries; abogado penalista, señor Gonzalo Medina; coordinadora de la Agrupación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Concepción, señora Verónica Heredia; abogado del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), señor Rodrigo Bustos, y la funcionaria de ese organismo, señora María Alicia Salineros; abogados penalistas señores Alex Van Weezel y Enrique Aldunate; abogado de la Biblioteca del Congreso Nacional (BCN), señor Matías Meza; presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, señora Lorena Pizarro; director de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional, señor Antonio Segovia; abogado y asesor parlamentario, señor Jaime Madariaga.

Es necesario puntualizar que este nuevo primer informe obedece a un acuerdo adoptado por los comités en reunión celebrada el 4 de abril, y que fue ratificado por la Sala en sesión de la misma fecha.

I.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS PREVIAS.

1) La Idea matriz del proyecto es tipificar en el Código Penal el delito de desaparición forzada de personas, dando cumplimiento así a obligaciones emanadas de tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile.

2) Normas de carácter orgánico constitucional o de quórum calificado

El artículo 148 E que se incorpora al Código Penal, de acuerdo al numeral 2 del artículo 1 del proyecto, **es de rango orgánico constitucional**, al tenor del artículo 77 de la Carta Fundamental.

3) Trámite ante la Corte Suprema.

En relación con lo expuesto en el punto anterior, la Comisión, mediante oficio N°573, de 15 de marzo de 2017, consultó la opinión de la Excma.

Corte Suprema acerca de una indicación presentada durante la tramitación del proyecto y que incide en la LOC sobre organización y atribuciones de los tribunales.

4) <u>Trámite de Hacienda</u>

No precisa trámite de Hacienda.

5) <u>Votación en general</u>

La Comisión aprobó por unanimidad la idea de legislar. Participaron en la votación los diputados señores Claudio Arriagada, Jaime Bellolio, Juan Antonio Coloma, Hugo Gutiérrez, Tucapel Jiménez, Felipe Letelier, Sergio Ojeda, Diego Paulsen, Roberto Poblete y René Saffirio.

6) <u>Diputado informante</u>

Se designó diputado informante al señor **RENÉ SAFFIRIO**.

II.- <u>ANTECEDENTES GENERALES.</u>

1.- La Moción

La desaparición forzada de personas -expresan los autores del proyecto- constituye una de las más atroces violaciones a los derechos humanos. En Latinoamérica fue una práctica sistemática y generalizada desde la década de 1960, específicamente en Guatemala, y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de los victimarios. Luego, este método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Dada la gravedad que implica, en la década de 1970 surgió la preocupación en la comunidad de naciones por tipificar la desaparición forzada de personas en tratados internacionales, de forma de crear conciencia en los Estados sobre la necesidad de sancionar este ilícito e impedir que se siguiera cometiendo.

Es así como Naciones Unidas emitió en 1992 una Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

En el ámbito latinoamericano, hay que señalar que el 9 de junio de 1994 se suscribió la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. Dicha Convención es un instrumento jurídico propio de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, cuyo objetivo es prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas en el hemisferio. Constituye un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y la vigencia del estado de Derecho.

En Chile, los primeros casos de personas desaparecidas se verificaron el mismo 11 de septiembre de 1973. Tras el bombardeo aéreo del Palacio de La Moneda y la muerte del Presidente de la República, fueron detenidos por efectivos del Ejército todos los sobrevivientes de dicho ataque que se hallaban en el lugar. Esas personas fueron trasladadas al regimiento Tacna de Santiago y constituyen los primeros casos de "detenidos no reconocidos". A este acto represivo se sumaron luego torturas y detenciones masivas, con un saldo de víctimas cuyo paradero se ignora hasta la fecha. Hubo cientos de personas detenidas, torturadas, ejecutadas extrajudicialmente y desaparecidas.

En el contexto del escenario antes descrito se planteó, entonces, el problema de los detenidos-desaparecidos.

Al decir de los autores de la moción, la determinación del total de casos de desaparición forzada de personas en Chile ha sido una tarea difícil, ya sea por el temor de los familiares directos de las víctimas, por información insuficiente o por falta de pruebas y testigos. Además, no se aplicó una metodología idónea para determinar los casos que estaban en una situación limítrofe entre muertos y desaparecidos.

Las primeras cifras bien documentadas sobre la materia comenzaron a fijarse recién en 1978, cuando una publicación de la Vicaría de la Solidaridad reveló 478 casos. Posteriormente, en 1993, el mismo organismo -que trabajó desde el comienzo con los familiares de las víctimas-, consignó un total de 984 personas detenidas desaparecidas, sin considerar los casos de los connacionales detenidos en Argentina, que fueron 80 aproximadamente.

A su vez, la Agrupación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos ha afirmado que, conforme a uno de los últimos listados elaborado en 1993, había un número cercano a los 1.000 casos, incluyendo los chilenos desaparecidos en Argentina. Sin embargo, en 1995 apareció otra nómina, con 1.192 casos.

Los datos que permiten elaborar la estadística de casos sobre personas desaparecidas forzosamente tienen su fuente de información en las siguientes entidades: Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (febrero de1991), listado oficial de la Vicaría de la Solidaridad (noviembre de 1993), y listado oficial de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Chile (AFDD) (septiembre de 1995).

Como se indicó más arriba, en el plano internacional se han realizado importantes esfuerzos para sancionar los atentados contra bienes jurídicos indisponibles para el ser humano, pero falta establecer las medidas adecuadas y la forma en que ellas deben ejecutarse en orden a reprimir eficazmente esta conducta.

Paralelamente, los Estados deben estar preparados para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas, adoptando las medidas legislativas, administrativas, etc., en orden a cumplir con los compromisos asumidos internacionalmente.

La Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 2006, dispone en su artículo 5° que “la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”.

En el plano regional, el artículo 2° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas prescribe que “la Desaparición Forzada consiste en la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.”.

Al tenor de las citadas normas de ambas Convenciones, y considerando la indiscutible relevancia de los distintos bienes jurídicos que se quiere proteger mediante la proscripción de la desaparición forzada de personas, los

autores del proyecto afirman que es indispensable para el Estado de Chile incorporar en el Código Penal este delito, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias y eficientes que permitan dar cumplimiento cabal a los mandatos derivados de los instrumentos jurídicos internacionales atingentes a la materia. Agregan que lo anterior se deriva también de la ley N°20.357, que tipifica los Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y delitos de guerra.

En cuanto a los elementos típicos del delito en cuestión, se trata de un sujeto activo indeterminado, sin perjuicio de la especial relevancia que tiene la calidad de empleado público que ejecuta la conducta ilícita, incluyendo a los civiles que actúen bajo sus órdenes o siguiendo sus instrucciones.

Por otro lado, la tipicidad supone conductas activas y pasivas, es decir, tanto “privar” de libertad -legítima o ilegítimamente- a una persona, como “negarse” a informar o reconocer la privación de libertad o el paradero del ofendido.

Una de las particularidades del proyecto de ley es que incorpora dos figuras calificadas: a) Cuando el hechor tortura a la víctima de desaparición forzada, y b) Cuando el sujeto pasivo fallece.

En cuanto a la consumación del delito, se concibe la figura penal como un delito permanente y, por ende, la actividad típica del hechor solo finaliza cuando se determina fehacientemente el paradero o el destino del sujeto pasivo.

En otro orden de consideraciones, según lo establecido en el artículo 8° de la Convención Interamericana, es menester modificar el Código de Justicia Militar, en términos de excluir expresamente una causal de justificación, como es la obediencia debida, en el caso de la desaparición forzada de personas.

Otra particularidad del tipo penal que se propone estriba en que no se incurre en el tipo penal de revelación de secretos cuando algún un empleado público entrega información sobre el paradero de la víctima y las circunstancias que rodearon su detención, si esos antecedentes permitan determinar la ubicación o destino de la víctima.

Finalmente, los autores de esta iniciativa destacan que ella surgió del trabajo permanente y sistemático con distintas agrupaciones de Derechos Humanos, en especial las agrupaciones de familiares de detenidos desaparecidos, en el convencimiento que constituye un compromiso contra la impunidad ante las violaciones a los derechos humanos. Además, contribuye a prevenir la comisión de este tipo de delitos, que por su extrema gravedad requiere un rol activo del Estado.

2.- Exposición de la autora del proyecto, diputada señora Clemira Pacheco

La diputada señora Pacheco puso de relieve en su exposición algunos antecedentes en que se funda el proyecto. Entre ellos señaló que los primeros casos de detenidos desaparecidos en Chile, luego del Golpe Militar, fueron las personas que se encontraban en La Moneda cuando fue bombardeada la sede de gobierno, ya que después nunca se supo de su paradero. Agregó que los casos de detenidos desaparecidos suman alrededor de 1200. Esta práctica no fue exclusiva en Chile, sino común a varios países, llegando a constituir una cuestión sistemática en Latinoamérica. Los primeros casos se dieron en Guatemala, en la década de 1960, y posteriormente en El Salvador, Argentina, Brasil, Colombia, etc.

El proyecto obedece a la necesidad de incorporar un tipo específico en el Código Penal sobre la desaparición forzada, existiendo a la fecha un vacío sobre el particular. Para ello se tomó como marco de referencia el artículo 2° de la Convención Interamericana sobre detenidos desaparecidos.

Por último, indicó que el 30 de agosto de cada año se conmemora el Día Nacional del Detenido Desaparecido.

3- Estudios de la BCN

A continuación se ofrece una síntesis de dos estudios realizados por la BCN sobre el tema de la desaparición forzada, que fueron entregados al inicio de la discusión general del proyecto, motivo por el cual se incluyen en este capítulo del informe. No obstante, debe dejarse constancia que el autor de ambos estudios, el analista de la BCN señor Matías Meza, expuso su contenido en la sesión del 11 de enero de 2017. El primero aborda el estándar internacional sobre la materia, mientras que el segundo se refiere propiamente al proyecto de ley.

A) El Estándar internacional respecto a la tipificación de la desaparición forzada de personas

I. Desaparición forzada: ¿delito de lesa humanidad y delito ordinario?

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional considera la desaparición forzada de personas como una de las conductas que, cuando son parte “de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, constituyen crímenes de lesa humanidad (art. 7.1). El propio Estatuto define en el numeral letra “i“ del mismo artículo la desaparición forzada en los siguientes términos: por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. La calificación de la conducta como delito de lesa humanidad tiene una serie de consecuencias legales, entre ellas, la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad.

Es importante considerar que los crímenes de lesa humanidad requieren de un determinado contexto para que se configuren como tales. Al respecto, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

(Convención Interamericana) reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de esta conducta “constituye un crimen de lesa humanidad”. Aunque no se refiere en forma expresa a su ejecución aislada, la definición de desaparición forzada que ofrece como guía para la descripción típica no contempla el ataque generalizado o sistemático contra parte de la población como elemento de dicha descripción.

Tampoco lo hace la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (Convención Internacional), que señala que “la desaparición forzada [...] constituye un delito y, en determinadas circunstancias, definidas por el derecho internacional, [constituye] un crimen de lesa humanidad”. Su artículo 5° se refiere expresamente al delito de desaparición forzada como práctica generalizada y sistemática, calificándolo como crimen de lesa humanidad. De esta manera, puede afirmarse que el derecho internacional consagra dos formas de desaparición forzada, a saber, la que constituye un delito de lesa

humanidad, y la que no. El tratamiento sistemático de esta última se encuentra en los dos tratados citados. Ambos instrumentos definen de un modo similar la desaparición forzada y establecen una serie de obligaciones para los Estados en materia de prevención y sanción de ese tipo de conductas, incluyendo la tipificación penal. Este informe se concentra en este último aspecto, sin perjuicio de que existen otras obligaciones asociadas.

II. Definición de desaparición forzada en el derecho internacional

Los dos instrumentos internacionales de derechos humanos arriba mencionados contienen definiciones de la desaparición forzada que comparten sus elementos esenciales. Estos son: (i) la privación de libertad de una persona; (ii) la participación, directa o indirecta, de un agente estatal; y (iii) la negativa a reconocer tal privación de libertad, a informar su paradero u ocultar su suerte, impidiendo así la protección de la ley.

Estos tres elementos han sido recogidos explícitamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). A diferencia de la definición del Estatuto de Roma, que contempla como posible sujeto activo a “grupos políticos”, aquí siempre se exige la participación de agentes estatales. Por otro lado el CED, organismo que vigila la vigencia y aplicación de la Convención Internacional de Naciones Unidas en la materia, ha aclarado que cuando dicha convención exige que la negación de información sustraiga a la víctima de la protección de la ley, debe entenderse como una consecuencia del delito, y no como un elemento intencional imputable al autor de la conducta.

III. La obligación de tipificar el delito y sus características

1. Deber de tipificación autónoma del delito

Ambas convenciones internacionales prescriben el deber específico de tipificar como delito estas conductas. También enfatizan la necesidad que la pena sea acorde con la “extrema gravedad” del delito y establecen el carácter permanente del delito, esto es, que su ejecución es continua mientras no se establezca el paradero de la víctima. De acuerdo al CED, la tipificación del delito de desaparición forzada debe hacerse en forma autónoma a otros delitos, tales como detención ilegal o secuestro, y debe ajustarse a la definición del artículo 2 del tratado internacional. El CED también ha expresado que el delito de desaparición forzada no es una serie de delitos distintos, sino más bien un solo delito complejo, cometido por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, mediante distintas modalidades delictivas, y que conculca diversos derechos. La definición provista por la Convención debería guiar la tipificación de un delito autónomo en la legislación nacional.

2. Atenuantes y agravantes

Ambos instrumentos jurídicos autorizan a establecer circunstancias atenuantes para favorecer a los autores que aporten información que contribuya a la aparición con vida de la víctima, o que aporten información valiosa para esclarecer el crimen. La Convención Internacional agrega la posibilidad de atenuar la responsabilidad de quienes aporten información para identificar a los responsables del delito y contempla circunstancias agravantes en los casos en que el delito implique el deceso de la víctima o cuando se ejecute sobre personas particularmente vulnerables, como mujeres embarazadas o niños. La incorporación de estas atenuantes y agravantes es facultativa para los Estados.

3. Prescripción: procedencia y cómputo

Como es sabido, los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles, al menos desde la adopción de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, en 1968. Aunque la desaparición forzada no estaba contemplada en dicho tratado como un crimen de esa naturaleza, su inclusión en el Estatuto de Roma despeja cualquier duda al respecto. De hecho, su artículo 29 dice: “Los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán”. Ahora bien, la desaparición forzada como delito ejecutado fuera del contexto de un ataque sistemático o generalizado sobre la población tiene un estatuto distinto en esta materia, que admite un grado de flexibilidad, el que difiere dependiendo del instrumento que se aplique. Por una parte, la Convención Interamericana establece, en su artículo VII, que tanto la pena como la acción penal “no estarán sujetas a prescripción”. Sin embargo, el mismo artículo admite que cuando lo anterior fuese incompatible con normas fundamentales, el periodo de prescripción deberá ser el mayor contemplado en el sistema jurídico interno. De esta manera, la regla general es la imprescriptibilidad, aunque esta cede frente a normas de carácter constitucional. Por su parte, la Convención Internacional regula la prescripción de la acción penal, aunque no descarta la imprescriptibilidad, al hacer aplicables expresamente dichas reglas sólo a los Estados que “aplique[n] un régimen de prescripción a la desaparición forzada”, salvando siempre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad (art. 8). Conforme a dicho artículo, el plazo de prescripción debe ser “prolongado y proporcionado a la extrema gravedad” del delito, y sólo puede comenzar a contarse desde el momento en que cesa la desaparición forzada. La cuestión del cómputo de la prescripción también está contemplada en la Convención Interamericana, según la cual en ningún caso el plazo de prescripción penal puede comenzar a contarse antes de conocerse el paradero de las víctimas (art. III). En este sentido, la Corte IDH ha señalado en múltiples casos el carácter continuo de las violaciones que supone la desaparición forzada, lo que la ha habilitado para conocer casos cuyo principio de ejecución es anterior al establecimiento del propio tribunal, dado el carácter permanente de la violación.

4. Participación y grados de ejecución punibles

Las Convenciones también contemplan los tipos de participación que deben ser castigados. En este sentido, el instrumento interamericano consagra la obligación de sancionar a autores, cómplices y encubridores. Además, se refiere expresamente a la obligación de sancionar la tentativa (art. I.b). Por su parte, la Convención Internacional aporta más detalle, estableciendo la punibilidad de la participación directa (cometer) e indirecta (ordenar o inducir) y la complicidad, así como la tentativa. También dispone el castigo de los superiores que tuvieren conocimiento de la perpetración del delito por sus subordinados, o control sobre las actividades relacionadas al delito, y no hubiesen actuado para evitarlas o sancionarlas, o ponerlas en conocimiento de las autoridades competentes, sin perjuicio de la responsabilidad más estricta que pueda caberle en el derecho internacional en su calidad de jefe militar (art. 6.1).

IV. Garantías de persecución del delito

Aunque no se trata propiamente de exigencias del tipo penal, ambas convenciones establecen ciertas obligaciones, que buscan garantizar la persecución de este delito. En primer lugar, se prohíbe invocar circunstancias excepcionales para justificar la desaparición forzada. Lo anterior es consistente con el carácter de ius cogens, esto es, derecho internacional consuetudinario inderogable por los Estados,

que en el último tiempo se le ha asignado a la prohibición de desaparición forzada. En un sentido similar, la obediencia debida queda descartada como eximente de responsabilidad. A este respecto, la Convención Interamericana establece que “no se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tiene el derecho y el deber de no obedecerlas” (art. VIII). Por su parte, la Convención Internacional señala que “ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea ésta civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar un delito de desaparición forzada.” (art. 6.2). Es más, este instrumento dice expresamente que la desobediencia de este tipo de órdenes no puede ser sancionada (art. 23.2). Para garantizar la persecución de estos crímenes, los dos instrumentos estipulan ciertos factores de conexión que otorgan competencia a los tribunales internos. Estos son, (i) el territorio, o sea, que el delito sea cometido en el territorio del Estado; (ii) la nacionalidad del autor; y (iii) la nacionalidad de la víctima (art IV y 9.1 respectivamente). Este último factor de conexión queda a criterio del Estado interesado. Por su parte, la Convención Interamericana excluye el juzgamiento de estos delitos de las jurisdicciones especiales, y en particular de la jurisdicción militar (art. IX). Este último punto ha sido recogido por el CED, reafirmando que también en el ámbito de la Convención Internacional, la jurisdicción militar debe ser excluida de la investigación de las desapariciones forzadas. Por otra parte, ambas convenciones prescriben que la desaparición forzada no puede ser considerada como delito político ni como delito cometido en ejercicio de funciones militares (art. IX y 13.1 respectivamente). Finalmente, cabe tener presente que ambos tratados internacionales establecen amplias obligaciones en materia de extradición por este delito, con el objeto de garantizar la investigación y la sanción.

B) Análisis del proyecto de ley

-El delito base. El primer inciso del proyecto establece el tipo base de desaparición forzada y los elementos que describen la conducta que se castiga: El que privare de libertad a una o más personas y que se niegue a informar o reconocer dicha privación de libertad o paradero del ofendido, comete el delito de desaparición forzada de personas y sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

-Núcleo rector del tipo. Hay que destacar que el tipo propuesto sigue el núcleo de la definición internacional de desaparición forzada, o sea, contempla (i) la privación de libertad; y (ii) la negativa de informar o reconocer dicha privación. Sin embargo, no menciona el efecto de sustraer a la persona de la protección de la ley, contemplado expresamente tanto en el instrumento interamericano como en la Convención Internacional, lo que podría explicarse por tratarse de una consecuencia necesaria de la privación de libertad silenciada.

A diferencia del delito de secuestro contemplado en el artículo 141 del Código Penal (CP), el tipo propuesto no exige que la privación de libertad sea ilegítima (“el que sin derecho encerrare...”). O sea, de acuerdo al proyecto, y en conformidad al derecho internacional, una detención legal, pero silenciada o negada, podría constituir una desaparición forzada. Lo anterior pone de manifiesto la relevancia que tiene para la configuración del tipo la negativa a informar o reconocer la detención. Ahora bien, el proyecto exige que “se niegue a informar o reconocer “la privación de libertad. Esta redacción, que sigue de cerca la provista en la Convención Internacional, podría provocar dos problemas. En primer lugar, por cuanto podría interpretarse que quien debe negar la información o reconocer la

detención es el autor material y no la autoridad que tiene el deber de proveer dicha información, dificultando así el castigo del hecho. La segunda dificultad que podría suscitar la redacción propuesta es que podría entenderse que el tipo exige que alguien requiera información sobre el paradero del desaparecido, siendo insuficiente la "falta de información" por si sola para que se realice el tipo. En esta materia, los dos instrumentos internacionales se refieren en la descripción de la conducta a "la falta de información" -en el caso de la Convención Interamericana- y al "ocultamiento de la suerte o paradero" -Convención Internacional-. Ambas redacciones sugieren que lo relevante es el incumplimiento de la obligación de publicidad, no el hecho de negarse a informar ante un requerimiento de información.

-El sujeto activo: La cuestión de la falta de información sobre el paradero de la víctima se relaciona con el problema del sujeto activo, esto es, con el agente que puede realizar el tipo descrito en la ley, en la medida en que castigar la falta de información supone la existencia de un deber extra penal que obligue a entregar dicha información. De acuerdo a los tratados internacionales citados, la desaparición forzada es una conducta que debe ser realizada por el Estado, sea directamente a través de sus agentes, o indirectamente, mediante otras personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia. Esto se vincula con el deber del Estado de informar el paradero de las personas que están bajo su custodia, y también a las prácticas que dieron origen a su tipificación, especialmente en América Latina.

A primera vista, el proyecto parece proponer la configuración de un delito común, esto es, un delito que puede ser cometido por cualquier persona imputable penalmente, sin requerir alguna calificación especial (por ejemplo, ser funcionario público). Sin embargo, el proyecto propone ubicar el nuevo tipo penal en un título referido a los delitos funcionarios, en particular a aquellos "agravios inferidos por los funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución". Esto parece sugerir que la intensión del legislador es establecer un delito especial, realizable sólo por agentes del Estado, lo que es consistente con la idea que la realización del tipo supone el quebrantamiento de un deber de la autoridad estatal de entregar información sobre las personas privadas de libertad.

-El bien jurídico protegido. La fundamentación del proyecto habla de "numerosos bienes jurídicos protegidos", sin especificar cuáles son estos. Por su parte, el articulado propone incluir el tipo penal en un párrafo referido a los agravios perpetrados por funcionarios públicos a los derechos constitucionales. De ahí que el primer injusto, la privación de libertad, pueda asociarse al bien jurídico libertad ambulatoria. El segundo, esto es, la negativa a informar el paradero, podría vincularse a la seguridad individual, e incluso a la integridad física y síquica. Ahora bien, esto implicaría una presunción: que la conducta puso en peligro dichos bienes jurídicos.

-Delitos de desaparición forzada calificada. La Convención Internacional sobre desaparición forzada propone el establecimiento de "circunstancias agravantes" en caso de muerte de la víctima, y cuando éstas sean personas particularmente vulnerables (art. 7.2.b). En todo caso, no se trata de una obligación para los Estados. Ahora bien, el uso del concepto de "circunstancias agravantes" en el citado tratado internacional, parece tener un significado distinto al que se le atribuye en el CP chileno (art. 63 y sigs). En efecto, el tratado internacional está dirigido a Estados con distintos ordenamientos jurídico penales, adscritos a variadas tradiciones jurídicas. Los autores del proyecto parecen haber tenido presente esta cuestión, al incorporar las "circunstancias agravantes" como tipos

penales calificados y no como agravantes propiamente tales, lo que tiene, al menos, dos consecuencias prácticas. Primero, que las eventuales atenuantes y agravantes que concurran en el caso concreto, se aplican sobre la pena asignada al delito calificado, y sobre la que correspondería aplicar al delito base, que suele ser menor. Asimismo, el tiempo de prescripción de la pena se cuenta considerando la pena asignada al delito calificado y no al del delito base, como sucede en el caso de las agravantes del CP.

-Desaparición forzada con resultado de muerte. La segunda parte del inciso segundo del artículo 147 bis propuesto por el proyecto señala: Si durante la desaparición forzada [… se] causare la muerte de la víctima, sufrirá la pena de presidio perpetuo simple a presidio perpetuo calificado. De esta manera, la pena pasa al rango de presidio perpetuo simple a presidio perpetuo calificado, agravando significativamente los tres años y un día a quince años que pueden aplicarse en el caso del delito base. Este agravamiento punitivo está alineado con el estándar internacional, particularmente con la Convención Internacional, que promueve el castigo agravado en caso de deceso de la persona desaparecida (art. 7.2.b). Ahora bien, este considerable aumento de la pena puede tener un efecto criminógeno, pues podría obstaculizar la localización de las personas desaparecidas.

-Desaparición forzada con torturas. El proyecto propone un tipo calificado para los casos en que se apliquen torturas a la víctima de desaparición forzada. Si durante la desaparición forzada irrogare a la víctima torturas […] sufrirá la pena de presidio mayor en grado medio a presidio mayor en su grado máximo. En este caso, se propone aumentar el rango de la pena aplicable de los tres años y un día a quince años, a uno que va desde diez años y un día a veinte años.

-Desaparición con “otros flagelos análogos”. El proyecto propone otro tipo calificado de desaparición forzada, similar al de torturas, esta vez calificado por infligir a la víctima “flagelos análogos” a los de tortura, en cuyo caso el sujeto activo sufrirá la pena de presidio mayor en grado medio a presidio mayor en su grado máximo. El concepto de “flagelos análogos” a la tortura parece carecer de la claridad necesaria como para alcanzar los estándares de tipicidad y legalidad propios del derecho penal.

-Formas de participación y autoría mediata. La Convención Internacional exige, además del castigo del autor inmediato, el de aquel que ordene o induzca la comisión del delito (art. 6.1.a); y el del superior que teniendo conocimiento del delito o su preparación por parte de sus subordinados, no hiciere nada para evitarlo (art. 6.1.b.i). Tomando en cuenta lo anterior, si la opción del legislador es crear un delito especial, podría ser necesario cerrar el circuito de la autoría mediata, castigando tanto al autor mediato (agente estatal que ordena, consiente o no hace nada para impedir la desaparición forzada, pudiendo hacerlo), como al particular que actúa instigado por aquel, o con su autorización, apoyo o aquiescencia. De lo contrario, el agente estatal podría encargar le ejecución del delito a terceros, que sólo responderían por delitos ordinarios que cometieren, como (por ejemplo) el secuestro, que tiene una pena inferior.

-Pluralidad de víctimas. Otro aspecto del proyecto que merece atención es que, siguiendo la definición de la Convención Interamericana, tipifica la privación de libertad de “una o más personas”. Esta redacción puede resultar problemática, porque podría interpretarse en el sentido de hacer aplicable la misma pena a quien hace desaparecer a una persona, frente a quien, en un acto, hace desaparecer a varias de ellas. En otras palabras, la hipótesis de pluralidad de víctimas (concurso ideal homogéneo) constituye un elemento del tipo, por lo que ya

estaría incluido en la pena. Esto tiene consecuencias prácticas, porque implicaría que el juez podría recorrer todo el rango de la pena, en vez de estar obligado a aplicar la pena mayor asignada al delito más grave, como señala el art. 75 del CP.

También podría provocar problemas en aquellos casos en que un mismo agente, o grupo de agentes actuando en conjunto, hace desaparecer a varias personas en distintos actos independientes (concurso material de delitos), sin que se alcance a configurar el ataque generalizado o sistemático a una población civil, que lo convertiría en delito de lesa humanidad. En estos casos, la redacción propuesta podría conducir a desaplicar las reglas generales, permitiendo aquí también al juez recorrer todo el rango de penas aplicables, en vez de imponer todas las penas que corresponden a las distintas infracciones, las que deben cumplirse de forma sucesiva (art. 74 del CP), o "la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados" (art. 351 del Código Procesal Penal).

-Atenuantes y eximentes de responsabilidad: i) La colaboración.

Los tratados internacionales citados facultan a los Estados para establecer atenuantes de la responsabilidad penal en favor de quienes colaboren con el esclarecimiento de los hechos y, particularmente, cuando faciliten encontrar a la víctima con vida. En este sentido, el proyecto sigue de cerca el estándar, al habilitar al juez para rebajar en dos grados la pena a quienes contribuyan a la aparición con vida de la víctima; y en un grado a los que colaboren en el esclarecimiento del crimen. Cabe tener presente que las atenuantes propuestas son facultativas pero "estáticas", o sea, el juez puede aplicarlas en forma discrecional, pero si procede de tal modo debe hacerlo en la cantidad establecida (solo en dos grados, no "hasta en dos grados"). ii) La obediencia debida. Conforme a las reglas penales generales, quien "obra en cumplimiento de un deber" queda exento de responsabilidad penal (art. 10 numeral del 10 CP). Adicionalmente, el mismo CP castiga al "empleado público que se negare abiertamente a obedecer las órdenes de sus superiores en asuntos del servicio" (art. 252). Este deber de obediencia está reforzado para el caso de las fuerzas armadas. Al respecto, el Código de Justicia Militar (CJM) establece el deber de obediencia de todo militar, el cual incluye aquellas órdenes que "tienda[n] notoriamente a la perpetración de un delito", las que deben ser ejecutadas si el superior insiste en su orden una vez representada dicha posibilidad (art. 334 y 335 del CJM). Sobre este punto, el proyecto de ley habla de "introducir modificaciones al Código de Justicia Militar, en el sentido de excluir expresamente una justificación insuficiente, como es la obediencia debida en el caso de la desaparición forzada de personas. Sin embargo, no modifica el Código de Justicia Militar, pero sí propone declarar inaplicable a los hechos constitutivos el tipo penal de la resistencia y desobediencia ya citado, además del delito de violación de secretos (art. 246 del CP). Esto se enmarca en la prohibición de castigar la desobediencia a órdenes que dispongan, autoricen o alienten desapariciones forzadas, establecida expresamente en la Convención Internacional (art. 23).

-Prescripción. La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad o de guerra es un delito de acción imprescriptible, por expresa disposición del Estatuto de Roma (art. 29). Esto ha sido recogido en la legislación chilena en el artículo 40 de la ley Nº 20.357, que declara la imprescriptibilidad de la acción y de la pena. Fuera del contexto que hace aplicable los tipos relativos a crímenes de lesa humanidad o de guerra, el derecho internacional de tratados tiene matices. Por un lado, la Convención Internacional admite la prescripción, siempre y

cuando su plazo sea “prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito” y este se cuente desde que cese la desaparición (art. 8.1). Por su parte, la Convención Interamericana tiene un régimen más estricto, pues establece la imprescriptibilidad. Sólo admite como excepción aquellos casos en que una norma fundamental lo impida. En esa situación, exige que dicho plazo de prescripción sea, al menos, “igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte” (art. VII). Chile es parte de las dos Convenciones, por lo que debe cumplir las estipulaciones de ambas. En la práctica, esto significa que debe cumplir con el estándar más exigente para atender así a ambas obligaciones.

-Inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal. Un elemento común a ambas Convenciones es que consideran al delito de desaparición forzada como un delito continuo. Esto tiene efectos en materia de prescripción, que implica que esta sólo pueda comenzar a computarse desde que se conozca el paradero de la víctima o desde que cese el delito. La noción de delitos permanentes, estos es, delitos en que la ejecución de la conducta delictiva permanece en el tiempo, no es ajena al derecho chileno. En particular, existe un amplio consenso doctrinario en torno al carácter permanente del delito de secuestro, y también jurisprudencia en torno a su efecto en el cómputo de la prescripción. En este orden de ideas, la tipificación del delito de desaparición forzada debería tener la misma calificación y efectos.

III.- DISCUSIÓN GENERAL.

Durante ella, la Comisión escuchó las exposiciones y comentarios de las siguientes autoridades, exxpertos y representantes de organismos:

1) Abogado penalista, señor Gonzalo Medina

El señor Medina explicó, a modo introductorio, que la desaparición forzada es una figura penal muy relevante desde la óptica del derecho penal de los derechos humanos.

Dicha práctica es una de las típicas manifestaciones en el contexto de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. De la importancia que se le asigna a este ilícito dan cuenta las convenciones internacionales que se han suscrito sobre la materia: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Directa relación con este último tiene la ley N°20.357, de 2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra. El artículo 6° de dicha ley, que se inspira en el Estatuto de Roma, castiga al que, con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa. Existe, pues, una figura penal específica sobre la desaparición forzada de personas.

Según la moción, no se requiere que la desaparición forzada sea cometida por agentes del Estado o por alguien que cuenta con el apoyo, aquiescencia o autorización del Estado, que es la forma en que se recoge esta figura

tanto en la Convención Interamericana como en la Convención Internacional sobre la materia.

Conforme a lo anterior, expresó sus reservas acerca de esta iniciativa, aunque -precisó- no porque considere que la desaparición forzada de personas no sea un acto que merece castigo, sino porque el proyecto la equipara a un delito común, haciendo perder a la desaparición forzada de personas su rasgo típico de violación de derechos humanos. Es importante destacar que la mayoría de la doctrina de derechos humanos y del derecho penal entiende que las violaciones de derechos humanos son actos cometidos por agentes del Estado o por grupos actuando con autorización de este.

Nuestra jurisprudencia ha fijado criterios sobre el particular, y en el denominado “Caso Degollados” la Corte Suprema señaló que no puede haber un trato penal privilegiado cuando la desaparición forzada es provocada por funcionarios públicos. Específicamente, no es aplicable en la especie la pena atenuada del artículo 148 del Código del ramo, sino la pena más grave del artículo 141 del mismo cuerpo legal; fallo a partir del cual la jurisprudencia de la Corte ha sido relativamente sistemática en esta postura.

Otro aspecto del proyecto que le mereció reparos es que vulneraría el principio de no autoincriminación y la garantía constitucional de presunción de inocencia, al sancionar con una pena agravada a quien se niega a dar información sobre el paradero del ofendido, o a reconocer la privación de libertad de una persona.

El señor Medina concluyó que, en su concepto, con la dictación de la ley N°20.357, antes citada, Chile dio cumplimiento al mandato de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. La única discusión que podría darse es si la exigencia adicional del artículo 1° de dicha ley aplicable a los crímenes de todo el párrafo (esto es, que los actos sean cometidos como parte de un ataque generalizado contra una población civil y que el ataque responda a una política del Estado o de sus agentes, de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos), es suficiente o no para dar cumplimiento, a lo menos, a la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. A su juicio, dicha respuesta es positiva, ya que el mandato de tipificación se encontraría suficientemente satisfecho en virtud del artículo 6° de la ley N° 20.357.

Pero si se estimase que dicho mandato no está suficientemente satisfecho con la norma referida, sería imprescindible incorporar en el texto del proyecto la exigencia de que este delito debe ser cometido por agentes del Estado, ya que se trata de una característica esencial de la figura de desaparición forzada de personas. De otra manera, no se estaría sino equiparando los secuestros cometidos por motivaciones particulares con los casos de violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

Luego de su presentación, el abogado respondió algunas interrogantes planteadas en el seno de la Comisión. Sostuvo que, desde su perspectiva, el tipo penal propuesto en el proyecto no abarcaría la hipótesis del particular que actúa bajo el amparo de un agente estatal.

Agregó que la referida Convención Interamericana contiene, efectivamente, un mandato de tipificación para los Estados partes, que en doctrina puede ser en sentido amplio o estricto. Lo es en sentido estricto cuando la convención respectiva ordena que una determinada conducta sea plasmada en el derecho interno exactamente en los mismos términos en que se encuentra regulada en el instrumento internacional. En cambio, el mandato de tipificación en sentido amplio -que constituye la regla general- se traduce en que la conducta tipificada en la convención debe ser un hecho punible bajo todos sus aspectos en el derecho interno.

En su opinión, y respondiendo a la diputada señora Carvajal, el mandato se ha cumplido con la dictación de la ley N°20.357. Debe haber un distingo entre la privación de libertad constitutiva de secuestro -entendiendo por tal la figura del artículo 141 del Código Penal- y la desaparición forzada de personas. En efecto, puede darse el caso que un particular prive de libertad a otra persona y se pierda el rastro del afectado, pero no es correcto catalogar esa situación como desaparición forzada de personas, sino como secuestro.

Distinto es el tipo que contempla el artículo 143 del Código, es decir, la detención ilegal por parte de particulares, con el propósito de poner al ofendido a disposición de la autoridad, en que la pena es considerablemente más baja. La diferencia radica, entonces, en cuál es el objetivo que se persigue con la privación de libertad, más allá de si ella es ilegal o no. Es perfectamente posible interpretar la ley en el sentido que los funcionarios públicos que privan de libertad a una persona, no para colocarla a disposición de la autoridad, cometen el delito de secuestro contemplado en el artículo 141 del Código Penal, y se les aplica la agravante de ser funcionarios públicos, con lo cual la pena es más elevada.

2) Subsecretaría de Derechos Humanos, señora Lorena Fries

La **señora subsecretaria** planteó los siguientes comentarios y observaciones en torno a esta iniciativa legal. En primer lugar, hay que tener presente que el Estado de Chile es parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; tratado que contiene una definición de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, y que es una conducta de mayor gravedad, por concurrir elementos de contexto como ataque generalizado o sistemático contra una población civil, por parte de agentes del Estado o grupos con poder de hecho; o conflicto armado, sea este de carácter internacional o no. Además, Chile suscribió y ratificó dos convenciones internacionales sobre desaparición forzada de personas. Pese a la incorporación al ordenamiento jurídico chileno de los anteriores instrumentos internacionales, el país ha cumplido solamente con tipificar el delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad y delito de guerra -ley N°20.357-, encontrándose pendiente, por ende, la obligación de tipificar el delito de la desaparición forzada de personas como delito autónomo en el Código Penal.

Pese a que no existe una única definición de la desaparición forzada en el derecho internacional, hay elementos comunes que se encuentran en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, etc., y que son los siguientes:

a) La privación de libertad de una o más personas por parte de agentes del Estado, o por particulares con el apoyo, autorización o aquiescencia de

este. La privación de la libertad puede consistir en detención, aprehensión, secuestro, arresto, entre otras modalidades.

b) La negativa a admitir la privación de libertad, o de dar información acerca del paradero de la víctima. Es importante destacar que uno y otro elemento no son requisitos copulativos. Por lo tanto, no necesariamente quien lleva a cabo la privación de libertad de la persona es quien niega la información o rechaza el hecho de la privación de libertad.

c) La concurrencia de los elementos anteriores sustrae a la persona desaparecida forzosamente de la protección de la ley. Acerca de esto último, es necesario puntualizar que, mientras que las dos convenciones plantean este requisito como resultado de la desaparición forzada, el Estatuto de Roma dice que es el objeto o intención de la desaparición forzada.

La señora subsecretaria se refirió a continuación al texto del proyecto de ley, que le mereció los siguientes comentarios:

i) Sujeto Activo. Se omite al Estado como actor preponderante, ya que en la norma propuesta es "indeterminado", extendiendo la posibilidad de autoría a cualquier persona, es decir, a los particulares sin vinculación alguna con el Estado. Esta ampliación, a su juicio, es contraria a lo señalado por las convenciones internacionales antes mencionadas, que restringen el tipo penal a que sus autores o los partícipes del hecho sean agentes del Estado, o bien personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Hay que agregar que para la comunidad internacional el uso de fórmulas tan amplias como la que propone el proyecto de ley se encuentra reservado únicamente a la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad o crimen de guerra, y esta hipótesis ya se encuentra regulada en los artículos 6 y 16 de la ley N° 20.357. Por otro lado, la indeterminación del sujeto activo contrasta con el bien jurídico protegido en el delito de desaparición forzada. De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia, este tipo penal es de carácter complejo, pluriofensivo o de violación múltiple. El bien jurídico en este delito cuenta con una doble expresión: (i) en lo personal se ven afectados derechos como la integridad física, la libertad, el no ser sometido a tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; ii) en lo colectivo, se ve vulnerado el interés social en el normal funcionamiento de la administración de justicia. Esto último ocurre cuando se sustrae a la víctima de la protección de la ley.

Por su parte, la doctrina y legislación penal mayoritaria señalan que el delito de desaparición forzada es un delito especial, dado que sólo puede ser cometido por la intervención de personas que revisten ciertas características determinadas, que cuenten con un deber extrapenal con relación a la víctima. Este tipo penal consiste fundamentalmente en el bloqueo de los recursos de hecho y de derecho para la investigación de los pormenores de la situación de la víctima y la debida administración de justicia. El bloqueo sólo puede provenir del Estado mismo, dado que únicamente el Estado dispone de tales recursos y precisamente los niega si no informa sobre lo que está obligado a informar, lo que se extiende al particular que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado.

Según lo expuesto, la subsecretaría es partidaria de incorporar en el tipo penal la intervención de la autoridad estatal, o de un particular que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.

ii) Conducta típica

- Privación de libertad. El articulado propone una privación de libertad restringida, en lugar de asumir que puede revestir distintas maneras, como la detención, la aprehensión, el secuestro, el arresto, entre otras. Así, se omite el estándar amplio de privación de libertad del artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Por lo tanto, sería recomendable incluir cualquiera de estas modalidades de privación de libertad.

- Denegación de información. Se establece que quien priva de libertad a la víctima y quien niega información acerca de su paradero o de su privación de libertad, debe ser la misma persona, dejando de lado supuestos en que terceros que no participaron en la privación de libertad no informen sobre el paradero de la persona y, por tanto, no sean sancionados como autores del delito. A este respecto, se recomienda sustituir la conjunción “y” por la frase “seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida”, acogiendo así el estándar que consigna el artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

- Sustracción de la víctima de la protección de la ley. El proyecto no hace mención a que la privación de la libertad tenga, ya sea por objeto o resultado, la sustracción de la víctima del amparo de la ley, tal como lo señalan los tratados ya analizados. Se recomienda, por consiguiente, incorporar en la descripción típica la frase “sustrayéndola a la protección de la ley”, de acuerdo, también, al citado artículo de la Convención Internacional.

iii) Pena. El proyecto contempla una pena compuesta para el delito de desaparición forzada base del inciso primero del artículo. 147 bis. Se establece la pena de presidio menor, esto es, equivalente a una pena de simple delito, lo que no se condice con lo estipulado en el artículo. 7.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que señala que “Los Estados Partes considerarán el delito de desaparición forzada punible con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad”. De lo expuesto fluye que sería aconsejable fijar en la especie la pena de crimen (presidio mayor en cualquiera de sus grados), de acuerdo al estándar internacional en la materia.

iv) Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

- Agravantes. El artículo 147 bis propuesto contempla un tipo agravado en atención al resultado, sea torturas u otros flagelos análogos, o bien se causare la muerte de la víctima. Al respecto, cabe considerar la dificultad práctica de la prueba de estos resultados si la víctima aún se encuentra desaparecida. Asimismo, la figura agravada propuesta se encuentra incompleta, de acuerdo a lo establecido en las convenciones internacionales en la materia. Por ello, se estima necesario limitar el tipo agravado al deceso de la víctima, ciñéndose al artículo 7.2.b de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. También se recomienda completar el tipo agravado de acuerdo al estándar internacional, pues además de la muerte de la persona desaparecida, se pueden incluir circunstancias agravantes para los culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad u otras personas particularmente vulnerables.

- Atenuantes. El proyecto señala que el juez podrá rebajar en dos grados la pena a los partícipes de desaparición forzada de personas que contribuyan a la aparición con vida de la víctima; y en un grado a los que suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada. Se sugiere revisar los grados de rebaja de la pena, además de ajustar la terminología al artículo 7.2.b de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que establece que los Estados pueden establecer circunstancias atenuantes, “en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada”.

v) Prescripción. El proyecto no incorpora una norma que modifique el régimen de prescripción, en circunstancia que la desaparición forzada de personas cuenta con su mayor nivel de gravedad en el contexto de un crimen de lesa humanidad y, por lo tanto, le son aplicables todas las características de un crimen internacional, entre ellas la imprescriptibilidad. Este supuesto jurídico ya se encuentra regulado en la ley N° 20.357. Se estima, entonces, que el plazo de prescripción de la acción penal para este delito de carácter continuo, diferente al regulado en la ley en comento -por no darse en el contexto de ataque generalizado o sistemático contra población civil, o de una política de Estado-, debe ser acorde a su extrema gravedad, contándose a partir del cese de la desaparición forzada, es decir, cuando se establezca lo ocurrido con la víctima, o se ubiquen los restos de la misma. Se recomienda también elevar la pena, de modo que el plazo de prescripción sea acorde a un delito de crimen.

vi) No aplicación de eximentes de responsabilidad penal. Se sugiere incorporar la inaplicabilidad de la eximente de responsabilidad criminal contenida en el artículo 10, número 10 del Código Penal, es decir, respecto a la persona que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo; y de la atenuante contemplada en el artículo 11, número 10 del mismo cuerpo legal, esto es, el haber obrado por celo de la justicia.

vii) No aplicación de disposiciones del Código de Justicia Militar. El estándar internacional para la tipificación del delito de la desaparición forzada de personas exige expresamente la no admisibilidad de la obediencia debida a órdenes superiores que dispongan, autoricen o alienten las conductas ilícitas descritas, así como el derecho y el deber de la persona que reciba tales órdenes para no obedecerlas. En tal virtud, se recomienda incorporar las siguientes modificaciones en el Código de Justicia Militar: -Inadmisibilidad como atenuante del hecho de haberse cometido el delito cumpliendo órdenes recibidas por un superior jerárquico (artículo 212 del aludido Código). En el mismo orden de ideas, es necesario precisar que el responsable de este delito no es únicamente la autoridad que ordenó su ejecución, sino todos los partícipes del mismo. -Tampoco debe haber lugar a los delitos de insubordinación contemplados en el Título IV del Código de Justicia Militar -artículo 335 bis y 336-, que sancionan al militar que desoiga una orden relativa al servicio, la que incluso debe ser cumplida aun cuando se haga efectivo el derecho a reclamo que tiene el receptor de la orden.

3) De la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Concepción, señora Verónica Heredia

La **señora Heredia** relató que es hija de un detenido-desaparecido el 16 de septiembre de 1973. La justicia condenó el año 2009 a los carabineros autores del secuestro y posterior muerte de su padre a la pena de 3 años de presidio, remitida; castigo que resulta insuficiente por la gravedad del delito cometido. Vinculado con lo anterior, abogó para que, en el marco de la discusión de la figura de la desaparición forzada de personas, se establezcan penas ejemplarizadoras, tal como quedó plasmado, por ejemplo, con la denominada “Ley Emilia”.

Manifestó, también, que en el contexto de los procesos por violaciones a los derechos humanos debería revisarse la institución de la media prescripción, contemplada en el artículo 103 del Código Penal, y con arreglo a la cual cuando ha transcurrido la mitad del tiempo que se exige para completar la prescripción de la pena o de la acción penal, el tribunal debe considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante.

Por otra parte, afirmó que debería establecerse en el texto propuesto como nuevo artículo 147 bis del Código Penal que el sujeto activo de la desaparición forzada es un agente del Estado. De ese modo, se logra que el Estado de Chile se haga responsable de las desapariciones en que han participado sus funcionarios. Este es un aspecto central del proyecto que tiene que ser revisado. Insistió en que las penas para esta figura penal deben ser lo suficientemente drásticas como para que el propósito del “nunca más” en materia de derechos humanos, sea efectivo.

4) Abogado del INDH, señor Rodrigo Bustos

El representante del INDH indicó que la moción presentada por varios diputados es una iniciativa destacable, porque busca adecuar la legislación interna al derecho internacional, que regula una figura penal tan grave como la desaparición forzada de personas. Este delito, cuya práctica se instauró en varios países latinoamericanos en la década de 1960, todavía se comete -aunque evidentemente con menos frecuencia-, bajo la forma de secuestro, pese al cambio de circunstancias políticas en la región. En efecto, si bien ya no se da de manera sistemática, aun se presentan algunos casos. En nuestro país, por ejemplo, el INDH ha presentado 3 querellas por presunto secuestro de Hugo Arispe, en 2001, en Arica; José Huenante, en 2005, en la Región de Los Lagos; y José Vergara, en 2015, en Alto Hospicio. El primero, al momento de su desaparición, se hallaba bajo custodia de Gendarmería; Huenante y Vergara, de Carabineros.

Agregó que, sin perjuicio de la dictación de la ley N°20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio, y crímenes y delitos de guerra, es necesario contar con un tipo penal específico para la desaparición forzada de personas, porque se trata de una hipótesis diferente.

Ahora bien, la figura que se pretende incorporar como artículo 147 bis en el Código Penal presenta las siguientes características, a rasgos generales: a) El tipo se refiere a cualquier forma de privación de libertad y denegación de información (requisitos copulativos), acorde con las dos convenciones internacionales sobre la materia; b) Se establece una pena adecuada, aspecto acerca del cual las convenciones no se pronuncian de manera explícita; c) Se contemplan atenuantes, en armonía con lo prescrito por las convenciones respecto a

este punto, y d) Por último, el proyecto excluye la aplicación de los artículos 246 y 252 del Código Penal, que sancionan respectivamente, la revelación de secretos por parte de funcionarios públicos, y la desobediencia de órdenes emanadas de un superior jerárquico.

Luego, el señor Bustos formuló algunas sugerencias acerca del proyecto, a saber: a) Debería hacerse una referencia explícita al ocultamiento del paradero de la víctima, de acuerdo con la Convención Interamericana; b) La norma propuesta establece un sujeto activo indeterminado, lo que no es coherente con las dos convenciones internacionales, que señalan que quien comete el ilícito debe ser un agente del Estado, o bien un particular que actúa con la aquiescencia de aquel; c) Por otro lado, sería pertinente, en concordancia con lo establecido por la Convención Interamericana en su artículo 6, consagrar otras responsabilidades penales, como la del superior jerárquico del autor de la desaparición forzada; d) También se podría incluir en el tipo algún elemento relativo al tiempo de la desaparición forzada, como existe en la citada ley N°20.357; e) Aunque el proyecto considera algunas agravantes, podrían agregarse otras, como las que establece el artículo 7 de la Convención Internacional: cuando la víctima es un menor de edad, una mujer embarazada, una persona discapacitada, etc.; f) La desaparición forzada debería excluirse de la competencia de la jurisdicción militar, tal como lo estipulan las dos convenciones, y en armonía con lo establecido a propósito del delito de tortura; g) Debería modificarse el epígrafe del párrafo 4 del título III, acorde con la adecuación que se efectuó cuando se incorporó el delito de tortura en el Código Penal.

La intervención del abogado del INDH dio lugar a varios comentarios y algunas consultas, según pasa a exponerse.

El **diputado señor Poblete** opinó que el sujeto activo no debería restringirse al agente del Estado o al particular que actúa con su autorización, ya que hay una amplia gama de modalidades que puede asumir la desaparición forzada, que no necesariamente suponen la participación estatal. Es la situación que ocurre, por ejemplo, con la violencia y privación de libertad de mujeres. Por ende, habría que considerar otro tipo de victimarios, e ir más allá del paradigma de la desaparición con connotaciones políticas.

En torno al comentario precedente, el **señor Bustos** dijo que el derecho internacional ya ha explorado otras posibilidades de sujeto activo, como los grupos paramilitares. Acotó que, de acuerdo a la Convención Internacional, el superior jerárquico tiene responsabilidad penal en ciertos casos de desaparición forzada.

El **abogado de la BCN, señor Matías Meza**, subrayó que la desaparición forzada tiene un desvalor adicional al delito de secuestro, y consiste en la falta en que incurre el Estado al no cumplir con su obligación de informar cuando detiene a una persona. Por eso en el derecho internacional se exige que el sujeto activo sea un agente del Estado. De no concurrir ese elemento, estaríamos en presencia del secuestro, que también es una figura penal muy grave.

A su vez, el **diputado señor Jiménez (Presidente)** sostuvo que la pena que se asigna al delito tiene un rango muy amplio, porque va de 3 hasta 15 años de presidio; y, por otro lado, manifestó que, por tratarse la desaparición forzada de un atentado contra los derechos humanos, debería considerarse la posibilidad de que el delito sea imprescriptible.

Frente a las observaciones anteriores, el **señor Bustos** planteó que la pena base que contempla el proyecto es de delito simple, y no de crimen; aspecto que debería modificarse. En cuanto a la eventual imprescriptibilidad, las convenciones la contemplan, como asimismo la extradición.

5) Abogado penalista, señor Alex Van Weezel

Una de las características del delito de desaparición forzada es que no atenta principalmente contra la libertad de desplazamiento, que se encuentra protegida por la figura del delito de secuestro y el de detención ilegal. Este último sanciona la privación de libertad fuera de los casos que la ley taxativamente contempla. En otros términos, se trata de la infracción dolosa de los requisitos de fondo de una detención, cometida por un funcionario público.

La desaparición forzada atenta en cambio, y en primer lugar, contra la administración de justicia o el debido proceso; y, luego, contra la función pública.

El ámbito propio de la desaparición forzada es, pues, la protección de las garantías procesales del que ha sido detenido. Concretamente, busca impedir que los agentes del Estado que han practicado la detención, adopten medidas para impedir que el afectado o su familia ejerzan los derechos que les franquea la ley para revisar esa detención u obtener la liberación. La obstrucción del debido proceso va desde la reserva de la identidad del detenido o su paradero, hasta la negativa a reconocer la detención misma.

En relación con lo anterior, el artículo 2° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas dice que “consiste en la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

La figura tiene, entonces, tres requisitos copulativos:

(i) privación de libertad (que puede ser conforme a derecho en lo sustantivo; si no lo es, entra en consideración la posibilidad de un concurso de delitos, sin perjuicio de los límites que provengan del derecho a no autoincriminarse);

(ii) falta de información o negativa a informar (esto le da el carácter de infracción al estatuto procesal de la privación de libertad);

(iii) comisión por agentes del Estado, o por particulares que actúan de consuno con esos agentes.

Componente estatal o funcionario: si no está presente, no tiene sentido la figura, pues las privaciones de libertad solo están rodeadas de las garantías del debido proceso cuando son ejecutadas por la fuerza pública y, además, solo en este caso están amparadas por una presunción de legalidad o juridicidad. Si no son ejecutadas por la fuerza pública, las privaciones de libertad son siempre ilegítimas, salvo el caso de justificación por flagrancia.

Se trata, por consiguiente, de sancionar penalmente a los agentes del Estado que adoptan medidas para impedir que el afectado o su familia ejerzan los derechos que les otorga la ley para revisar los fundamentos de esa detención u obtener la liberación, o que incurren en incumplimiento grave de los deberes

funcionarios cuya finalidad es, precisamente, hacer posible el ejercicio de esos derechos. Es una norma de refuerzo de la protección procesal.

Un ejemplo tradicional de medida de obstrucción es la incomunicación del detenido con el mundo exterior, sancionada en el artículo 150 del Código Penal, al igual que la detención realzada en lugar no autorizada. A esta materia también se refiere el artículo 149 del CP, en sus números 2, 3, 4 y 6.

Respecto del proyecto de ley en sí, el señor Van Weezel hizo los siguientes comentarios.

a) El sujeto activo debe ser calificado, con regla de comunicabilidad al interviniente no funcionario.

b) El tipo penal propuesto parece desconocer la forma como se opera en este tipo de delitos, pues apunta a que es el mismo sujeto quien priva de libertad y quien, luego, se niega a informar o reconocer esa privación. Lo importante es “tener a cargo al detenido”, o “poseer información” sobre el hecho de que está detenido, o “tener la obligación de ponerlo a disposición de la autoridad”.

c) Por otro lado, el proyecto establece que si durante la desaparición forzada se irrogare a la víctima torturas u otros flagelos análogos, se aplicará la pena de presidio mayor en grado medio a presidio mayor en su grado máximo. Con todo, si se causare la muerte de la víctima, la pena será de presidio perpetuo simple a presidio perpetuo calificado.

A su juicio, sería preferible en la especie el régimen del concurso real.

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

Al respecto, opinó que si la atenuación va a ser facultativa, es mejor remitirse a las reglas generales (atenuante del artículo 11 N° 9 calificada).

En síntesis, en comparación con el artículo 149 del CP, la propuesta legislativa es demasiado genérica, se aleja de la realidad y se presta para malos entendidos.

Por ello, lo que debería hacerse para criminalizar eficazmente la figura que las convenciones internacionales denominan de un modo muy impreciso “desaparición forzada de personas”, es tipificar la infracción de deberes funcionarios específicos, relacionados con el debido proceso, y cuyo incumplimiento significa poner obstáculos al ejercicio de los derechos de quien está privado de libertad, o simplemente impide el ejercicio de esos derechos.

En este orden de ideas, propuso ajustar el actual artículo 149 del CP al régimen del Código Procesal Penal, e incorporar en aquel el artículo 150.

6) Abogado de la Bancada de Diputados del Partido Socialista, señor Enrique Aldunate

El profesional manifestó compartir varios de los planteamientos expuestos por el señor Van Weezel. Cabe recordar -puntualizó- que la ley N°20.357 tipificó en su artículo 6, en concordancia con el artículo 1, la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad, en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y siempre que el ataque responda a una

política del Estado o de sus agentes. Es decir, ya hay una realidad normativa acerca del tópico, sin perjuicio de las disposiciones del Código Penal en torno al punto. Agregó que los casos de desaparición forzada ocurridos en Chile entre 1973 y 1990 han sido resueltos según la tipificación plasmada en el Código, esto es, como secuestro permanente, detención ilegal o inhumación ilegal, según la casuística.

Se refirió, enseguida, a la posición del destacado jurista Eduardo Novoa respecto a esta figura penal, quien sostenía que la desaparición forzada debía regirse por el Código Penal, pero incorporando algunos aspectos consagrados en las convenciones internacionales, como la imprescriptibilidad del delito. Sin embargo, hay que admitir la complejidad que conlleva la tipificación de esta conducta, que para algunos expertos constituye un delito de peligro.

7) Presidenta de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, señora Lorena Pizarro

La señora Pizarro expresó en primer lugar que durante el período de la dictadura cívico-militar los familiares de detenidos desaparecidos no supieron en un principio que estaban enfrentando un problema de esa magnitud. No había antecedentes recientes, a nivel internacional, de operaciones destinadas a hacer desaparecer gente por motivos políticos, aparte de las experiencias de la Alemania nazi y del conflicto entre Francia y Argelia. Luego se enteraron que, a través de las Operaciones Cóndor y Colombo, esta era una práctica a nivel latinoamericano.

En 1975 se formó la Agrupación que preside, y en ese entonces circularon listas que daban cuenta de 119 casos de desaparición forzada de personas, es decir, había una práctica de exterminio. Posteriormente se creó la Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos, FEDEFAM. Esta organización se planteó como objetivo la suscripción de la Convención Internacional contra la desaparición forzada de personas.

La Agrupación considera que el proyecto de ley en debate es positivo en términos generales, porque al tipificar como delito la desaparición forzada se previene que se vuelva a cometer. Estiman, eso sí, que la desaparición forzada debe ser considerada un delito de lesa humanidad, pues constituye una forma de tortura permanente hacia los familiares y los pueblos. También puede considerársela como una forma de genocidio y exterminio. Como Agrupación consideran que lo peor no es ser familiar de un ejecutado político, sino de una persona víctima de desaparición forzada. Hay familias que han hallado los restos de sus deudos, pero todavía no conocen la verdad.

En su opinión, el proyecto requiere ciertos ajustes, para asegurar que nunca más se produzcan casos de desaparición forzada: 1) Es muy importante, en primer lugar, que se establezca que el delito debe ser cometido por un agente del Estado; 2) También debe precisarse que es un delito imprescriptible y respecto del cual no pueden proceder la amnistía, el indulto ni beneficios de ningún tipo, como la aplicación de la media prescripción; 3) En otro plano, la colaboración con la justicia para el esclarecimiento de delitos de esta gravedad no puede transformarse en impunidad para los victimarios. Es inaceptable relativizar el terrorismo de Estado, porque daña a los pueblos.

****

A su vez, varios diputados formularon comentarios y apreciaciones sobre el proyecto en informe, como pasa a exponerse:

La **diputada señora Pacheco** expresó que de acuerdo al ordenamiento jurídico internacional, específicamente la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Chile está obligado a tipificar esta figura delictiva. El proyecto de ley viene, pues, a llenar un vacío normativo; sin perjuicio de que sea susceptible de mejoramientos, como por ejemplo incorporando el requisito de que el sujeto activo sea un agente del Estado.

El **diputado señor Saffirio** planteó que la iniciativa legal es valiosa y debe enmarcarse en la normativa que establecen los tratados que ha suscrito nuestro país sobre la materia. En su opinión, dos son los elementos esenciales que debería recoger el tipo penal de la desaparición forzada, que son la participación de un agente del Estado como sujeto activo, y la sustracción de la víctima de la esfera de protección de la ley. Sin perjuicio de ello, es importante precisar que no se pueden ver afectados dos pilares básicos de nuestro sistema jurídico, que son la irretroactividad de la ley penal y el principio pro reo.

Por su parte, el **diputado señor Paulsen** coincidió con la apreciación anterior y, por ende, hay que entender que el proyecto apunta hacia el futuro. Acotó que las Agrupaciones de DD.HH. tienen mucho que aportar en este tipo de iniciativas.

A su vez, el **diputado señor Bellolio** comentó que tipificar el delito de desaparición forzada de personas es un tema complejo, pues la caracterización del mismo debe ser coherente con los estándares que recogen las convenciones internacionales acerca de la materia y que ha suscrito Chile.

El **diputado señor Kast (don Felipe)** dijo que uno de los aspectos que llama a atención del proyecto es que contempla penas más bajas que las previstas en las convenciones internacionales.

Desde otra perspectiva, el **diputado señor Arriagada** expresó que esta moción se suma a otros proyectos que subsanan un vacío de nuestra legislación en distintos órdenes de materias vinculadas a los derechos humanos, como por ejemplo el proyecto que tipifica la tortura; el que crea la subsecretaría de DD.HH. en el ministerio de Justicia (que ya es ley); el proyecto que levanta parcialmente el secreto respecto de los antecedentes recopilados por la Comisión Valech I, etc.

El **diputado señor Poblete** sostuvo que la acción de agentes del Estado encaminada a hacer desaparecer personas sobrepasa, por su gravedad, a la sola tipificación. Por tal motivo, el delito debe tener una sanción ejemplarizadora.

Concluida la discusión general, se procedió a votar la idea de legislar, que contó con la aprobación unánime, según se indicó en el capítulo de las constancias reglamentarias.

IV.- DISCUSIÓN Y VOTACIÓN PARTICULAR.

En este trámite, la Comisión adoptó los siguientes acuerdos en relación con el texto del proyecto de ley:

Artículo único

Señala textualmente lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

****

El artículo único del proyecto original fue objeto de varias indicaciones, algunas de ellas de carácter sustitutivo. Una de ellas, de fecha 23 de enero de 2017, fue suscrita por el diputado señor Saffirio, y copatrocinada por los diputados señores Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Ojeda, Mirosevic, Paulsen, Poblete. No obstante haber sido rechazada posteriormente, sirvió de base para futuros perfeccionamientos del proyecto y para la presentación que realizó la Fiscalía Nacional, razón por la cual es pertinente analizar su contenido y alcances, como asimismo los comentarios que generó.

El **diputado señor Saffirio** explicó que la indicación en referencia recoge, en líneas generales, las observaciones que formularon varios invitados sobre el proyecto original. Una de las mayores innovaciones consiste en establecer que el sujeto activo de la desaparición forzada debe ser un agente estatal, y en tal virtud en el texto sustitutivo del artículo 148 del Código Penal se señala que “El empleado público, o el que actúe con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado (…)”. También se incorpora, en el mismo artículo, la hipótesis de que el victimario sea un particular, pero que actúa con la anuencia del Estado, según queda establecido. Por otro lado, se consagra -también en el artículo 148, inciso final- la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena. En cuarto lugar, se sanciona al superior jerárquico que tiene conocimiento de que su subordinado comete o se dispone a perpetrar este delito y no lo impide, o no hace cesar la privación de libertad de la víctima (artículo 148 bis). En quinto término, se consigna como agravante la circunstancia de que la víctima sea una mujer embarazada, un menor de edad o una persona en situación de discapacidad (artículo 148 ter).

Agregó el diputado Saffirio que la indicación reformula el artículo 149 del Código Penal, cuyo texto en vigor sanciona con la pena de reclusión menor y la suspensión en el cargo a los encargados de los establecimientos penales que infringen una serie de obligaciones respecto de las personas privadas de libertad, como no registrar el ingreso, impedir la comunicación con el juez, etc. La indicación, a este respecto, recogiendo una sugerencia planteada por un abogado penalista que expuso ante la Comisión, propone un texto actualizado del artículo 149 y en sintonía con la normativa procesal.

El **diputado señor Bellolio** destacó el aporte a la discusión particular realizada por el diputado Saffirio mediante la indicación en comento. Señaló, además, que este proyecto, al igual que el que tipifica el delito de tortura y que se tramitó en esta Comisión, van en la línea de velar por los derechos humanos, en el entendido que estos son inherentes a toda persona. Por otro lado, es positivo que la legislación se adecue al estándar internacional en la materia.

El **diputado señor Arriagada** afirmó que es muy importante diferenciar con nitidez el secuestro de la desaparición forzada de personas. Esta última figura, por su especial gravedad, debe ser imprescriptible, tal como lo consagra la indicación sustitutiva.

En un sentido similar a quien le antecedió en el uso de la palabra se expresó el **diputado señor Gutiérrez (don Hugo)**, quien destacó que no solo la desaparición forzada debe ser imprescriptible, sino también otros delitos, como la violación de menores. Tampoco debería aplicarse la amnistía, el indulto o la media prescripción en beneficio de los victimarios en el caso que nos ocupa. En síntesis, la indicación sustitutiva perfecciona el proyecto original.

El **diputado señor Poblete** dijo que la indicación en referencia es una valiosa colaboración, pues mejora el proyecto original, especialmente al fijar una sanción para el superior jerárquico que, teniendo conocimiento de que subordinados bajo su autoridad han cometido o se proponían cometer el delito de desaparición forzada, no lo impidieron o no hicieron cesar la privación de libertad de la víctima. Es decir, se establece la punibilidad respecto de la “cadena de mando”.

****

Por otra parte, en esta etapa de la discusión se escuchó al director de la Unidad de Cooperación Internacional y Extradiciones de la Fiscalía Nacional, señor Antonio Segovia, quien expuso los puntos de vista y sugerencias del Fiscal Nacional (S) del Ministerio Público sobre el proyecto y, específicamente, acerca de la indicación sustitutiva de marras. Es necesario precisar que los planteamientos de la Fiscalía se refieren tanto al texto de la indicación sustitutiva presentada por el diputado Saffirio y otros con fecha 23 de enero, arriba comentada, como a la que presentó el diputado Saffirio el día 28 de febrero, también sustitutiva, y que constituye una adecuación del texto del 23 de enero.

La Fiscalía -expresó el señor Segovia- está de acuerdo en la necesidad de legislar en torno a esta materia, pues existe un vacío normativo y, además, existen compromisos internacionales pendientes que hay que cumplir, plasmados en las dos Convenciones que Chile ha suscito: la Interamericana y la Internacional. Es importante subrayar que la ley N°20.357, que tipifica crímenes de

lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra, aborda una situación distinta. Lo que hace la moción, en cambio, es tipificar la desaparición forzada como delito común y autónomo. De acuerdo a lo sostenido reiteradamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se requieren, a lo menos, tres elementos para que se configure este delito: a) La privación de libertad de una persona; b) La intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos; y c) La negativa de reconocer la detención o de revelar la suerte o paradero de la persona interesada.

Agregó que un aspecto muy positivo de la indicación sustitutiva es que establece, precisamente, que el sujeto activo del delito debe ser un agente del Estado, o un particular que actúa con su aquiescencia. Es decir, es un sujeto activo calificado, lo que no sucede en el secuestro. Otro aspecto muy relevante es el relativo al bien jurídico protegido. De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia internacionales, estamos en presencia de un delito pluriofensivo, pues se vulneran diversos bienes jurídicos, como la administración de justicia, la libertad personal, el derecho a la vida, la integridad, la seguridad personal y la personalidad jurídica. Al afectarse varios bienes jurídicos, cobra gran importancia el factor tiempo en la tipificación: ¿por cuánto tiempo ha de extenderse la desaparición forzada para ser considerada como tal, y no otro delito? Las Convenciones Internacionales no se pronuncian sobre el punto, en tanto que el Estatuto de Roma exige un período prolongado en que la víctima ha estado sustraída de la protección jurídica. Aunque -admitió- es muy complejo fijar un plazo en la descripción típica, sí sería conveniente consagrar un marco temporal, por la configuración pluriofensiva del delito. En torno a este punto, recordó que hay un plazo general, de 24 horas, para poner al detenido a disposición de la justicia; pero hay otros plazos contemplados en leyes especiales, como la ley antiterrorista, la ley que sanciona el tráfico de drogas, etc.

En cuanto al contenido específico de la indicación en comento, el señor Segovia formuló las siguientes observaciones:

-Es importante que en la construcción del tipo penal, y en particular en la redacción del texto de reemplazo del actual artículo 148 del Código Penal, se respete la siguiente secuencia: la privación de libertad, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida, y como consecuencia de ello se la sustrae de la protección de la ley o se impide el ejercicio de los recursos y garantías correspondientes. Es decir, lo primordial es la privación de libertad.

-La indicación reemplaza el actual artículo 148 del Código, derogando con ello el delito de detención ilegal. De este modo, quedarían impunes las detenciones practicadas fuera del marco legal, pero que no cumplen con los requisitos establecidos para el delito de desaparición forzada. En tal virtud, la Fiscalía es partidaria de mantener el artículo en referencia.

-En lo que dice relación con el artículo 148 bis, que sanciona también al superior jerárquico, es razonable que se le aplique la misma pena que al autor del delito; pero debería irse más allá y, siguiendo la norma que contempla el artículo 150 A para el delito de tortura, análoga responsabilidad -y pena- debería recaer en el empleado público que conociendo la ocurrencia del ilícito, no impidiere o no hiciere cesar la conducta punible. La Fiscalía es del parecer que esta disposición debería incorporarse como un nuevo inciso en el artículo 148, eliminando el artículo 148 bis.

-Otro tópico relevante es el de la prescripción del delito. Ninguna de las 2 convenciones internacionales citadas exige la imprescriptibilidad. Tampoco está consagrada para el delito de tortura y, a juicio de la Fiscalía, debería seguirse la misma regla en la desaparición forzada. Lo que sí exige la normativa internacional sobre la materia es que el período de prescripción ha de ser prolongado y se compute a partir del momento en que cesa la desaparición forzada.

-Por otra parte, el artículo 148 ter que se propone en la indicación de marras establece que “Serán circunstancias agravantes cometer el delito de desaparición forzada en contra de mujeres embarazadas, niños, niñas o adolescentes, adultos mayores, y personas en situación de discapacidad. La pena asignada en estos casos será de presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo.”. Lo que se consagra, en realidad, es una figura agravada del tipo base y no una circunstancia agravante propiamente tal. Se sugiere, al respecto, incorporar una circunstancia modificatoria (agravante) especial y no un tipo penal agravado.

-Finalmente, la Fiscalía tiene algunas observaciones acerca del texto que propone la indicación para reemplazar el artículo 149 del Código Penal y que, en síntesis, sanciona con presidio menor en su grado medio a máximo diversas contravenciones de carácter grave cometidas por funcionarios que tienen a su cargo a personas detenidas. El primer comentario, de carácter general, es que se estima más adecuado ajustar la pena a presidio menor en su grado mínimo, considerando la naturaleza de las situaciones que se tipifican. En un plano más específico, la Fiscalía tiene reparos al numeral 1) del artículo 149, que castiga al que teniendo a su cargo a una persona privada de libertad, omitiere darle oportunamente la información acerca de sus derechos. Sobre este numeral, hay que tener en cuenta que se trata de una situación que controla el juez de garantía al momento del control de la detención, en el ejercicio del rol de garantizar los derechos del imputado. En otros términos, la falta de lectura de derechos no queda sin consecuencias, pues afecta la validez de las actuaciones realizadas. Por lo expuesto, la Fiscalía es partidaria de eliminar dicho numeral del artículo 149. A su vez, el numeral 4 del mismo artículo sanciona al que “impidiere a una persona privada de libertad entrevistarse privadamente con su abogado, comunicarse con el Ministerio Público, el Tribunal competente, el encargado del lugar donde se encuentra privada de libertad, los jueces o Ministros de Corte encargados de las visitas de cárceles o establecimientos penales, o presentar peticiones a la autoridad”. La norma transcrita, en opinión de la Fiscalía, se superpone con la tipificación del delito de desaparición forzada, pues reúne los mismos elementos, pero tiene una pena menos gravosa que la del tipo base, y podría presentarse un problema concursal.

****

A su vez, el diputado Tucapel Jiménez también presentó una indicación de carácter sustitutivo, de similares alcances que las anteriormente señaladas. Sobre las principales innovaciones que ella contiene se refirió el asesor del diputado, abogado Jaime Madariaga. El profesional explicó que en el artículo 148 se incorpora un inciso segundo, que castiga con la misma pena que al autor al agente del Estado que, estando en posición de hacerlo, omite información o niegue la privación de libertad, u omita informar acerca del paradero de la víctima. Otro aspecto diferente radica en que se suprime la rebaja de pena en uno o dos grados (que establece el artículo 148 bis propuesto por el diputado Saffirio y otros) en beneficio del superior jerárquico que, teniendo conocimiento que los subordinados

bajo su autoridad estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, no impidiere o no hiciere cesar la privación de libertad de la víctima. A su juicio, el superior jerárquico debe ser castigado como autor. Sin embargo, no se puede sancionar al superior jerárquico si no logra impedir la desaparición forzada. En cuanto a las circunstancias agravantes, contempladas en el artículo 148 ter, la redacción de ambas indicaciones es similar. Por último, la indicación del diputado Jiménez propone eliminar el numeral 5 del texto de reemplazo del artículo 149 del Código, porque no debería sancionarse con pena de presidio el hecho de no dar aviso a la autoridad en el evento de una privación ilegal de libertad.

El señor Madariaga dijo, luego, que desde su perspectiva lo más grave en la desaparición forzada no es tanto la privación de libertad como la negativa a informar acerca del paradero de la víctima. Esta obligación de informar no se le puede exigir, en cambio, al particular. En atención, por ende, a que el elemento distintivo de la desaparición forzada es el antes mencionado, el delito podría entenderse consumado aun cuando haya transcurrido un breve lapso desde la privación de libertad.

El **abogado Matías Meza, de la BCN**, sostuvo que hay que diferenciar entre la obligación de poner al detenido a disposición del juez de garantía, dentro de las 24 horas siguientes, y la negativa a informar, u omitir información respecto al paradero de una persona. Está claro que la desaparición forzada es un delito pluriofensivo, pero no hay consenso sobre cuáles son los bienes jurídicos protegidos. Si se considera que atenta contra la libertad o la seguridad ambulatoria, sería un delito de peligro abstracto.

Fruto del debate a que dieron lugar las indicaciones en comento, y que en definitiva fueron rechazadas o retiradas por sus autores, con fecha 13 de marzo de 2017 se presentó otra indicación, de carácter sustitutivo, suscrita por los diputados señores Gutiérrez (don Hugo), Jiménez y Saffirio, que recogió las distintas observaciones y comentarios que se vertieron en el transcurso del debate. Dicha indicación, que pasa a transcribirse, fue objeto del siguiente tratamiento por parte de la Comisión.

Indicación Sustitutiva del proyecto original

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

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

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

El numeral 1 fue aprobado por asentimiento unánime, con los votos de los diputados señores Coloma, Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Ojeda, Paulsen, Poblete y Saffirio.

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

“Artículo 148 A.- El empleado público que con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre

su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

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

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

Si con ocasión de la desaparición forzada se cometiere además:

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

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

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

El artículo 148 A recibió el siguiente trato:

Su **inciso primero fue rechazado por falta de quórum**. Votaron a favor los diputados señores Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Letelier, Ojeda y Saffirio; en tanto que lo hicieron en contra los diputados señores Bellolio, Coloma, Kast (don Felipe), Paulsen y Poblete; **aprobándose en su reemplazo, por unanimidad, una indicación de los diputados señores Arriagada, Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Letelier, Poblete y Saffirio, de fecha 5 de abril,** que propone el siguiente texto para el inciso primero del artículo en referencia:

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

Participaron en la votación de la indicación transcrita los diputados señores Coloma, Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Letelier, Ojeda, Poblete y Saffirio.

Los incisos segundo, tercero y cuarto fueron aprobados por unanimidad, con los votos de la diputada señora Pascal y de los diputados señores Bellolio, Coloma, Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Kast (don Felipe), Letelier, Ojeda, Paulsen, Poblete y Saffirio.

El inciso final fue aprobado por simple mayoría. Votaron a favor la diputada señora Pascal y los diputados señores Gutiérrez (don Hugo), Jiménez Letelier, Ojeda, Poblete y Saffirio; en contra lo hicieron los diputados señores Bellolio, Coloma, Kast (don Felipe) y Paulsen.

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

El artículo en mención fue aprobado por simple mayoría. Votaron a favor la diputada señora Pascal y los diputados señores Bellolio, Coloma, Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Kast (don Felipe), Letelier, Ojeda, Poblete y Saffirio; mientras que se abstuvo el diputado señor Paulsen.

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

Fue aprobado por unanimidad, con los votos de la diputada señora Pascal y los diputados señores Bellolio, Coloma, Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Kast (don Felipe), Letelier, Ojeda, Paulsen, Poblete y Saffirio.

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

El artículo en referencia fue aprobado con la misma votación que el anterior (11).

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

Fue aprobado por unanimidad, con los votos de la diputada señora Pascal y los diputados señores Bellolio, Coloma, Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Kast (don Felipe), Letelier, Ojeda, Paulsen, Poblete, Sabag y Saffirio.

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

Esta enmienda fue aprobada también por asentimiento unánime (12).

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

La modificación al citado artículo del CJM fue aprobada por simple mayoría. Votaron a favor la diputada señora Pascal y los diputados señores Bellolio, Gutiérrez (don Hugo), Kast (don Felipe), Jiménez, Letelier, Ojeda, Poblete, Sabag y Saffirio. Se abstuvieron los diputados señores Coloma y Paulsen.

V.- ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADAS O DECLARADAS INADMISIBLES.

1) El proyecto original, ya que fue objeto de una indicación sustitutiva, que lo reemplazó en su integridad, según se vio en su oportunidad. El texto de la moción es el siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

2) Una indicación de fecha 23 de enero de 2017, de carácter sustitutivo del proyecto original, suscrita por los diputados señores Gutiérrez (don Hugo), Jiménez, Mirosevic, Ojeda, Paulsen, Poblete y Saffirio, por unanimidad (7 en contra), y cuyo texto es el siguiente:

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

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

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

2.- Sustitúyase el artículo 148, por el siguiente:

“Art. 148.- El empleado público, o el que actúe con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, que prive de libertad a una persona, y la sustraiga de la protección de la ley, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad, o de informar sobre el paradero de la víctima, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo.

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

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

3.- Agrégase el siguiente artículo 148 bis:

“Art. 148 bis.- Será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados, el superior jerárquico que teniendo conocimiento de que sus subordinados bajo su autoridad, estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, no impidiere o no hiciere cesar la privación de libertad de la víctima.”.

4.- Agrégase el siguiente artículo 148 ter:

“Art. 148 ter.- Serán circunstancias agravantes, cometer el delito de desaparición forzada en contra de mujeres embarazadas, menores de edad, adultos mayores, o personas en situación de discapacidad. La pena asignada en estos casos será de presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo.”.

5.- Agrégase el siguiente artículo 148 quáter:

“Art. 148 quáter.- El juez podrá rebajar hasta dos grados la pena que corresponda a los partícipes del delito, que hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida, o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada, o que hubiesen colaborado en la identificación de los responsables del hecho.”.

6.- Sustitúyase el artículo 149 por el siguiente:

“Art. 149.- Será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, el empleado público que:

1° teniendo a su cargo a una persona privada de libertad omitiere darle oportunamente la información acerca de sus derechos que ella le requiera o a que la ley lo obliga, o le diere información falsa;

2° debiendo conducir a una persona privada de libertad a la presencia del Tribunal o del Ministerio Público, o darles noticia del hecho, omitiere hacerlo en los plazos contemplados en el Código Procesal Penal;

3° estando encargado de un establecimiento destinado a mantener personas privadas de libertad que recibiere en él a una persona en calidad de detenida, sujeta a prisión preventiva o condenada a pena privativa de libertad omitiere dejar la constancia en el registro público que la ley ordena;

4° impidiere a una persona privada de libertad entrevistarse privadamente con su abogado, comunicarse con el Ministerio Público, el Tribunal competente, el encargado del lugar donde se encuentra privada de libertad, los jueces o Ministros de Corte encargados de las visitas de cárceles o establecimientos penales, o presentar peticiones a la autoridad;

5° careciendo de facultades para hacer cesar una privación ilegal de libertad, omitiere dar aviso a la autoridad competente, estando en posición para hacerlo.”.

3) Del diputado señor Ojeda, presentada con fecha 13 de marzo de 2017, por unanimidad (9 en contra), y que proponía sustituir el proyecto original por el siguiente:

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

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

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

2.- Agrégase el siguiente artículo 148 bis, nuevo:

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

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

Si con ocasión de la desaparición forzada se cometiere además:

1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 150 A, 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.

Los delitos señalados en este artículo seguirán las reglas generales en cuanto a prescripción, sin perjuicio de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Los plazos de prescripción se contarán desde que cesa la desaparición forzada."

3.- Agrégase el siguiente artículo 148 ter:

“Art. 148 ter. Serán circunstancias agravantes cometer el delito de desaparición forzada en contra de embarazadas, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, y personas en situación de discapacidad. Concurriendo estas circunstancias se aumentará en un grado la pena.”

4.- Agrégase el siguiente artículo 148 quáter:

“Artículo 48 quáter.- El juez podrá rebajar hasta dos grados la pena que corresponda a los partícipes del delito que hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida, o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada, o que hubiesen colaborado en la identificación de los responsables del hecho.”.

4) Del diputado señor Arriagada, presentada con fecha 13 de marzo de 2017, por unanimidad (9 en contra, salvo la indicación recaída en el artículo 149 del Código, que fue rechazada por 11 en contra y 1 abstención), que proponía reemplazar el texto de la moción original por el siguiente:

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

1.- Para agregar en el encabezado del párrafo 4° del Título III del Libro II lo siguiente:

a) Entre la palabra “derechos” y “garantizados” la expresión: “fundamentales de las personas”

b) A continuación de la palabra “Constitución”, eliminándose el punto final, la frase: “y los Tratados de Derechos Humanos ratificados y vigentes en Chile.”

2.- Para sustituir en el inciso primero del artículo 147 bis, el párrafo “y que se niegue a informar o reconocer dicha privación de libertad o paradero del ofendido” por el siguiente:

“, cualquiera que fuere su forma, negándose a reconocer dicha privación de libertad u ocultando la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley,”

3.- Para agregar en el artículo 147 bis un inciso quinto del siguiente tenor:

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

4.- Agrégase un nuevo artículo 148 bis, del siguiente tenor:

“Art. 148 bis.-El empleado público, o el que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, prive de libertad a una persona, negándose a reconocer dicha privación de libertad u ocultando la suerte o paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola de la protección de la ley, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

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

Si la privación de libertad de la víctima se prolongare por un plazo mayor al que la ley en cualquier caso establece para una legítima privación de libertad o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses de la víctima, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.

El que con motivo u ocasión de la desaparición forzada cometiere además tortura, homicidio, violación, violación sodomítica, o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N°1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

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

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

Para agregar al actual artículo 148 bis, a continuación del punto final que pasa a ser una coma, el siguiente texto:

“, no pusiere de inmediato los hechos en conocimiento de las autoridades públicas, o no denunciare a la brevedad la comisión o del delito, su tentativa o los planes existentes para su comisión al Ministerio Público.”

5) Para eliminar del artículo 148 ter, la siguiente frase: “La pena asignada en estos casos será de presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo”.

6) Para sustituir el artículo 148 ter por el siguiente:

“Artículo 148 ter. El que cometa el delito de desaparición forzada en contra de mujeres embarazadas, niños, niñas o adolescentes, adultos mayores, y personas en situación de discapacidad, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo.”

7) Para sustituir el numeral 2 de artículo 149, por el siguiente:

“2°. Debiendo informar a de la detención de una persona, poner al detenido a disposición del Ministerio Público o conducirlo a la presencia del Tribunal omitiere hacerlo o no lo hiciese dentro de los plazos establecidos en el artículo 131 del Código Procesal Penal”

Para agregar un nuevo numeral 4 al artículo 149, del siguiente tenor:

4° Impidiere a una persona privada de libertad comunicarse telefónicamente con las personas de su confianza que estime necesario; solicitar y/o ser visitado por jueces o Ministros de Corte encargados de las visitas de cárceles o establecimientos penales en las ocasiones regulares en las se realizan o en otras extraordinarias; solicitar y/o ser visitados y oídos en forma reservada por abogados de la Defensoría Penal Pública, Fiscales del Ministerio Público, u otros Jueces o Ministros de Corte; solicitar y/o entrevistarse privadamente con su abogado; solicitar y/o ser examinado y atendido por un médico legista o por uno de su confianza; presentar telefónicamente o por escrito cualquier otra petición a la autoridad; o no cursare tales peticiones a la brevedad posible.”

8) Para agregar un nuevo artículo 149 bis, del siguiente tenor:

“Artículo 149 bis. La desaparición forzada de personas no será considerada delito político para los efectos de extradición. Y se considerará en todo caso incluida entre los delitos que dan lugar a extradición”.

9) Para agregar un nuevo artículo 149 ter del siguiente tenor:

“Artículo 149 ter. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.”

10) Para agregar un nuevo artículo 149 quáter del siguiente tenor:

“Artículo 149 quáter.- En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada de personas. Tampoco tales circunstancias excepcionales considerarse como circunstancia eximente o atenuante de responsabilidad.

En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.

En la tramitación de dichos procedimientos o recursos, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya

motivos para creer que se puede encontrar a las personas desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar".

11) Para agregar un nuevo artículo 149 quinquies del siguiente tenor:

"Artículo 149 quinquies. Los responsables del delito de desaparición forzada de personas, sea que hayan participado como autores, cómplices o encubridores del mismo, no podrán ser beneficiados por indulto de ningún tipo ni por una norma de amnistía.

Si los autores del delito de desaparición forzada establecidos en los artículos 147 bis, 148, 148 bis, 148 ter, fueren miembros del Ejército, Armada, Fuerza Aérea o Carabineros, serán sancionados además con la pena accesoria de degradación Contemplada en el artículo 228 del Código de Justicia Militar. Los condenados a esta pena accesoria, no podrán ser indultados ni rehabilitados por decreto ni ley, ni siquiera si fuere una ley de amnistía.

5) De la diputada señora Pacheco y del diputado señor Poblete, de fecha 8 de marzo de 2017, por unanimidad (7 en contra), cuya finalidad era incorporar el siguiente artículo en el Código Penal:

"Artículo 148 bis: El empleado público que con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.".

6) Del diputado señor Paulsen, que proponía incorporar los siguientes artículos 148 bis y 148 ter en el Código Penal, al aprobarse otra indicación sobre la misma materia, según se analizó en el capítulo anterior de este informe:

"Artículo 148 bis.- El empleado público o el que actúe con la aquiescencia de este, que sustrajere a una persona a la protección de la ley, la prive de libertad de cualquier modo, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando información falsa, será sancionado con la pena de presidió mayor en su grado mínimo.

El delito señalado en el inciso anterior tendrá un carácter continuado o permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.

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

Artículo 148 ter.- Se aumentará en un grado la pena señalada en el inciso primero del artículo 148 bis, cuando las conductas ahí descritas se cometan en contra de mujeres embarazadas, niños, niñas o adolescentes, adultos mayores, y personas en situación de discapacidad.".

VI.- TEXTO DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN.

Por las razones señaladas, y por las que expondrá oportunamente el diputado informante, la Comisión recomienda a la Sala aprobar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

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

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

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

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

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

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

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

Si con ocasión de la desaparición forzada se cometiere además:

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

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

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

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

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

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

Artículo 148 E.- Si el delito descrito en el artículo 148 A es cometido por uno o más miembros de las Fuerzas Armadas o Carabineros en contra de otro miembro de las Fuerzas Armadas o Carabineros, corresponderá conocer del mismo

a la jurisdicción ordinaria, y en consecuencia se aplicarán las normas contempladas en el Código Procesal Penal.”.

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

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

****

Tratado y acordado, según consta en las actas correspondientes a las sesiones celebradas los días 7 de septiembre; 5 y 12 de octubre; 23 y 30 de noviembre; y 14 de diciembre de 2016; 11, 18 y 25 de enero; 8 y 15 de marzo; y 5 de abril de 2017, con la asistencia de la diputada señora Denise Pascal y de los diputados señores Claudio Arriagada, Jaime Bellolio, Juan Antonio Coloma, Hugo Gutiérrez, Tucapel Jiménez (Presidente), Felipe Kast, Felipe Letelier, Sergio Ojeda, Diego Paulsen, Roberto Poblete, Jorge Sabag, René Saffirio y Raúl Saldívar.

La diputada señora Clemira Pacheco y el diputado señor Germán Becker reemplazaron a la señora Denise Pascal y al señor Diego Paulsen, respectivamente.

También concurrió la diputada señora María Loreto Carvajal.

Sala de la Comisión, a 7 de abril de 2017.

JUAN CARLOS HERRERA INFANTE
Abogado Secretario de la Comisión