



Desaparición Forzada de Personas

ANÁLISIS COMPARADO E INTERNACIONAL

Autores por **ProFis**

Coordinador Kai Ambos (Alemania)

Ezequiel Malarino (Argentina)

Pablo Alflen (Brasil)

José Luis Guzmán (Chile)

Claudia López Díaz (Colombia)

Ivan Meini (Perú)

Pablo Galain (Uruguay)

José Luis Modolell (Venezuela)



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

Instituto de Ciencias Criminales
Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional

Desaparición forzada de personas

Análisis comparado e internacional

Desaparición forzada de personas

Análisis comparado e internacional

Kai Ambos (Coordinador)
Alemania

Ezequiel Malarino
Argentina

Pablo Rodrigo Alflen da Silva
Brasil

José Luis Guzmán Dalbora
Chile

Claudia López Díaz
Colombia

Iván Meini
Perú

Pablo Galain Palermo
Uruguay

Juan Luis Modolell González
Sistema interamericano de DDHH

Kai Ambos / María Laura Böhm
Análisis comparativo-internacional



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá



editorial
TEMIS S. A.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN
Instituto de Ciencias Criminales
Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional

Con el auspicio de Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Proyecto “Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional–, ProFis”. PN: 2007.9065.9-001.00

Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional
© Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH
Primera edición: julio de 2009
ISBN: 978-958-35-0736-6 2404 200900044200

Coordinación de contenido: Kai Ambos
Coordinación editorial: Juliana Correa

Fiscalía General de la Nación
Mario Iguarán Arana
Fiscal General de la Nación

Luis González León
Jefe Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz

Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH
Bárbara Hess
Directora Agencia GTZ en Bogotá

Andreas Forer
Coordinador ProFis

© Editorial Temis S. A.
Calle 17, núm. 68D - 46, Bogotá, D. C.
www.editorialtemis.com

Autores

© Kai Ambos, Alemania
© María Laura Böhm, Alemania
© Ezequiel Malarino, Argentina
© Pablo Rodrigo Alflen da Silva, Brasil
© José Luis Guzmán, Chile
© Pablo Galaín Palermo, Uruguay
© Iván Meini, Perú
© Claudia López Díaz, Colombia
© Juan Luis Modolell González, Venezuela

Impresión
Nomos Impresores.
Bogotá, D. C.

Las opiniones expresadas representan la opinión de sus respectivos autores.

PRESENTACIÓN

La desaparición forzada de personas ha sido y sigue siendo lamentablemente un fenómeno de gran relevancia en América Latina. Si bien la persecución penal de esta práctica ha ido creciendo en los últimos años los problemas dogmáticos (materiales y procesales) relacionados con la construcción típica de la figura han recibido poca atención y están lejos de ser resueltos. Por esta razón, este estudio comparativo pretende tratar estos problemas con más profundidad y proponer un tipo penal modelo que pueda servir como base para codificaciones nacionales.

La metodología del estudio sigue en principio el primer “casebook” sobre autoría mediata preparado por encargo del proyecto ProFis de la GTZ y del Ministerio Federal de Relaciones Exteriores (*Auswärtiges Amt*) (Edit. Temis, Bogotá, 2008, 2ª ed., 2009). Sin embargo, limitamos la selección de países a los latinoamericanos donde el fenómeno ha tenido más relevancia práctica y jurídica. En este sentido agradecemos las colaboraciones de Ezequiel Malarino (Argentina), Pablo Alflen da Silva (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Claudia López Díaz (Colombia), Ivan Meini (Perú) y Pablo Galain Palermo (Uruguay). Además, solicitamos de Juan Luis Modolell González (Venezuela) un estudio sobre el sistema interamericano de derechos humanos. *Last but not least*, decidimos elaborar un análisis comparado que recoge los problemas discutidos nacionalmente y trata de darles una solución con pretensión regional o supranacional. Por su cooperación en este trabajo así como en la revisión de los otros textos agradezco a mi colaboradora María Laura Böhm. La edición final quedó en manos de la prestigiosa Editorial Temis que garantiza también la difusión del trabajo.

KAI AMBOS,
Göttingen, Alemania, julio de 2009

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios, obra colectiva
AEDI	Anuario Español de Derecho Internacional
AGONU	Asamblea General Organización Naciones Unidas
art.	artículo
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal Alemán)
CADDHH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Código Civil
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEFEA	Centro de Entrenamiento de la Policía del Escuadrón de Contra subversión Urbana
CEJIL	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
CESL	Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona
cfr.	confrontar
CG	Convenciones de Ginebra
CICGCLH	Convención Imprescriptibilidad Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIPPDP	Convención Internacional para la Protección de las Personas contra Desapariciones Forzadas
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
cit.	citado
CLF	<i>Criminal Law Forum</i> (Revista internacional)
CNUDFP	Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
ComIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONADEP	Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas

CONU	Carta de Naciones Unidas
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CPC	Código Penal Colombiano
CPE	Código Penal Español
CPI	Corte Penal Internacional
CPP	Código del Proceso Penal
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CU	Constitución Uruguay
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DFP	Desaparición forzada de personas
DINTE	Dirección de Inteligencia del Ejército
DIRCOTE	Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional
D.O.	Diario Oficial
DPPDF	Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
DUDDHH	Declaración Universal sobre Derechos Humanos
ECHR	Corte Europea de Derechos Humanos
ECIDHH	Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ed.	edición
EDEX	Escuadrón de Desactivación de Explosivos
EJIL	European Journal of International Law (Revista internacional)
ER	Estatuto de Roma (de la CPI)
ETMILO	Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente
ETMIN	Estatuto Tribunal Militar Internacional Nuremberg
FF.AA	Fuerzas Armadas
FUSNA	Cuerpo de Fusileros Navales
GEIN	Grupo Especial de Inteligencia
GG	Grundgesetz (Constitución Federal de Alemania)
<i>ibid. (ibidem)</i>	la misma obra antes mencionada
<i>id. (idem)</i>	el mismo autor antes mencionado
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JLP	Juzgado Letrado Penal
nm.	nota marginal
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas

ABREVIATURAS

PAICGIV	Protocolo Adicional II de la IV Convención de Ginebra
PIDCP	Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos
pág.	página
págs.	páginas
párr.	párrafo
párrs.	párrafos
<i>passim</i>	en diversos lugares (del texto)
PDCP	Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos
PG	Parte general
RP	Revista Penal (España)
s.	siguiente
<i>scil. (scilicet)</i>	es decir, o sea
SCJ	Suprema Corte de Justicia (Uruguay)
SIE	Sistema de Inteligencia del Ejército
SIN	Servicio de Inteligencia Nacional
ss.	siguientes
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemán)
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TPA	Tribunal Penal de Apelaciones
TPIR	Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para la ex-Yugoslavia
TPR	Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para Ruanda
TPY	Tribunal Penal Internacional <i>ad hoc</i> para la ex-Yugoslavia
TTPCID	Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes
UNTAET	Administración de Transición de las Naciones Unidas en Timor Oriental
VStGB	Código Penal Internacional alemán (<i>Völkerstrafgesetzbuch</i>)
YJIL	<i>Yale Journal of International Law</i> (Revista EE.UU.)

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Presentación	VII
Abreviaturas	IX

PRIMERA PARTE

INFORMES NACIONALES

CAPÍTULO I

ARGENTINA

EZEQUIEL MALARINO

1. Descripción fáctica del fenómeno y derecho aplicable	5
A) El fenómeno de la desaparición forzada de personas	5
B) Derecho aplicable	6
2. Jurisprudencia	8
A) Corte Suprema, caso Simón, decisión de 14 de junio de 2005	8
B) Cámara Federal, Sala I, caso Videla, decisión de 7 de julio de 2008	18
C) Cámara Federal, Sala II, caso Simón, decisión de 3 de abril de 2001	20
D) Cámara Federal, Sala I, caso Acosta, decisión del 9 de septiembre de 1999	22
3. Comentario	24
4. Consecuencias para el caso colombiano	35
5. Bibliografía	36
A) Textos de doctrina	36
B) Informes	36
C) Jurisprudencia	36

CAPÍTULO II

BRASIL

PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA

1. Descripción fáctica del fenómeno y derecho aplicable	41
A) El fenómeno	41
B) Derecho aplicable	42

	PÁG.
2. Análisis de la jurisprudencia	43
A) Aspecto procesal	43
B) Aspecto material	46
C) Estado actual	50
3. Referencia al caso colombiano	50
4. Fuentes	51
A) Literatura	51
B) Legislación	52
C) Procesos	52

CAPÍTULO III

CHILE

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

1. Descripción fáctica del fenómeno y derecho aplicable	55
2. Sentencia más importante	58
3. Explicación y comentario de la sentencia	62
A) Aspecto material	62
B) Aspecto procesal	70
4. Referencia al caso colombiano	71
5. Bibliografía	72

CAPÍTULO IV

COLOMBIA

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ

1. Descripción del delito de desaparición forzada en Colombia y derecho aplicable	77
A) Antecedentes constitucionales de la desaparición forzada y su desarrollo en la legislación colombiana	77
B) Constitucionalidad del artículo 165 del Código Penal	80
C) Incorporación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a la legislación colombiana en materia del delito de desaparición forzada	81
D) Derecho aplicable	83
2. Jurisprudencia	84
A) Supuestos fácticos	85
B) Supuestos jurídicos	87
3. Explicación y comentario de la sentencia	88
A) Aspecto material	88
B) Aspecto procesal	94
4. Conclusiones	97

	PÁG.
5. Bibliografía	99
A) Jurisprudencia analizada	99
B) Leyes	99
C) Sentencias	100
D) Documentos internacionales	100
E) Libros	101
F) Gacetas del Congreso	103

CAPÍTULO V

PERÚ

IVÁN MEINI

1. Descripción del fenómeno de la desaparición forzada de personas en el Perú y marco normativo aplicable	107
A) Desaparición forzada de personas en el contexto del conflicto armado interno	107
B) El concepto de desaparición forzada de personas en la normativa interna y su relación con la regulación internacional	108
2. Casos en la jurisprudencia peruana	110
A) Caso Ernesto Castillo Páez	110
B) De la interpretación del delito de DFP en el caso Castillo Páez	111
C) Caso La Cantuta	113
3. Comentario. Referencia especial a la interpretación del comportamiento típico en el delito de desaparición forzada de personas	115
A) Desaparición forzada de personas y su posible ejecución como delito de lesa humanidad	115
B) Autonomía de la DFP frente a otras formas de protección penal. ¿DFP como delito pluriofensivo?	117
C) Privación de libertad como “presupuesto” del comportamiento típico y no como “elemento” de éste	119
D) Personalidad jurídica como bien jurídico protegido: infracción del deber de informar como desaparición debidamente comprobada	121
E) Autoría y participación	123
F) Consumación	124
G) Consideraciones concursales	127
4. Comentarios sobre la legislación colombiana	128
5. Bibliografía	130

CAPÍTULO VI

URUGUAY

PABLO GALAIN PALERMO

1. Descripción fáctica del fenómeno y derecho aplicable	135
2. Jurisprudencia	139

	PÁG.
3. Explicación y comentario de la sentencia	142
A) Aspecto material	142
B) Aspecto procesal y cuestión probatoria	164
4. Referencia al caso colombiano	169
5. Fuentes	170
A) Doctrina	170
B) Jurisprudencia	174

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DE DERECHO HUMANITARIO, DERECHO COMPARADO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

JUAN LUIS MODELELL GONZÁLEZ

1. Aspectos generales	181
2. Aspectos sustantivos (elementos del crimen)	184
A) Bien jurídico protegido	184
B) Conducta típica	188
C) Sujeto activo	190
D) Carácter permanente de la desaparición forzada de personas	191
3. Bibliografía	193

CAPÍTULO II

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO

Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa

KAI AMBOS / MARÍA LAURA BÖHM

Observación preliminar	195
1. Desaparición forzada de personas en los ordenamientos nacionales	198
A) Hechos	198
B) Derecho aplicable	201

	PÁG.
C) ¿Secuestro como delito ordinario alternativo?	204
D) Derecho material de la desaparición forzada de personas	205
E) Derecho procesal	216
F) Conclusiones: problemas de la tipicidad	217
2. Desaparición forzada de personas en el ordenamiento internacional	218
A) Fuentes	218
B) Doctrina y jurisprudencia respecto del derecho material	222
C) Jurisprudencia respecto del derecho procesal	241
3. Conclusiones y propuesta de un tipo modelo de la desaparición forzada de personas	244
4. Bibliografía	251

PRIMERA PARTE

INFORMES NACIONALES

CAPÍTULO I

ARGENTINA

EZEQUIEL MALARINO

Graduado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor al mérito (1996). Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Macerata, Italia (2005). Co-coordinador del Grupo latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional de la Universidad de Göttingen y la Fundación Konrad Adenauer. Profesor en la Carrera de especialización en Derecho Penal y en la maestría en Derecho Penal del Mercosur de la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia (2006, 2007, 2008). Fue investigador de planta del Collège de France, París, Francia (2004-2006). Fue investigador de planta del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, República Federal de Alemania (2002-2004). Fue consultor del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (caso Nolic). Fue becario del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional y del Ministerio para la Investigación científica de Italia.

Entre los años 1998 y 2006 ha realizado diferentes estancias de investigación en las siguientes universidades y centros de investigación: Universidad Westfälische Wilhelms de Münster (República Federal alemana), Instituto Max-Planck (República Federal alemana), Universidad de Bolonia (Italia), Universidad de Macerata (Italia), Universidad de Camerino (Italia), Universidad de Trento (Italia), Universidad de París I Panthéon-Sorbonne y Colegio de Francia (Francia).

1. DESCRIPCIÓN FÁCTICA DEL FENÓMENO Y DERECHO APLICABLE

A) *El fenómeno de la desaparición forzada de personas*

La desaparición de personas fue la principal metodología de lucha contra la oposición política e ideológica utilizada por el gobierno militar que ocupó *de facto* el poder en la República de Argentina entre los años 1976 y 1983. Esta particular metodología consistía, por un lado, en el secuestro de la persona y su traslado a un centro clandestino de detención —en donde era alojada en condiciones infra-humanas y sometida a toda clase de torturas— y, por el otro, en la falta total de información a los familiares sobre su destino y suerte.

Esta práctica violatoria de múltiples derechos humanos tuvo lugar especialmente durante los primeros años del régimen militar, cuando la represión de la oposición política vivió su etapa más cruenta. Como tempranamente comprobó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH) en su *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, hecho público el 11 de abril de 1980, las desapariciones de personas ocurrieron básicamente durante los años 1976 a 1978; a partir de allí, las denuncias sobre nuevos casos de personas desaparecidas disminuyeron, pero como se preocupó en subrayar la ComIDH, el problema de los desaparecidos no cesó, porque el Gobierno no había tomado ninguna medida para esclarecer la situación de dichas personas. Es interesante transcribir algunas de las partes correspondientes al capítulo III de este informe, capítulo dedicado, como indica su título, a “[e]l problema de los desaparecidos”. En su parte final, bajo el apartado “[m]agnitud y secuelas del problema de los desaparecidos” (punto G.), la ComIDH expresa:

“El origen del fenómeno de los desaparecidos, la forma en que se produjeron las desapariciones y el impresionante número de víctimas alcanzadas están íntimamente ligados al proceso histórico vivido por Argentina en los últimos años, en especial a la lucha organizada en contra de la subversión. La violencia ejercida por los grupos terroristas encontró una similar y aún más enérgica respuesta por parte de los aparatos de seguridad del Estado que ocasionó graves abusos al intentarse suprimir la subversión prescindiendo de toda consideración moral y legal.

”Según los muchos testimonios e informaciones que la Comisión ha recibido [,] pareciera [sic] existir una amplia coincidencia de que en la lucha contra la subversión se crearon estructuras especiales, de carácter celular, con participación a diferentes niveles de cada una de las ramas de las Fuerzas Armadas, las que estaban compuestas por comandos de operación autónomos e independientes en su accionar.

”La acción de estos comandos estuvo dirigida especialmente en contra de todas aquellas personas que, real o potencialmente pudiesen significar un peligro para la seguridad del Estado, por su efectiva o presunta vinculación con la subversión.

”Esta lucha desatada con el objeto de aniquilar totalmente la subversión tuvo su más sensible, cruel e inhumana expresión en los miles de desaparecidos, hoy presumiblemente muertos, que ella originó.

”Parece evidente que la decisión de formar esos comandos que actuaron en el desaparecimiento y posible exterminio de esas miles de personas fue adoptada en los más altos niveles de las Fuerzas Armadas con el objeto de descentralizar la acción antisubversiva y permitir así que cada uno de los comandos dispusiera de un ilimitado poder en cuanto a sus facultades para eliminar a los terroristas o a los sospechosos de serlo. La Comisión tiene la convicción moral que tales autoridades, de un modo general, no podían ignorar los hechos que estaban ocurriendo y no adoptaron las medidas necesarias para evitarlos”.

Una vez recuperada la vida democrática, el presidente Raúl Alfonsín (Unión Cívica Radical) creó, en su primera semana de gobierno, la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Conadep), que tenía el objeto específico de esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas en la Argentina (decr. 187-83, B.O. 19-12-83). En su informe final, publicado en septiembre de 1984 con el nombre *Nunca Más*, la Conadep estimó que el número de personas que continuaban en situación de desaparición forzada ascendía a 8960. La Comisión indicó que dicho número no podía considerarse definitivo, dado que muchos casos de desapariciones no habían sido denunciados.

B) *Derecho aplicable*

El delito de desaparición forzada de personas fue introducido en el ordenamiento jurídico argentino mediante la ley 26200, que adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y que fue publicada en el *Boletín Oficial* el 9 de enero de 2007, como conducta individual del crimen de lesa humanidad. El artículo 2º, apartado 2º, de dicha ley remite a la definición del ECPI: “Las conductas descrip-

tas en los artículos 6º, 7º, 8º y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé”.

El artículo 7º apartados 1, i) y 2, i) del ECPI tipifica el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas en los siguientes términos: “1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] i) Desaparición forzada de personas [...]

”2. A los efectos del párrafo 1: [...] i) 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 informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado [...]”.

Las penas aplicables al crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas están tipificadas en el artículo 9º de la ley 26200: “En los casos previstos en el artículo 7º del Estatuto de Roma [...] la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua”.

La ley 26200 también prevé una regla especial de medición de la pena, según la cual la pena en ningún caso podrá ser inferior a la que pudiera corresponderle al autor si fuera condenado por las normas del Código Penal (art. 12), y dispone la *imprescriptibilidad* de estas conductas (art. 11). Por su parte, esta ley establece que “[n]inguno de los delitos previstos en el Estatuto de Roma ni en la presente ley puede ser aplicado en violación al principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional. En tal caso, el juzgamiento de esos hechos debe efectuarse de acuerdo con las normas previstas en nuestro derecho vigente”. De este modo, si se llega a verificar un déficit en cuanto al principio de legalidad, el juez nacional está obligado a juzgar el caso según las reglas comunes del Código Penal.

Con anterioridad a la ley 26200 no existía una norma penal en el ordenamiento jurídico argentino que reprimiera el delito de desaparición forzada de personas.

Ahora bien, la República de Argentina ha ratificado e incorporado al derecho interno las dos convenciones internacionales sobre la materia. La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (CIDFP), adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994, fue aprobada por la ley 24556 de septiembre de 1995 y publicada en el *Boletín Oficial* el 11 de octubre de ese mismo

año. Esta Convención entró en vigencia en el ámbito internacional y también respecto a Argentina el 28 de marzo de 1996. La ley 24820 (publicada en el *Boletín Oficial* el 29 de mayo de 1997) le concedió jerarquía constitucional. La Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF), adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 2006, fue aprobada por ley 26298 y publicada en el *Boletín Oficial* el 30 de noviembre de 2007. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sentada en el caso Ekmekdjian (1992), las disposiciones de los tratados internacionales que sean lo suficientemente precisas son directamente aplicables.

2. JURISPRUDENCIA

Numerosas sentencias y decisiones de tribunales argentinos se refieren al delito de desaparición forzada de personas. En seguida se transcribirán algunos pasajes de estas decisiones.

A) Corte Suprema, caso *Simón*, decisión de 14 de junio de 2005

“Del voto del juez Maqueda:

”62) Que al momento de la sanción de las mencionadas leyes [leyes de Obediencia Debida y Punto Final] existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, en el caso, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada el 1º de marzo de 1984 por ley 23054 poco tiempo antes de la sanción de las leyes cuestionadas) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Esas dos fuentes consideraban inequívocamente que el delito de desaparición forzada de personas cometido por funcionarios de un Estado quedaba incluido en la categoría de los delitos de lesa humanidad y que las convenciones vigentes al momento de la sanción de las leyes impugnadas impedían que el Estado argentino dispusiera medidas que impidieran la persecución penal tendiente a averiguar la existencia del delito, la tipificación de la conducta examinada y, eventualmente, el castigo de los responsables de los crímenes aberrantes ocurridos durante el período citado.

”[...] 83) Que lo hasta aquí expresado en modo alguno implica desconocer el principio *nullum crimen sine lege* por cuanto la conducta materia de juzgamiento, al momento de los hechos, no solo estaba prevista en el derecho internacional incorporada mediante el artículo 118 de la Constitución Nacional, sino que también constituía un delito para el Código Penal argentino. Cabe tener presente que la persecución de crímenes

contra el derecho de gentes sobre la base de la ley interna de cada Estado no es un criterio nuevo, dado que fue adoptado en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron crímenes de esa naturaleza. Así se ha procedido en los Estados Unidos en el caso *United States v. Calley* (22 U.S.C.M.A. 534, December 21, 1973). En Israel en el caso *Eichmann* y en Grecia en el juicio seguido a la junta militar que gobernó ese país hasta el año 1974 (Ratner, Steven R. y Abrams, Jason *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, pág. 168). Por otra parte el encuadramiento de aquellas conductas investigadas en los tipos penales locales en modo alguno implica eliminar el carácter de crímenes contra la humanidad ni despojarlos de las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes.

”84) Que, por lo expuesto, las conductas investigadas no solo eran crímenes para la ley internacional y para tratados suscriptos por la República Argentina (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos) sino que nuestro código preveía una clara descripción de la conducta así como su respectiva sanción, lo que implica preservar debidamente el principio de legalidad cuyo fin es que cualquiera que vaya a cometer un acto ilegal esté claramente advertido con anterioridad por la norma que esa conducta constituye un delito y su realización conlleva una pena [...].

”85) Que en cuanto a la objeción del recurrente de que sería contrario al principio de legalidad material, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, tomar en consideración una figura delictiva no tipificada en la legislación interna, como la desaparición forzada de personas. Frente a ello cabe afirmar que el delito de desaparición forzada de personas se encontraba tipificado en distintos artículos del Código Penal argentino, pues no cabe duda [de] que el delito de privación ilegítima de la libertad previsto en dicho código contenía una descripción lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados «desaparición forzada de personas» (arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis).

”86) Que, por otra parte, el crimen de la desaparición forzosa de personas fue tenido en cuenta para la creación del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, mediante resolución 20 (xxxvi) del 29 de febrero de 1980, constituyó una actitud concreta de censura y repudio generalizados, por una práctica que ya había sido objeto de atención en el ámbito universal por la Asamblea General (res. 33/173 del 20 de diciembre de 1978), por el Consejo Económico y Social (res. 1979/38 del 10 de mayo de 1979) y por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías [res. 5 B (xxxii) del 5 de septiembre de 1979]. También las resoluciones de la asamblea general n1 3450 (xxx/9/12/75); la 32-128 (16/12/77); y 33/173 del 20 de diciembre de 1978.

”87) Que, en el ámbito regional americano, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos y la Comisión Interamericana se habían referido reiteradamente a la cuestión de las desapariciones para promover la investigación de tales situaciones y para exigir que se les ponga fin [AG-RES. 443 (ix/0/79) de 31 de octubre de 1979; AG-RES 510 (x/0/80) de 27 de noviembre de 1980; AG-RES. 618 (xii/0/82) de 20 de noviembre de 1982; AG-RES. 666 (xiii/0/83) del 18 de noviembre de 1983; AG-RES. 742 (xiv/0/84) del 17 de noviembre de 1984 y AG-RES. 890 (xvii/0/87) del 14 de noviembre de 1987; Comisión Interamericana de Derechos Humanos; *Informe anual*, 1978, págs. 22-24a; *Informe anual* 1980-1981, págs. 113-114; *Informe anual* 1982-1983, págs. 49-51; *Informe anual* 1985-1986, págs. 40-42; *Informe anual* 1986-1987, págs. 299-306 y en muchos de sus informes especiales por países como OEA-Ser.L-V-II.49, doc. 19, 1980 (Argentina); OEA-Ser.L-V-II.66, doc. 17, 1985 (Chile) y OEA-Ser.L-V-II. 66, doc. 16, 1985 (Guatemala)].

”88) Que sobre la base de tales precedentes internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha rechazado la excepción de irretroactividad de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de delitos cometidos con anterioridad a su sanción, al considerar que aquellas conductas ya constituían delitos de lesa humanidad, repudiados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incluso en la década de los setenta (CIDH Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, Serie C núm. 118, sentencia de 23 de noviembre de 2004, párg. 104; ver también caso Velásquez Rodríguez, Serie C núm. 4, del 29 de julio de 1988).

”En conclusión, ya en el momento de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas internacionales que reputaban a la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad.

”Ello significa que aquellos tipos penales, en cuyas descripciones pudiera subsumirse la privación de la libertad que acompaña a toda desaparición forzada de personas, adquirieron, en esa medida, un atributo adicional la condición de lesa humanidad, con las consecuencias que ello implica en virtud de una normativa internacional que las complementó.

”En este contexto la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país solo ha significado una manifestación más del proceso de codificación del preexistente derecho internacional no contractual.

”89) Que, en síntesis, el reproche internacional respecto de tales delitos, así como el carácter de *ius cogens* de los principios que obligaban a investigarlos, con vigencia anterior a los hechos imputados, conllevan desestimar el planteo de supuesta violación al principio de irretroactividad y de legalidad.

”90) Que este sistema interamericano de protección de derechos humanos impone que las actuaciones dirigidas a investigar la verdad de lo ocurrido y a lograr la punición de los responsables de delitos aberrantes sean desarrolladas seriamente por los respectivos estados nacionales. En otros términos las actuaciones penales respectivas no pueden constituir procedimientos formales para superar —mediante puras apariencias— los requerimientos de la Convención Americana ni deben conformarse como métodos inquisitivos que importen la violación del derecho a defensa en juicio de los imputados.

”Concretamente la Corte Interamericana ha afirmado en el caso Barrios Altos que «considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos indelugables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos» (Serie C núm. 45, párr. 41).

”91) Que, sin perjuicio de ello, la calificación de delitos de lesa humanidad queda unida, además, con la imprescriptibilidad de este tipo de crímenes según resulta de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas, Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968 aprobada por la ley 24584. Dicha regla también ha sido mantenida por el artículo 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tal decisión sobre la falta de un derecho a la prescripción se vincula, desde luego, con la simétrica obligación de los Estados nacionales de adoptar las medidas tendientes a la persecución de este tipo de delitos aberrantes con la consiguiente obligación de no imponer restricciones, de fundamento legislativo, sobre la punición de los responsables de tales hechos.

”92) Que los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la prescripción no resultan necesariamente aplicables en el ámbito de este tipo de delitos contra la humanidad porque, precisamente, el objetivo que se pretende mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los encuentre independientemente de las limitaciones que habitualmente se utilizan para restringir el poder punitivo de los Estados. La imprescriptibilidad de estos delitos aberrantes opera, de algún modo, como una cláusula de seguridad para evitar que todos los restantes mecanismos adoptados por el derecho internacional y por el derecho nacional se vean burlados mediante el mero transcurso del tiempo. El castigo de estos delitos requiere, por consiguiente, de medidas excepcionales tanto para reprimir tal conducta como para evitar su repetición futura en cualquier ámbito de la comunidad internacional”.

“Del voto del juez Boggiano:

”38) Que, en el caso, corresponde declarar la inaplicabilidad o, si se juzgara aplicable, la inconstitucionalidad de las citadas leyes [leyes de obediencia debida y punto final] pues se persigue a Julio Héctor Simón por crímenes contra el derecho de gentes. En efecto, los hechos investigados en la causa encuadran en el artículo 2º de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ley 24556 y con jerarquía constitucional otorgada por la ley 24820, artículo 1º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 75, inc. 22) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que comprende en la definición «otros actos inhumanos», según la remisión al artículo 6º c, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Al respecto cabe destacar que es misión de esta Corte velar por el cumplimiento del *ius cogens*, esto es, el derecho inderogable que consagra la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. La desaparición forzada de personas constituye, no solo un atentado contra el derecho a la vida, sino también un crimen contra la humanidad. Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito. Es justamente por esta circunstancia que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna. La nación argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens*, como derecho internacional imperativo [...].

”40) Que, esta Corte juzgó que la calificación de delitos de lesa humanidad está sujeta de los principios del *ius cogens* del derecho internacional y que no hay prescripción para los delitos de esa laya (fallos: 318:2148). Este es un principio derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto del convencional, la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En suma, los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el derecho internacional ni en el derecho argentino. En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino (fallos: 43:321; 176:218; 316:567) [...].

”42) Que no obsta a las conclusiones precedentes la circunstancia de que la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no estuvieren vigentes al momento de

sanción y promulgación de las leyes de punto final y obediencia debida. Ello por cuanto, en razón de la calificación provisional de los delitos corresponde considerar, como se hizo en la citada causa «Arancibia Clavel», voto del juez Boggiano, que no se presenta en el caso una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario ahora también el convencional, codificador del consuetudinario (considerando 29). Aquella calificación provisional puede modificarse en el transcurso del juicio y también, por cierto en la sentencia definitiva.

”43) Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Este rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (Regina v. Finta, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es solo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial (causa «Arancibia Clavel», voto del juez Boggiano, considerando 39).

”44) Que la inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el derecho internacional ante el cual el derecho interno es solo un hecho [...].

”Que resulta de aplicación el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad derivado tanto del derecho internacional consuetudinario cuanto de la Convención de la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. En consecuencia, la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no puede encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo. Además, la imperatividad de tales normas las torna aplicables aun retroactivamente en virtud del principio de actualidad del orden público internacional (fallos: 319: 2779)”.

“Del voto de la jueza Highton de Nolasco:

”14) Que, en el caso «Barrios Altos», Serie C núm. 75 (sent. 14 marzo 2001, cap. VII «Incompatibilidad de leyes de amnistía con la Convención», párrs. 41-44 y 48), la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que «...son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de

prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos...» [...].

”29) [...] En efecto, la clara y terminante doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto en el caso «Barrios Altos», expuesta en los considerandos 14 y 25, torna imperativo que, con el fin de satisfacer el estándar allí establecido e impedir por tanto que pueda invocarse la ultractividad de la ley penal más benigna o, eventualmente, la cosa juzgada, esta Corte declare además que dichas normas carecen de cualquier efecto y que lo propio ocurre respecto de cualquier acto que, fundado en las mismas, pretendiera oponerse como impedimento al progreso de algún proceso judicial en trámite, o a su iniciación futura, en el ámbito de las respectivas competencias, respecto de hechos vinculados con crímenes de lesa humanidad ocurridos en el territorio nacional [...].

”31) Que respecto del agravio vinculado con la supuesta lesión a la garantía de ley penal más benigna, *nullum crimen nulla poena sine lege*, así como la prohibición de aplicar la ley *ex post facto*, referenciados en el considerando 6°, párrafo tercero, esta Corte sostuvo en oportunidad de resolver la causa A.533.XXXVIII «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s/ homicidio calificado y asociación ilícita —causa núm. 259—», sentencia del 24 de agosto de 2004, que «la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención [Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas] y que los Estados parte están obligados a respetar y garantizar», sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, ya que aun cuando no existía al momento de los hechos —cabe recordar que se trataba de ilícitos acaecidos con anterioridad a aquellos que se pretendió amparar bajo las leyes en cuestión— «ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados parte en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad» (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sent. de 29 julio 1988 serie C núms. 4; luego reiterado en el caso Godínez Cruz, sent. de 20 enero 1989, serie C núm. 5; y recientemente en el caso Blake, sent. de 24 enero 1998, serie C núm. 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas). Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país solo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial

permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a «que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 02 de mayo de 1948)» (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.xxxvii «Massera, Emilio Eduardo s-incidente de excarcelación», sent. de 15 abril 2004, —considerando 13—).

”También expresó este Tribunal que «...los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos..., pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional...», y que su carácter de «imprescriptibles» se deriva de la costumbre internacional que el Estado argentino había contribuido a formar en esa dirección —con antelación a la ocurrencia de los hechos amparados en las leyes en análisis, conforme se desprende del considerando 13 del citado fallo, parcialmente transcrito más arriba—, de modo que la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad «...ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional» (conf. considerandos 16, 31 y 32, del fallo dictado por esta Corte en la causa “Arancibia Clavel”).

”32) Que en consecuencia, los hechos contemplados en las leyes 23492 y 23521 eran considerados crímenes contra la humanidad por el derecho internacional de los derechos humanos vinculante para la Argentina, con antelación a su comisión, de lo que se deriva como lógica consecuencia la inexorabilidad de su juzgamiento y su consiguiente imprescriptibilidad.

”De tal modo, en manera alguna puede argumentarse que se trate de una aplicación retroactiva de la Convención al caso, puesto que la esencia que se recoge en el instrumento internacional era la regla según la costumbre internacional que se encontraba vigente desde la década de 1960, a la cual adhería el Estado argentino criterio que, por otra parte fue sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso «Barrios Altos» (considerandos 33, 34 y 35)”.

“Del voto del juez Zaffaroni:

”14) Que conforme al criterio de aplicación obligada sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Barrios Altos» [...] las

mencionadas leyes no pueden producir ningún efecto según el derecho internacional regional americano, pero además esas leyes también resultan violatorias del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no solo desconocen las obligaciones internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino incluso las de carácter mundial, por lo cual se impone restarle todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de estas pudiera surgir para la investigación y avance regular de los procesos por crímenes de lesa humanidad cometidos en territorio de la nación argentina.

”...el derecho internacional también impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa A.533.xxxviii. «Aran-cibia Clavel, Enrique Lautaro s-homicidio calificado y asociación ilícita y otros causa núm. 259C». No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o esta en concurso con torturas y con homicidios alevosos, es decir, de delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas, y en cuanto a su calificación como crímenes de lesa humanidad, tampoco es discutible, desde que los más graves crímenes cometidos en la segunda guerra mundial y juzgados conforme al Estatuto de Núremberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos [...].

”26) ...es claro que las leyes que se pretenden anular chocan frontalmente con la ley internacional. Pueden citarse varios textos incorporados a nuestra Constitución en función del inc. 22 del art. 75, pero basta recordar la mencionada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 14 de marzo de 2001, en el caso «Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú)» serie C núm. 75: «Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inde-ro-gables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos» [...].

”Esta jurisprudencia es —sin duda— aplicable al caso de las leyes que anula la ley 25779 y, conforme a ella, es claro que la eficacia de estas sería considerada un ilícito internacional. Cualquiera sea la opinión que se sostenga respecto de las leyes de marras, la eficacia de las leyes 23492 y 23521 haría incurrir a la República Argentina en un injusto internacional que sería sancionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...].

“Del voto del juez Petracchi:

”24) Que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en «Barrios Altos» al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisio-

nes del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales [...].

”30) Que la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados. Por lo demás, su concreta relevancia en el derecho interno frente a supuestos similares ya ha sido reconocida por este Tribunal en Fallos: 326:2805 («Videla, Jorge Rafael»), voto del juez Petracchi; 326:4797 («Astiz, Alfredo Ignacio»), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni y, en especial, en la causa A.533.xxxviii. «Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s-homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa núm. 259—», resuelta el 24 de agosto de 2004, voto del juez Petracchi, en el que se admitió la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, ingresada a nuestro ordenamiento jurídico *ex post facto*.

”31) Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de «irretroactividad» de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”.

“Del voto del Juez Lorenzetti:

”32) [...] el derecho internacional impone la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, consagrada primeramente por el derecho internacional consuetudinario y codificada en convenciones con posterioridad, conforme al criterio sostenido en la causa «Arancibia Clavel» ya decidido por esta Corte Suprema (A.533.xxxviii, sentencia del 24 de agosto de 2004). Al respecto cabe citar la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad (art. 1º), la Convención Americana sobre Desaparición de Personas (art. 9º) así como la interpretación de tribunales internacionales. En el mismo sentido cabe referir de nuevo, por su influencia en el derecho argentino, lo decidido por la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, *in re* «Barrios Altos» que, con relación al tema ha dicho que “son inadmisibles [...] las disposiciones de prescripción [...] que pretendan impedir la investigación y la sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

”El principio de legalidad está cumplido en este aspecto”.

“Del voto de la jueza Argibay:

”14) [...] los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad del reproche. Por el contrario, los instrumentos internacionales que alguna mención hacen del tema establecen precisamente el criterio opuesto: Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Delitos de Lesa Humanidad, artículo 1; Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo 7°; Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 29. A tales cláusulas cabe agregar la cita de los artículos 1°, 2°, 8° y 25 de la Convención Americana, conforme la interpretación que de ellos hizo la Corte Interamericana en el caso «Barrios Altos», Serie C núm. 75, sentencia del 14 de marzo de 2001 [...].

B) *Cámara Federal, Sala I, caso Videla, decisión de 7 de julio de 2008*

“[...] este tribunal dio las razones por las cuales correspondía analizar estos hechos a la luz del delito de *desaparición forzada de personas* contemplado en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [...].

”La *desaparición forzada de personas* constituye un delito internacional, lo que no puede ser desatendido a la hora de analizar sus consecuencias jurídicas. Este tribunal ha dicho con anterioridad que [s]i limitáramos exclusivamente el análisis de los hechos [...] a la luz del Código Penal argentino, dejaríamos de lado todo un conjunto de normas aplicables al caso que fueron elaboradas por la comunidad internacional para episodios de extrema gravedad como los que se investigan en la presente causa. Efectuar un análisis como el que aquí se propone no significa menoscabar al derecho argentino, por el contrario, nuestro propio ordenamiento jurídico recepta en la Constitución Nacional (art. 118) al derecho de gentes [...].

”[...] al no existir en el derecho argentino un único artículo penal que castigue expresa y completamente el delito de *desaparición forzada de personas*, corresponde atender a las siguientes circunstancias.

”Sobre la base de la definición de *desaparición forzada de personas* que brindamos [aquella de la CIDFP], podemos señalar los siguientes elementos constitutivos del delito: a) privación de la libertad de una persona; b) cometida por agentes del Estado o por personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia; c) falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

”El artículo 141 del Código Penal, que sanciona al que *ilegalmente privare a otro de su libertad personal*, contempla el elemento a) del delito de *desaparición forzada de personas*. A su vez, el artículo 146 del Código Penal que castiga al que «sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare» también contempla el elemento a) del delito internacional en cuestión, cuando el sujeto pasivo de la privación es un menor de diez años.

”Por su parte, los artículos 142 bis y siguientes del mismo cuerpo legal contemplan la conjunción de los elementos a) y b) (al agravar la pena en el caso de que los autores de la privación sean agentes estatales).

”En esta misma línea de pensamiento, el delito del artículo 139, inciso 2º del Código Penal también contempla un elemento del delito de *desaparición forzada de personas*. El artículo mencionado sanciona al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare. Por ende, la conducta subsumida en esta figura —cuando tiende a evitar que se conozca la privación de la libertad llevaba a cabo anteriormente— es compatible con el elemento c).

De esta forma, la sustitución de identidad, en casos como el presente, es una etapa del *iter criminis* del delito de *desaparición forzada de personas*, pues «...la supresión de identidad, no puede ser considerada en forma independiente, sino como la modalidad que se habría utilizado para perpetuar en el tiempo la retención y ocultación del menor previamente sustraído» [...].

”La sustitución de la identidad de los menores provocó que la privación de la libertad se prolongara en el tiempo y que no se pudiera poner fin a la incertidumbre derivada del desconocimiento del destino de las víctimas. Por estas razones, la sustitución de identidad fue el medio en virtud del cual se llevó a cabo uno de los elementos del delito contra la humanidad investigado en autos.

”En consecuencia, y de acuerdo a las consideraciones precedentes, la sustracción de las menores señaladas y la sustitución de sus identidades son conductas subsumibles en el delito de *desaparición forzada de personas*. De ello se sigue, dado el carácter imprescriptible del delito mencionado, que la acción penal de estos hechos aún se encuentra vigente”.

C) *Cámara Federal, Sala II, caso Simón, decisión de 3 de abril de 2001*

“Se ha visto que uno de los principios que rigen a los crímenes contra el derecho de gentes desde la consolidación del derecho penal internacional, es el que establece que la criminalidad de ciertas conductas, que se consideran de enorme gravedad y lesividad para la humanidad en su conjunto, está fijada por la ley de las Naciones y no depende de que sean punibles según la ley penal del lugar donde ocurrieron.

”Ciertamente, esta está concebida para evitar la impunidad de esos hechos de extrema gravedad, generalmente llevados a cabo desde el poder estatal o con su aquiescencia, teniendo en cuenta que ese poder estatal podría precisamente modificar el orden legal local de modo que tales conductas aparecieran amparadas por la ley y no fueran punibles.

”Una situación de esa índole podía observarse en el ordenamiento jurídico establecido por los responsables del régimen nazi.

”Contra esa posibilidad, el derecho de gentes establece entonces que la responsabilidad penal individual puede surgir de normas imperativas para la comunidad internacional y que establecen obligaciones directas no solo para los Estados sino también para los individuos (así, la prohibición de ciertas conductas, tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz).

”Lo dicho surge de numerosas fuentes y fue aceptado por el conjunto de las naciones (entre ellas la República Argentina) y ha sido reafirmado jurisprudencialmente y doctrinariamente desde los juicios de Núremberg y ha sido recogido en numerosos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.2), la codificación de «Los Principios de Núremberg» (II) efectuada por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, el III Convenio de Ginebra de 1949 (art. 99) y el I Protocolo Adicional (art. 75, 4, c), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950 (art. 7º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.2), la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), entre otros.

”La regla mencionada aparece entonces como una medida para asegurar que las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes serán perseguidas penalmente y sus autores y partícipes, juzgados y sancionados con una pena, aun cuando el orden legal del estado en el que esas conductas tuvieron lugar no las declare punibles.

”Esa hipótesis que la regla indicada quiere prevenir no se presenta en el caso que aquí se somete a proceso.

”En efecto, durante el gobierno de facto de 1976-1983, en el que se cometieron *crímenes contra la humanidad*, el orden legal argentino mantuvo las

prohibiciones penales dirigidas a tutelar los bienes jurídicos más esenciales, de modo tal que las conductas llevadas a cabo en el marco de la represión sistemática estaban prohibidas por las normas penales vigentes en esa época.

”No estamos, en suma, frente al caso de un orden legal que, al momento de los hechos, los amparara o pretendiera ampararlos.

”Es por ello que no se requiere recurrir a la regla que permitiría juzgar y sancionar a los responsables de *crímenes contra la humanidad* aplicando directamente la ley internacional sin mediación alguna de tipos penales locales. Por lo tanto, no cabe adentrarse en la cuestión de cómo podría implementarse un procedimiento de esa naturaleza.

”Los tipos penales vigentes en la legislación argentina ya prohibían, y continuaron haciéndolo, las conductas que integraron el plan sistemático de represión y son aptos para subsumir los hechos y determinar la pena que les cabe a los autores y partícipes en los *crímenes contra la humanidad* cometidos en nuestro país.

”En este sentido, cabe destacar que los *crímenes contra la humanidad* cometidos durante el gobierno militar (1976-1983) importaron una multitud de actos ilícitos tales como privaciones de libertad, torturas, homicidios, etc. (llevados a cabo en forma sistemática y a gran escala, perpetrados desde el poder estatal), que, naturalmente, estaban abarcadas por los tipos penales vigentes dado que afectaron a los bienes jurídicos más esenciales.

”Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de *crímenes contra la humanidad* de las conductas en análisis (cuestión que establece el derecho de gentes a través de normas *ius cogens*) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les cabe por tratarse de *crímenes contra el derecho de gentes*.

”Como se ha dicho, la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes no es una exigencia del derecho penal internacional sino una regla que cobra sentido, más bien, en casos donde la ley penal de un Estado no considera punibles a esas conductas. Cuando ese no sea el caso y los tipos penales vigentes en la ley local capten las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, lo natural es que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. Ello no solo no contradice ningún principio del derecho internacional sino que, por el contrario, permite cumplir acabadamente sus fines, al hacer posible el juzgamiento y la sanción punitiva de los responsables de los *crímenes contra la humanidad*.

”En efecto, en la mayoría de los procesos seguidos ante cortes de diversos países que juzgaron *crímenes* de esta naturaleza se han aplicado tipos penales creados por la ley de ese país. Es claro que la ley nacional, apli-

cable a estos casos, puede coincidir en mayor o en menor medida con las descripciones que, en el ámbito internacional, se formulan de las conductas que se consideran crímenes contra el derecho de gentes. Ello dependerá de las particularidades de la ley local y de la medida en que la legislación de un Estado haya sido adaptada a los requerimientos del derecho penal internacional, estableciendo tipos penales que capten *en toda su dimensión* a las conductas que se consideran crímenes contra la humanidad, esto es, valorando especialmente las condiciones que les otorgan esa particular gravedad que las convierte en crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales del Estado, etc.).

”Es cierto que los tipos penales vigentes en nuestro país tal vez no captan en toda su dimensión la gravedad de los hechos dado que, en muchos casos, no valoran *especialmente* aquellas circunstancias que hacen que se consideren crímenes contra el derecho de gentes (por ejemplo, el hecho de cometerse a gran escala y de modo sistemático, desde posiciones oficiales, etc.), aunque algunas de esas características pueden estar mencionadas como circunstancias agravantes en nuestra legislación.

”Sin embargo, esta falta de una referencia específica en los tipos penales existentes a esas circunstancias que, según el derecho de gentes, elevan la gravedad de algunas conductas y las convierten en crímenes contra la humanidad, no obsta a que el núcleo de esas conductas sí esté abarcado por diversos tipos penales de nuestra legislación y, en consecuencia, sean aptos para juzgar los hechos y determinar la pena aplicable [...].

”En síntesis, las conductas que conforman los *crímenes contra la humanidad* cometidas en el marco de la represión política sistemática (1976-1983) estaban prohibidas por la legislación penal argentina vigente en aquel momento. En consecuencia, dado que no se da un supuesto de ausencia de ley penal al respecto, cabe aplicar esos tipos penales para juzgar dichos crímenes, toda vez que ellos permiten concretar su persecución y, en caso de condena, determinar la pena que cabe imponerles a quienes sean hallados culpables. Aplicando los tipos penales de su legislación, la República Argentina puede, entonces, juzgar los *crímenes contra la humanidad* ocurridos en su territorio y satisfacer de este modo el interés que la comunidad internacional (de la que nuestro país forma parte) tiene en la persecución penal de los crímenes contra el derecho de gentes cualquiera sea el lugar de su comisión”.

D) *Cámara Federal, Sala I, caso Acosta, decisión del 9 de septiembre de 1999*

“[...] de acuerdo con el derecho internacional público, los hechos imputados, además de ostentar *per se* el carácter de permanentes hasta tanto la suerte y el paradero de la persona desaparecida se ignoren, resultan imprescriptibles por tratarse de delitos contra la humanidad, cualquiera sea la fecha de su comisión. [...].

”Resulta útil recordar en esta oportunidad, lo señalado por el Tribunal de Núremberg cuando afirmó que «el derecho internacional no es el producto de una ley. Su contenido no es estático. La ausencia en el mundo de un cuerpo gubernamental autorizado para erigir reglas sustantivas de derecho internacional no ha impedido el desarrollo progresivo de ese derecho... » [...].

”Sobre la base del análisis de esas múltiples fuentes debe arribarse a la indisputable conclusión de que la desaparición forzada de personas, en cuyo concepto se inscriben los hechos aquí investigados, constituye un crimen contra la humanidad, como tal imprescriptible, y que esa característica se impone por sobre las normas internas que puedan contener disposiciones contrarias, independientemente de la fecha de su comisión. [...] [sigue la citación de varios instrumentos internacionales sobre desaparición forzada de personas y de decisiones judiciales sobre el crimen].

”Los crímenes de lesa humanidad y las normas que los regulan forman parte del *ius cogens* (derecho de gentes). Como tales, son normas imperativas del derecho internacional general que, tal como lo reconoce el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden ser modificadas por tratados o leyes nacionales. [...]

”La aplicación del derecho de gentes viene impuesta, por otro lado, desde 1853, merced a la específica referencia que contiene el artículo 118 —ex 102—, que se orientó a asegurar el compromiso de los tribunales nacionales en la persecución de los crímenes internacionales [...].

”Sobre la trascendencia y aplicabilidad de lo normado en el citado artículo 118 se ha manifestado tanto la jurisprudencia de este país (en especial el profundo e ilustrado voto del Dr. Schiffrin, fallo dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata en el caso Schwammburger., J. F. L. E. D., t. 135, pág. 323; J. A., t. 1989-IV, pág. 614) como la doctrina, que sostiene que debe interpretarse al artículo 118 en forma amplia de modo tal que a través de este artículo ingrese en nuestra Constitución el Derecho Penal Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; GERMÁN BIDART CAMPOS dice que ese artículo de la Constitución hace remisión a delitos contra el «derecho de gentes», en cuyo ámbito se deben tener por compendiadas las normas y principios universales de tales delitos contra la humanidad (conf. el autor citado, en su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, t. I, Buenos Aires, Ediar, 1995, págs. 632 y ss.).

”La supremacía del derecho de gentes y la inoponibilidad de las normas de derecho interno imponen declarar que la acción penal se halla expedida en las presentes actuaciones so riesgo de generar la responsabilidad internacional del Estado argentino por la inobservancia de las normas internacionales apuntadas *supra*.

”No existen obstáculos, por tanto, derivados del principio de legalidad, que maguer la extensión acordada por la jurisprudencia interna a los supuestos de prescripción de la acción penal —desde el precedente de fallos, t. 287, pág. 76— es de nula trascendencia en el derecho internacional para los crímenes de la índole que se atribuyen en autos.

”Ello, toda vez que el derecho internacional general no prohíbe la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva, lo que adquiere trascendencia particularmente frente a la creación de nuevos delitos internacionales (conf. H. Kelsen, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, pág. 117).

”Sobre esta cuestión se ha señalado que «incluso si ciertas disposiciones de la Carta del Tribunal de Núremberg hubiesen constituido legislación retroactiva, no existe ninguna regla general de derecho internacional que se oponga a tal legislación retroactiva» (conf. M. AKEHURST, *Introducción al derecho internacional*, Madrid, Alianza Universidad, 1979, pág. 336) [...].

”El mismo GUSTAV RADBRUCH descalificó las objeciones a los célebres juicios de Núremberg sobre la base del principio *nullum poena sine lege*, circunscribiéndolo a los marcos de una codificación del derecho penal, pero rechazando su validez en los casos en que el derecho penal se halla en proceso de formación, con el carácter de derecho judicial, tal como acontece en el derecho penal internacional, pese a los crecientes esfuerzos en ese sentido en que se halla embarcada la comunidad internacional. Este vio que el derecho internacional, más que ninguna otra rama del derecho, se caracteriza por la tendencia a desarrollarse no tanto por medio de normas jurídicas nuevas como mediante la formación gradual del derecho de un caso en otro. (ver *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pág. 177) [...].

”No se advierte, por otra parte, afectación alguna a la supremacía constitucional, a la luz de su propia normatividad [*sic*] que acoge expresamente el derecho de gentes, y en consecuencia todas sus implicancias, entre las que se halla la asunción de *ius cogens* como un derecho imperativo vinculante con efecto *erga omnes*, que solo puede ser modificado por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter, y al que no le es oponible el derecho interno de los Estados, ni siquiera de naturaleza constitucional [...]”.

3. COMENTARIO

1. En numerosas oportunidades los tribunales argentinos calificaron hechos de secuestro de opositores políticos y de sustracción y retención de menores realizados por agentes estatales durante la dictadura militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983 como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, a pesar de que dicho delito no existía en la época de los hechos en el orde-

namiento jurídico argentino. En ningún caso, sin embargo, utilizaron el derecho internacional —consuetudinario o contractual— para el *encuadre típico* de los hechos, ni para la determinación de la *clase y escala de sanción* . Más bien, siempre efectuaron una articulación normativa entre las disposiciones del derecho penal local y aquellas del derecho internacional. Las normas del derecho interno juegan en el nivel de la tipicidad y en el sancionatorio, y las del derecho internacional sirven para convertir esos hechos en crímenes internacionales y atribuirles las consecuencias especiales que dicho derecho establece para esa categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad, etc.). La combinación entre derecho interno y derecho internacional se da de tal manera que el segundo se aplica en aquellos aspectos en los cuales la utilización del primero conduciría a frenar la persecución. Esta *doble subsunción* de los hechos se integra entonces con una *subsunción primaria de tipificación y sanción* por las leyes locales y una *subsunción secundaria de cualificación* por las normas internacionales.

De este modo, la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas tiene por consecuencia permitir la aplicación del *régimen jurídico especial* respecto al derecho penal normal que el derecho internacional atribuye a los crímenes internacionales. Este régimen especial, por otra parte, coincide en gran medida con el derecho excepcional para las graves violaciones de los derechos humanos establecido por la Corte en el caso Barrios Altos contra Perú, jurisprudencia que muchos tribunales argentinos consideraron de aplicación obligatoria. Este *derecho penal diferenciado para los crímenes internacionales* aplicado por la jurisprudencia argentina tiene básicamente las siguientes características: imposibilidad de conceder amnistía o indulto, imprescriptibilidad, no vigencia —o vigencia débil— del principio de legalidad, inaplicabilidad del *ne bis in idem* , etcétera. La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) confirmó este derecho de excepción en las sentencias Arancibia Clavel de 24 de agosto de 2004; Simón, de 14 de junio de 2005 y Mazzeo, de 13 de julio de 2007.

La jurisprudencia argentina recién descrita sucintamente presenta numerosos problemas. No nos referiremos aquí a aquellos relacionados con la aplicación pretendidamente obligatoria de la jurisprudencia de la Corte en el caso Barrios Altos contra Perú. Tampoco nos concentraremos en criticar esta tendencia punitiva y autoritaria de la jurisprudencia argentina¹. Solo nos ocuparemos en los problemas que suscitan los diversos caminos de argumentación intentados por la jurisprudencia para eludir las objeciones al principio de legalidad, pues el derecho interno a la época de los hechos no preveía el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. Al final me referiré brevemente a la técnica de la doble subsunción de los hechos en normas locales e internacionales. Fuera de estas cuestiones, la jurisprudencia argentina relacionada con el crimen de desaparición forzada no presenta aspectos relevantes.

¹ Para estas cuestiones, cfr. EZEQUIEL MALARINO, *Libro homenaje al profesor Struensee* (en curso de publicación).

2. Para eludir la objeción fundada en el principio de legalidad —previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional—, los tribunales utilizaron básicamente tres caminos de argumentación: 1) algunas veces afirmaron que una costumbre internacional previa era suficiente para satisfacer el principio de legalidad —convirtiendo así a este principio en un mero *nullum crimen sine iure*— y que tal norma consuetudinaria previa sobre el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada existía en la época de los hechos; 2) otras, consideraron que la exigencia de legalidad quedaba satisfecha con la existencia al momento del hecho de uno o varios tipos penales del derecho interno que incluirían la esencia de lo prohibido por el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada. En algunos de estos casos, se consideró suficiente el tipo penal de secuestro de personas (Const. Pol., art. 142 bis). En otros casos en cambio, el delito de desaparición forzada de personas fue construido aplicando conjuntamente diferentes tipos penales del ordenamiento jurídico interno, cada uno de los cuales describiría un tramo de la conducta prohibida por el crimen de desaparición forzada y en conjunto incluirían todos sus elementos constitutivos; así, el requisito de la privación de la libertad estaría contenido en los delitos de secuestro de personas (*id.*, art. 142 bis) y de sustracción y retención de un menor (*id.*, art. 146); la exigencia de que el autor de esa privación de libertad sea un agente estatal o una persona que actúe bajo la aquiescencia del Estado estaría satisfecha con la circunstancia agravante de la pena prevista para el funcionario público que comete un secuestro (*id.*, art. 142 bis) y el requisito de la falta de información o negativa de reconocer dicha privación o informar sobre el paradero de la persona estaría previsto en el delito de alteración y supresión de la identidad de un menor (*id.*, art. 139, num. 2). 3) Finalmente, también se afirmó lisa y llanamente que el principio de legalidad no regía en caso de crímenes internacionales, con lo cual se hizo una aplicación retroactiva del crimen en cuestión. Aunque estos caminos de argumentación expresan posiciones bastante diferentes respecto al principio de legalidad, varias decisiones utilizan más de una de ellas. Aquí llamaremos a la primera argumentación *tesis de la costumbre* (o de la legalidad débil), a la segunda, *tesis del derecho común* (o de la legalidad incompleta) y a la tercera, *tesis de la retroactividad* (o de la legalidad ausente).

3. La *tesis de la costumbre* —defendida entre otros por la CSJN— sostiene, por un lado, que el principio de legalidad del artículo 18 de la Carta se satisface —al menos en caso de crímenes internacionales— con una norma consuetudinaria previa al hecho y, por el otro, que el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas existía como derecho consuetudinario internacional antes de la comisión de los hechos. Ni la afirmación general —la primera—, ni la afirmación concreta —la segunda— son correctas.

a) Un principio de legalidad tan débil, concebido como mero *nullum crimen sine iure*, no satisface las exigencias del artículo 18 constitucional. Esta disposición exige una “ley anterior al hecho”, y esa ley solo puede ser aquella dictada por el Congreso de la Nación, que en el ordenamiento jurídico argentino es el único órgano

autorizado a dictar leyes penales (Const. Pol., art. 75 inc. 22). De este modo, la misma Constitución argentina exige una ley formal del Parlamento para satisfacer el principio de legalidad. Esta decisión del constituyente tiene un fundamento en el principio de división de poderes. Dado que el legislador representa la soberanía popular, el proceso de discusión y aprobación de las leyes en el Parlamento otorga a la norma legitimidad democrática. Si bien aplicar una norma consuetudinaria que efectivamente fuera sentida y practicada por la comunidad como norma vinculante de derecho podría en parte atenuar esta objeción, pues en ese caso podría argumentarse que es el pueblo quien, en cierto modo, *legisla directamente*, no ocurre cuando, como en el caso, se trata de una costumbre internacional, a cuya formación participan Estados y no individuos. Si es que existe algo parecido a un componente democrático en las normas creadas por prácticas de Estados —ya el nombre “democracia” como “gobierno del pueblo” no parece adecuado para describirlo—, es seguro que ello, sea lo que fuere, tiene un cariz muy diverso del de la norma consuetudinaria interna y aún más, del de una norma del poder legislativo². La singularidad de la sanción penal funda claramente la necesidad de legitimidad democrática de la norma penal y, por ello, la necesaria intervención del Parlamento. La aplicación de la pena constituye una injerencia tan dura en los derechos del ciudadano que la determinación de sus presupuestos de aplicación solo puede ser efectuada por la instancia que más directamente representa al pueblo como titular del poder del Estado³. El reemplazo de una *ley formal del Parlamento* por una *norma consuetudinaria identificada judicialmente* afecta el principio de división de poderes, que es uno de los valores fundamentales que protege el principio de legalidad del artículo 18 constitucional. Este exige un principio de legalidad fuerte y no uno débil, como propone la aquí llamada *tesis de la costumbre*.

b) En algunas decisiones se afirmó, sin embargo, que los crímenes internacionales se regían por reglas propias de derecho internacional y no estaban vinculados a las restricciones del derecho constitucional argentino. Una clara afirmación en este sentido puede leerse en la sentencia Simón de la CSJN: “*El castigo a ese tipo de crímenes [crímenes internacionales; la sentencia se refiere específicamente al crimen de desaparición forzada] proviene, pues, directamente de estos principios surgidos del orden imperativo internacional y se incorporan con jerarquía constitucional como un derecho penal protector de los derechos humanos que no se ve restringido por alguna de las limitaciones de la Constitución Nacional para el castigo del resto de los delitos*”; entre otras cosas, esto vale —continúa la CSJN— para los aspectos relacionados con la “tipicidad”⁴. Este argumento no solo predica que deben aplicarse directamente los tipos penales del derecho internacional general, sino también que en lo que hace a esos crímenes no rige —entre otras cosas— el principio de legalidad fuer-

² A diferencia de los tratados internacionales, la costumbre internacional tampoco gana legitimidad democrática mediante su aprobación como ley por el Congreso Nacional.

³ ROXIN, *Strafrecht*, 4ª ed., 2006, § 5, num. 20.

⁴ Voto del juez Maqueda, considerando 49 (sin bastardilla en el original).

te del artículo 18; a lo sumo regiría un principio de legalidad *débil* de derecho penal internacional. El recurso exclusivo a las reglas y principios del derecho penal internacional cuando se juzgan en el país *delicta iuris gentium* sería incluso, según esa posición, una exigencia del artículo 118 CN⁵, que incorporaría con rango constitucional todo el derecho de gentes en materia penal.

En seguida analizaremos, por un lado, si del artículo 118 CN es posible derivar que el derecho penal internacional tenga jerarquía constitucional en el ámbito interno y, por el otro, si los tribunales nacionales, al juzgar crímenes internacionales, deban aplicar exclusivamente normas del derecho penal internacional, y dejen de lado principios básicos del ordenamiento interno. A nuestro juicio, ambas cuestiones deben responderse negativamente.

La ubicación sistemática y especialmente el contenido de regulación del artículo 118 CN no permiten sostener plausiblemente que dicha disposición le reconozca rango constitucional al derecho de gentes en materia penal. Esta disposición, situada en la parte referida a las atribuciones del poder judicial, por un lado, establece el juicio por jurados como forma constitucionalmente válida de realización de los procesos criminales y, por el otro, regula los principios con base en los cuales se determina el lugar de juzgamiento de los casos penales. Si el hecho es cometido dentro del territorio nacional, el juicio “se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito” (principio del *forum commissi delicti*). Pero si el delito “se comet[e] fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”. Solo de manera fugaz y solo en la medida en que establece una limitación al principio del *forum commissi delicti*, el artículo se refiere a los delitos contra el derecho de gentes, consagrando, por otra parte, a su respecto, el principio de jurisdicción universal. Ninguna parte de la disposición establece que los delitos contra el derecho de gentes tengan rango constitucional —y menos aún que lo tenga todo el derecho penal internacional—. Si la mera mención que hace esa disposición a los delitos contra el derecho de gentes bastara para conceder rango constitucional al derecho penal internacional, entonces la alusión a los “delitos” que hace esa misma disposición cuando regula el principio del *forum commissi delicti* para los hechos cometidos *dentro* del territorio nacional también debería bastar —si se sigue el mismo criterio— para conceder tal jerarquía al derecho penal común; una interpretación simplemente absurda. En ambos casos, la referencia a *delitos* cometidos dentro o fuera del país tiene por única finalidad establecer el principio que regirá el lugar de celebración del juicio. El artícu-

⁵ El art. 118 CN dispone: “Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando este se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

lo 118 CN menciona los delitos contra el derecho de gentes cuando se refiere a los delitos cometidos fuera del territorio nacional, pues solo respecto de esos delitos se aplica el principio de jurisdicción universal. Por estas razones, la referencia a los delitos contra el derecho de gentes en el artículo 118 CN no dice nada sobre el *rango* del derecho penal internacional. De esa disposición lo único que puede derivarse es que *ese derecho* sea aplicable por los jueces de la Nación.

Pero aun cuando se le reconociera rango constitucional al derecho penal internacional mediante el artículo 118 CN, ello no autorizaría a desaplicar el principio de legalidad penal previsto en tal artículo. En ninguna parte de él se establece que los tribunales nacionales cuando juzguen hechos calificables como crímenes internacionales deban utilizar exclusivamente las normas del derecho internacional o puedan dejar de lado principios básicos del ordenamiento interno⁶. En todo caso, las normas y principios del derecho penal internacional deberían compatibilizarse con los principios, derechos y garantías que ya existen en la Constitución. Si una norma de derecho interno otorga mayor protección que una internacional —como es el caso de un principio de legalidad fuerte frente a uno débil—, entonces esa norma debe ser aplicada. De este modo, la aplicación del derecho internacional debería encontrar un límite allí donde afectara derechos fundamentales reconocidos a los individuos por el ordenamiento interno. Tanto el derecho internacional como el interamericano avalan la conclusión de que una norma de derecho internacional no puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido en el ordenamiento interno⁷.

c) Por otra parte, en el momento de los hechos a los que se refieren las decisiones que sostienen la *tesis de la costumbre* (básicamente entre 1976 y 1978) no existía la claridad necesaria sobre la definición del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas como para poder afirmar que ya había una costumbre internacional. No la había ni en cuanto a la conducta específica (desaparición forzada de personas), ni tampoco en cuanto al crimen marco (crimen de lesa humanidad).

Esto es muy claro respecto al crimen de desaparición forzada de personas. La primera referencia de relieve en un documento internacional al problema de la desaparición forzada de personas es de 1978 (Res. 33/173 de la Asamblea General de la ONU de 20 de diciembre de 1978), pero solo muchos años más tarde comenzó a existir algo de consenso sobre este crimen. A ello contribuyó mucho la jurisprudencia y el derecho interamericanos, primero, con la decisión de la Corte

⁶ Tampoco el art. 18 CN excluye de su ámbito de aplicación los crímenes internacionales. Esta disposición simplemente establece que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]” (bastardilla nuestra).

⁷ Cfr. el art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras de 29 de julio de 1988 y, luego, y principalmente, con la CIDFP de 9 de junio de 1994⁸.

Tampoco existía claridad respecto al concepto del crimen de lesa humanidad. El llamado elemento de contexto —cuyo acaecimiento convierte un crimen del derecho penal común en un crimen contra la humanidad y justifica, según el derecho internacional, el tratamiento diferencial— ha cambiado en casi todas las oportunidades en que la comunidad internacional lo ha definido⁹. Basta echar una mirada a las diferentes formulaciones de este elemento para darse cuenta de que lo único cierto es que no hay certeza sobre cuáles son sus elementos constitutivos. Con razón se ha afirmado que de todas las formulaciones sobre el elemento de contexto del crimen contra la humanidad existentes en el entorno internacio-

⁸ Este crimen también está definido en instrumentos internacionales posteriores; por ejemplo, en el art. 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU (1996), en el art. 7° del ECPI (1998) y en el art. 2° la CIPPD (2006). Un detalle de las primeras referencias a este crimen en el ámbito internacional e interamericano, desde la Resolución 33/173 ya mencionada hasta 1988, ofrece la citada sentencia de la CorteIDH en el caso Velásquez Rodríguez, págs. 150 y s.

⁹ Cfr. los diferentes conceptos del crimen contra la humanidad en los siguientes tratados o documentos internacionales: art. 6° de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg (ET-MIN) del 8 de agosto de 1945; art. II.1 (c) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado del 20 de diciembre 1945; art. 5° de la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (ET-MILO) de 1946; Resolución 3 (i) de la Asamblea General de la ONU del 13 de febrero de 1946; Resolución 95 (i) de la Asamblea General de la ONU del 11 de diciembre de 1946; Principio VI de los Principios de Núremberg formulados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU a pedido de la Asamblea General en 1946; Resolución 488 (v) de la Asamblea General de la ONU de 12 de diciembre de 1950, que aprueba los “Principios de Núremberg” elaborados por la CDI; art. 2° del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1954; art. 1° de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad del 26 de noviembre de 1968; art. I de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid del 30 de noviembre de 1973; art. 21 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1991; art. 5° del Estatuto del TPIY, aprobado por la resolución 827 del Consejo de Seguridad de la ONU de 25 de mayo de 1993; párr. 6° del preámbulo de la CIDFP del 9 de junio de 1994; art. 3° del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda aprobado por la resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU de 8 de noviembre de 1994; art. 20 del Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional elaborado por la CDI de la ONU de 1994; art. 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad elaborado por la CDI de la ONU de 1996; art. 7° del ECPI de 17 de julio de 1998; art. 5° de la regulación 2000-15 de la Administración de Transición de la Naciones Unidas en Timor Oriental (Untaet) del 15 de junio de 2000; art. 2° del Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (CESL) establecida por un Acuerdo entre el Consejo de Seguridad de la ONU y el gobierno de Sierra Leona el 4 de octubre de 2000; art. 9° del Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno Real de Camboya, relativo al juzgamiento según el derecho de Camboya de crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, aprobado por la Asamblea General de la ONU con Resolución 57-228 B de 22 de mayo de 2003 y el preámbulo y el art. 5° de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas (CIPPCDF) de 20 de diciembre de 2006.

nal “el único denominador común es el hecho de que alguna clase de contexto ha sido requerido”¹⁰. A lo sumo, se podría conceder que *algo* de certeza —y no más que eso— comienza a haber a partir de la aprobación del ECPI¹¹, pero, de todos modos, en cuanto a los hechos juzgados en las sentencias aquí comentadas, esta formulación no puede ser utilizada sin que se haga una aplicación retroactiva de la ley. En resumidas cuentas, *se sabe que se requiere algo que vincule o cohesione a las conductas individuales —contexto—, pero no se sabe bien qué es lo que se requiere —qué tipo de contexto—*. Si esto es así, difícilmente pueda hablarse de costumbre internacional. En estas condiciones, solo quien quiera asignarle al juez tareas propias de legislador y acepte un papel preponderante de este funcionario en la *creación* del derecho puede estar de acuerdo con que en el caso concreto el juez debe encargarse de construir un tipo penal a partir de un cuadro normativo compuesto de variadas disposiciones en parte contradictorias y no siempre claras. A nuestro modo de ver, es un precio muy alto para la seguridad jurídica. El recurso a la costumbre internacional debería reservarse para casos excepcionadísimos, en los que ninguna duda existiera acerca de la norma —con todos sus elementos— que se pretenda aplicar. La norma consuetudinaria debe ser algo evidente, algo, por decirlo de modo coloquial, que salte a la vista. Si un juez debe hacer trabajosas elucubraciones para saber cuál es la costumbre, entonces eso más bien indica que esa pretendida costumbre no existe. En otras palabras: una “norma” no escrita solo puede ser *derecho* cuando es absolutamente cierta¹². *No hay lugar para tipos vagos o abiertos de derecho consuetudinario, pues esa afirmación niega los presupuestos de existencia de la norma consuetudinaria*. Este es un argumento fundamental en contra del recurso al derecho consuetudinario para fundar el crimen contra la humanidad.

En el derecho penal internacional, por otra parte, tampoco hay certeza acerca de las sanciones que deban aplicarse a los autores del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de personas. Ni los textos generales sobre crímenes internacionales, ni aquellos específicos sobre la desaparición forzada brindan criterios precisos, ni tampoco lo hace la jurisprudencia de derecho penal internacional¹³. Por ello, tampoco se cumple con el principio de legalidad de las penas.

¹⁰ KAI AMBOS y STEFFEN WIRTH, *CLF 13* (2002), pág. 12. Cfr. también DAVID LUBAN, *YJIL* 29 (1994) 85, especialmente pág. 161, donde, tras mencionar que todos los instrumentos internacionales definen de manera diferente al crimen contra la humanidad, expresa: “The concept is still in the childhood of its legal development” (“el concepto está aún en la infancia de su desarrollo jurídico”).

¹¹ Aunque en el ámbito internacional siguen existiendo algunos puntos no claros, como lo demuestra la definición de este crimen en la sección 5 de la Regulación 15/2000 de la UNTAET que difiere en varios aspectos del ECPI.

¹² La escritura de la norma jurídica es el mejor medio —aunque no siempre uno bueno— para lograr la certeza del derecho y por ello el requisito de la ley escrita ayuda a que la ley sea cierta. De ahí, el clásico rechazo a la costumbre como fuente de derecho penal.

¹³ Las principales experiencias existentes con anterioridad a la época de los hechos juzgados en las sentencias comentadas autorizaron la pena de muerte, con lo cual también la pretendida superioridad axiológica del derecho penal internacional puede ser puesta en dudas. Esta pena fue aplicada,

d) Pero las sentencias aquí analizadas no han siquiera intentado verificar tal costumbre, limitándose a hacer afirmaciones dogmáticas sobre su existencia. Son poquísimas las indicaciones en estas sentencias a los elementos constitutivos del crimen contra la humanidad de desaparición forzada de persona. La existencia de una costumbre internacional se tiene por verificada sin más con la referencia a la *gravedad de los hechos* o, en el mejor de los casos, con la mención de *alguna* de los elementos requeridos por *alguna* de las diferentes tipificaciones internacionales del crimen contra la humanidad o por definiciones del crimen de desaparición forzada en muchos años posteriores a los hechos. La verificación de la costumbre *previa* es, sin embargo, un requisito insoslayable para aplicar la norma consuetudinaria, pues *el juez no crea derecho, sino que solo reconoce derecho preexistente*. El juez, cuando aplica derecho no escrito, está obligado a demostrar exhaustivamente que la norma que invoca existe y por ello *la afirmación de que existe costumbre no puede reemplazar su prueba*. Al no analizar al detalle *cuál* era el tipo de crimen contra la humanidad de desaparición forzada avalado por la costumbre internacional al momento del hecho, las sentencias en comentario utilizan este concepto en un sentido no técnico, como sinónimo de hecho grave; esto es, como una *muletilla* que, con el solo hecho de ser invocada, produce el efecto mágico de derogar varios derechos fundamentales.

4. La segunda argumentación utilizada en la jurisprudencia para evitar la objeción de la ausencia del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada a la época de los hechos consiste, como hemos visto, en que el principio de legalidad queda ya satisfecho con la existencia en el momento del hecho en el derecho interno de un tipo penal o de varios tipos penales que cubrirían la esencia de la prohibición del crimen internacional en cuestión (aquí llamada *tesis del derecho común*). Como hemos visto, en el esquema de la doble subsunción utilizado en la jurisprudencia comentada, las leyes penales del derecho interno sirven para seleccionar los requisitos del tipo y la clase y escala de la sanción, y el derecho internacional interviene para cambiar el régimen penal normal por uno excepcional. La tesis comentada en este punto dice, además, que solo la subsunción por las leyes locales (aquí llamada *subsunción primaria de tipificación y sanción*) debería respetar el principio de

por ejemplo, por el TMI de Núremberg (art. 27 ETMIN), de Tokio (art. 17 ETMILO) y en varios procesos seguidos contra miembros del partido nacionalsocialista en la Alemania ocupada de posguerra con base en la ley 10 del Consejo de Control Aliado (art. 11.3.a); también fue aplicada en procesos nacionales fuera de Alemania, como, por ejemplo, el proceso contra *Eichmann* ante la Corte de Distrito de Jerusalén. Los estatutos de los Tribunales para la antigua Yugoslavia (art. 24) y para Ruanda (art. 23), en cambio, solo autorizan a imponer la pena de prisión, aunque no determinan expresamente su duración. El ECPI autoriza la prisión a perpetuidad solo en casos especialmente graves, y para los casos “normales” prevé una pena de privación de la libertad limitada, aunque el marco penal sigue siendo demasiado amplio. Los documentos internacionales específicos sobre desaparición forzada de personas tampoco establecen cuál sea la sanción que se ha de aplicar a este delito. La CIDFP (art. III) y la CIPPDF (art. 7.1) solo exigen que el delito se castigue con penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

legalidad, no así, en cambio, la subsunción bajo el derecho internacional (aquí llamada *subsunción secundaria de cualificación*); en otras palabras, según esta tesis, el principio de legalidad se satisface ya si las normas de la *subsunción primaria* son previas. Esta argumentación es incorrecta esencialmente porque solo produce una legalidad incompleta.

a) El principio de legalidad no queda completamente satisfecho con la existencia, previa al hecho, del delito de secuestro de persona o de los diferentes delitos que la jurisprudencia aplica conjuntamente para construir el delito de desaparición forzada. El delito de desaparición forzada de personas requiere básicamente —según su concepción actual— que se den los siguientes elementos: la privación ilegítima de la libertad de una persona (primer elemento), efectuada por agentes del Estado o por personas con autorización, apoyo o aquiescencia del este (segundo elemento), seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona (tercer elemento). Además, para que este delito constituya un crimen contra la humanidad, tiene que haber tenido lugar en determinado contexto de comisión, sobre cuyas características concretas, como hemos visto, no hay total claridad (cuarto elemento). Ni el tipo de secuestro de personas, ni la combinación normativa (secuestro de personas, sustracción y retención de menor, alteración y supresión de la identidad de menor) utilizada por la jurisprudencia para construir el delito de desaparición forzada —dejando de lado por el momento ciertos problemas que plantea esta construcción— abarcan todos los requisitos del crimen contra la humanidad de desaparición forzada. En particular, ninguna de las descripciones del derecho interno se refiere al elemento de contexto, que es el que *convierte* los hechos en crímenes de lesa humanidad y le otorga a este crimen el *desvalor* especial que justifica, según el derecho internacional, el tratamiento diferencial más gravoso. Si no es posible afirmar que todos los requisitos del crimen contra la humanidad de desaparición forzada existían y estaban precisamente determinados con anterioridad al hecho, entonces las consecuencias especiales que entraña dicha calificación no pueden aplicarse. Por ello, aun cuando no se pusiera en discusión el modelo de la doble calificación —en esto nos ocuparemos más adelante— y se considerara que el crimen contra la humanidad cumple exclusivamente una función de *cualificación* de una conducta cuyos requisitos de *tipicidad* y *sanción* se guían por la legislación interna, el juez no estaría exento de comprobar que, en el momento del hecho, este crimen —¡con especificación de todos sus requisitos!— efectivamente existía en el derecho internacional¹⁴.

b) Esta posición tiene, además, consecuencias en el plano probatorio, pues la verificación del delito de secuestro de personas o de los delitos que combinadamente

¹⁴ En tal caso, el crimen contra la humanidad operaría de manera similar a un elemento agravante, el cual, para su aplicación, también requiere que el supuesto de hecho esté definido claramente y se cumpla en el caso concreto.

construirían un delito de desaparición forzada es más sencilla que la del delito de desaparición forzada de personas, en cuanto crimen contra la humanidad.

c) La jurisprudencia que combina diferentes normas penales del derecho interno para construir el crimen de desaparición forzada presenta, además, otros problemas. En primer lugar, es muy dudoso desde el punto de vista del principio de división de poderes que un tribunal judicial pueda crear un nuevo delito combinando delitos existentes. Segundo, es una ficción decir que el nuevo crimen construido estaba vigente al momento del hecho. El crimen construido (desaparición forzada) se guía, en cuanto a sus elementos constitutivos, en una definición que es posterior a los hechos (la definición de la CIDFP de 1994), por lo cual nunca se puede saber, antes de esa fecha, qué elementos de los tipos penales locales vigentes al momento del hecho habría que combinar. En el momento del hecho, nadie podría saber que la combinación del elemento X del crimen α (alfa), el Y β (beta) y el Z π (Pi) sería llamada en el futuro ω (omega) y autorizaría consecuencias jurídicas especiales que no autorizaban en su tiempo ni α (alfa), ni β (beta), ni π (Pi). Tercero, y último, también es dudoso que la combinación normativa de los delitos de secuestro de personas (Const. Pol., art. 142 bis), sustracción y retención de menor (*id.*, art. 146) y alteración y supresión de la identidad de menor (*id.*, art. 139, num. 2) describan acabadamente los elementos del crimen de desaparición forzada, incluso aunque no se tome en cuenta el elemento de contexto y se deje de lado su consideración como crimen de lesa humanidad. No parece que el hecho de alterar o suprimir la identidad de un menor describa con precisión la conducta de “falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona” de la desaparición forzada.

5. El tercer camino de argumentación utilizado en la jurisprudencia para evitar la objeción de la ausencia del crimen de lesa humanidad de desaparición forzada a la época de los hechos consiste, como también hemos visto, en considerar inaplicable el principio de legalidad al juzgar crímenes internacionales. Con esto, la jurisprudencia allana el camino para una aplicación retroactiva de la ley penal (*tesis de la retroactividad*). Esta solución, seguida ahora para los crímenes cometidos durante la última dictadura militar, había sido utilizada anteriormente en casos relacionados con la extradición de criminales nazis¹⁵. Este punto de vista fracasa por dos razones, a saber:

Primero, no es cierto que en el derecho penal internacional, según su evolución actual, no rija el principio de legalidad. Si bien el derecho penal internacional fue por mucho tiempo un derecho tan primitivo y autoritario que renegaba de este

¹⁵ Para un análisis crítico, véase EZEQUIEL MALARINO, “Informe de Argentina”, en AMBOS y MALARINO (edits.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, KAS, 2003, especialmente págs. 51 y ss.

principio fundamental de un derecho penal de un Estado liberal, al menos desde la aprobación del ECPI esto ha cambiado. El más reciente derecho penal internacional aplicado por la comunidad internacional tiende hacia un principio de legalidad más fuerte. La regulación expresa de este principio (arts. 22 a 24) y el establecimiento de un sistema de fuentes que relega a la costumbre internacional a fuente secundaria (art. 21) en el ECPI —adoptado con anterioridad a la jurisprudencia argentina que sostiene la tesis en comentario— son claros indicadores en este sentido. Por eso, en el momento en que la jurisprudencia consideró posible aplicar retroactivamente la ley penal, el derecho penal internacional ya no la autorizaba.

Segundo, aun cuando fuera cierto que en el derecho penal internacional no rigiera el principio de legalidad, ello no llevaría a desaplicar el principio de legalidad del artículo 18 de la Carta cuando tales crímenes fueron juzgados por tribunales argentinos. Al respecto, caben los mismos argumentos ya esbozados respecto a la tesis de la costumbre que pregona un principio de legalidad débil (punto 3.b).

6. En fin, tampoco el modelo de la doble subsunción en sí mismo está exento de dudas. Primero, por medio de la calificación de los hechos con base en dos normas penales diferentes la jurisprudencia construye, en definitiva, una *nueva figura penal*, lo que, como ya hemos visto, plantea dudas para el principio de división de poderes. Además, el recurso a una doble calificación es incomprensible dentro del esquema de argumentación de varias de estas decisiones, que consideran que existía una norma consuetudinaria que prohibía a la época de los hechos el crimen contra la humanidad de desaparición forzada y que esa norma tiene rango constitucional, pero luego no prescinden de la calificación de los hechos bajo los tipos penales del derecho interno. Si esa costumbre existía realmente y su aplicación estaba ordenada por la Constitución, entonces no hay razón alguna para recurrir adicionalmente a un tipo penal de la legislación interna menos específico. En verdad, esta jurisprudencia no puede ser consecuente con su punto de vista, porque no existía al momento del hecho una norma consuetudinaria que definiera con precisión los elementos típicos y las sanciones del crimen contra la humanidad de desaparición forzada. Ella recurre a los tipos penales del derecho interno precisamente para *sortear* estos problemas.

4. CONSECUENCIAS PARA EL CASO COLOMBIANO

La jurisprudencia argentina no es rica en cuanto a la interpretación de los elementos constitutivos del crimen de desaparición forzada de personas y, por ello, en ese sentido, no ayuda a solucionar eventuales problemas de interpretación de las respectivas leyes colombianas. Las argumentaciones ideadas para solucionar la objeción de la violación del principio de legalidad no son persuasivas y muchas de ellas se basan en disposiciones puntuales del ordenamiento jurídico argentino.

5. BIBLIOGRAFÍA

A) *Textos de doctrina*

AMBOS, KAI y WIRTH, STEFFEN: “The current law of crimes against humanity. An analysis of Untaet Regulation 15-2000”, en *Criminal Law Forum*, 13 2002. En castellano en: KAI AMBOS, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

LUBAN, DAVID: “A theory of crimes against humanity”, en *Yale Journal of International Law*, 29, 2004.

MALARINO, EZEQUIEL: “Informe de Argentina”, en KAI AMBOS y EZEQUIEL MALARINO (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, KAS, 2003.

— “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, en JULIO B. J. MAIER, MARCELO SANCINETTI y WOLFGANG SCHÖNE, *Libro homenaje al profesor Eberhard Struensee*, ad hoc (en curso de publicación).

ROXIN, CLAUS: „Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen”, en *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4, Auflage, München, Beck, 2006.

B) *Informes*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, de 11 de abril de 1980* (667a sesión del 49 período de sesiones, OEA/Ser. L./V/II. 49, doc. 19).

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca Más*, Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Buenos Aires, Eudeba, 1984.

C) *Jurisprudencia*

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s- privación ilegítima de la libertad, etc. —causa núm. 17768—”, sentencia del 14 de junio de 2005.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “«Mazzeo, Julio Lilo y otros s-rec. de casación e inconstitucionalidad»; M.2334.XLII «Mazzeo, Julio Lilo y otros s-rec. de casación e inconstitucionalidad» y M.2335.XLII «Mazzeo, Julio Lilo y otros s-rec. de casación e inconstitucionalidad»”, sentencia del 13 de julio de 2007.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, “Recurso de hecho deducido por la defensa de José Octavio Zara Holger en la causa Arancibia Clavel, Enrique Lautaro y otros s- asociación ilícita, intimidación pública y daño y homicidio agravado —causa núm. 1516-93-B—”, sentencia del 24 de agosto de 2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Ekmejdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7 de julio de 1992 (fallos 315:1492).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I. Causa 41484, “Videla, Jorge Rafael s/apelación” (reg. núm. 780), sentencia del 7 de julio de 2008.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I. Causa 33714, “Videla, Jorge R. s/procesamiento” (reg. núm. 489), sentencia del 23 de mayo de 2002.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I. Causa 30380, “Acosta, Jorge, s/prescripción”, sentencia del 9 de septiembre de 1999.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala II, Causa 8686/2000 “Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s-sustracción de menores de 10 años”, sentencia del 3 de abril de 2001”.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal núm. 4, Causa 8686/2000 “Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s-sustracción de menores de 10 años” del registro de la Secretaría 7. Decisión 6 de marzo de 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de fondo de 29 de julio de 1988.

CAPÍTULO II

BRASIL

PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA

Doctorado en Ciencias Criminales (2008-actualmente), con énfasis en *Sistemas jurídico penales contemporáneos*, por la Pontificia Universidad Católica del Rio Grande del Sur (PUCRS), Porto Alegre/Brasil. Maestría en Ciencias Criminales (2001-2003), con énfasis en *Política, Estado y violencia*, por la Pontificia Universidad Católica del Rio Grande del Sur (PUCRS), Porto Alegre/Brasil, con la tesis “Leyes penales en blanco y el derecho penal del riesgo: aspectos críticos y fundamentales”. Bachillerato en Ciencias Jurídicas y Sociales (1994-1999), por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad UNIVATES, Ciudad de Lajeado, Brasil (2007-actual). Profesor de Tendencias Contemporáneas en la Dogmática del Crimen en el Postgrado en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad Federal del Rio Grande del Sur, UFRGS, Porto Alegre, Brasil (2008-actual). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Luterana de Brasil, Ciudad de Canoas, Brasil (2003-actual). Director del Departamento de Investigación Científica de la Universidad Luterana de Brasil, Ciudad de San Jerónimo, Brasil (2006-2008). Abogado Criminalista en Alfren da Silva Abogados, Porto Alegre, Brasil. Instructor del Tribunal de Ética de la Orden de los Abogados de Brasil, en la Sección de Porto Alegre, Brasil. Investigador del Centro Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, del Ministerio de la Ciencia y Tecnología de Brasil.

1. DESCRIPCIÓN FÁCTICA DEL FENÓMENO Y DERECHO APLICABLE

A) *El fenómeno*

La desaparición forzada de personas es una de las más atroces violaciones de los derechos humanos. En Latinoamérica, como práctica sistemática y generalizada, surgió en la década del sesenta¹ y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima de parte de sus agentes. El comienzo de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas siguientes, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México. A partir de la década del setenta surgió la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de consentizar a los Estados de la gravedad de la práctica y de impedir su desarrollo².

La adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas materializa dicha preocupación. Este instrumento internacional de carácter no convencional fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992³.

¹ Así, por ejemplo, SONIA PARAYRE, “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en *Revista IIDH*, vol. 29, 1999, pág. 26; además, véase GIOVANNA F. FERNÁNDEZ VÉLEZ, *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pág. 40.

² Véase FERNÁNDEZ, *La desaparición...*, *op. cit.*, nota 1, pág. 40.

³ Véase JUAN JOSÉ CAMACHO, “La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 66, 2007, pág. 29. La Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas dice que existe desaparición forzada cuando “se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”. Véase también, con un panorama legal hasta la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, CONSTANCIO CARRASCO DAZA, “La desaparición forzada de personas en la legislación mexicana”, en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, 2006, págs. 91 y ss.

En nuestro contexto, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belem do Pará, en Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, constituye instrumento jurídico propio de los Estados miembro de la Organización de los Estados Americanos que contribuye a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y proporciona un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el Estado de derecho. Dicho aspecto es señalado en el propio preámbulo de la Convención y deja muy claro sus intentos. En el artículo 1° se encuentra la normativa que establece el compromiso asumido por los Estados que suscribieron la Convención⁴.

De todos modos, la Convención no deja en claro las medidas ni la forma en que estas se deben llevar a cabo. Lo que resulta de esto es que los Estados deben estar preparados para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas y eso solo es posible en cuanto el Estado toma las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención.

Sin embargo, no todos los aspectos podían quedar sin directivas y, por eso, la Convención estableció en el artículo 2° la definición de *desaparición forzada*.

De acuerdo con ella, los Estados parte deben adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas e imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad⁵.

B) *Derecho aplicable*

Como se ha dicho, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas exige a los Estados parte adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas⁶.

Pues bien, cabe señalar que la suscripción de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por el Brasil fue efectuada en febrero de 2007, y a pesar de las directrices legales respecto de la tipificación del delito de de-

⁴ “Art. 1.—Los Estados parte en esta Convención se comprometen a: a) no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención”.

⁵ Así los artículos III y IV de la Convención.

⁶ *Idem, ibidem*.

saparición forzada, no se encuentra dicha tipificación en el ordenamiento jurídico brasileño. La ausencia de tipo penal propio para tal delito en el ámbito brasileño se debe, ante todo, a dos razones, a saber: a la cuestión relativa a si el delito de desaparición forzada no es abarcado por el tipo penal del secuestro previsto en el artículo 148 del Código Penal brasileño; y, además, a que Brasil aún no ha ratificado la Convención, de modo que no se puede decir que tenga vigencia en el territorio de tal Estado.

Pues bien, los problemas que surgen a partir de ello son entonces: a) la posibilidad de abarcamiento del delito de desaparición forzada por el artículo 148 del Código Penal brasileño (delito de secuestro), de modo que el delito sería punible en el ámbito local brasileño, y b) la necesidad (o no) de ratificación para que se proceda a la tipificación exclusiva del delito de desaparición forzada, dado que solo dicho acto (de ratificación) y el respectivo depósito determinaría la efectiva exigencia de tipificación en el ámbito brasileño.

Estos aspectos se relacionan con la toma de posición del Supremo Tribunal Federal en el fallo que se encuentra en juzgamiento y que se analiza en lo que sigue.

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Por la ausencia de tipificación específica para el delito de desaparición forzada de personas en Brasil, las sentencias respecto a la materia son prácticamente inexistentes. No obstante, un juicio en el Supremo Tribunal Federal es digno de consideración, pues discute el problema del abarcamiento de dicho delito por el tipo penal de secuestro; se trata de la extradición 974-5.

Tal proceso se encuentra aun en juzgamiento, de modo que siquiera hay una decisión al respecto. Sin embargo, es de gran interés su análisis, especialmente de la manifestación de los jueces en votos recientes.

A) *Aspecto procesal*

El gobierno de Argentina formalizó pedido de extradición del uruguayo Manuel Cordero Piacentini (“el individuo requerido”), coronel de la reserva del ejército uruguayo, para someterlo a juicio debido a la comisión (reiterada en dos oportunidades) de los delitos previstos en los artículos 210 bis y 144 bis, inciso 1º, del Código Penal argentino⁷. El individuo requerido solicitó refugio al Estado brasi-

⁷ Dicen los artículos mencionados: “Art. 210 bis.—Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) estar integrada por diez o más individuos; b) poseer una organización militar o de tipo militar;

leño y, por consiguiente, el juicio fue suspendido. Sin embargo, con la negativa de la postulación de refugio, el individuo requerido fue sometido a prisión preventiva domiciliaria⁸.

De esta forma, el juicio siguió el trámite regular y el individuo requerido fue interrogado. En la defensa presentada, Cordero Piacentini señaló que el Estado solicitante no había precisado las conductas que le fueron imputadas y subrayó también el carácter político del pedido. Además, afirmó haber recibido indulto del gobierno argentino por medio del decreto 1003/89. Señaló así mismo que los delitos imputados estaban prescritos y, por supuesto, postuló la negación de la extradición.

A causa de la coincidencia de pedidos a esta extradición núm. 974-5, fue agregada la extradición 1079, la cual el gobierno de Uruguay formalizó contra Piacentini por delitos semejantes, más precisamente, los delitos previstos en los artículos 150, 281 y 282 del Código Penal uruguayo.

La Fiscalía, en su dictamen, afirmó que ambos pedidos de extradición trataban de la desaparición de Adalberto Waldemar Soba Fernandez —argentino—, ocurrida en 1976 en Argentina. Sin embargo, en razón del artículo 25, 2, “a” del acuerdo de extradición firmado entre países del Mercosur, la preferencia del juicio debe darse al Estado en el cual fue cometido el delito; además, el propio artículo 78 de la ley 6815/1990 de Brasil (“Estatuto del Extranjero”) dispone en este mismo sentido⁹, por lo que la preferencia del juicio debe ser para el pedido formalizado por Argentina.

c) tener estructura celular; d) disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos”; “Art. 144 bis.—Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: 1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescritas por la ley, privase a alguno de su libertad personal”.

⁸ Véase el Informativo del STF núm. 533, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo533.htm>, en especial el punto “Extradição: Prisão Domiciliar e Saúde do Extraditando”.

⁹ “Art 78.—Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. § 1º Tratándose de crimes diversos, terão preferência sucessivamente: I - o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira; II - o que em primeiro lugar houver pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica; e III - o Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos. § 2º Nos casos não previstos decidirá sobre a preferência o Governo brasileiro. § 3º Havendo tratado ou convenção com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que disserem respeito à preferência de que trata este artigo”.

En cuanto a los requisitos legales exigidos por la ley 6815/1990¹⁰, de Brasil, para el pedido de extradición, la Fiscalía señaló que todos fueron cumplidos. Respecto de los hechos cometidos, afirmó además, que el individuo requerido participó de la “Operación Condor”, identificada como “organización terrorista, secreta y multinacional para cazar adversarios políticos”¹¹ de Brasil, Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay y Bolivia en el período comprendido entre 1970 y 1980; además, participó de acciones militares que dieron como resultado el secuestro de personas. También, la Fiscalía subrayó que dichos delitos se encontraban tipificados en el Código Penal argentino y en la ley 24556, por cuyo medio Argentina ratificó la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ONU. Así mismo puso de resalto que en febrero de 2007 Brasil firmó dicha Convención, manifestando su interés en la represión de estos delitos, pero no la ratificó y por tanto no tiene aplicación en lo relativo a la doble incriminación del delito de desaparición forzada de personas.

Por consiguiente, la Fiscalía sostuvo que las conductas imputadas al individuo requerido — arts. 210, y 144 bis, inc. 1º, del Código Penal argentino— corresponden a los artículos 288, párrafo único (delito de cuadrilla o bando) y 148, párrafo 2º (secuestro) del Código Penal brasileño.

Sin embargo, el problema aquí radica en la posible aplicación al hecho del tipo penal de secuestro. La Fiscalía entiende que, según las informaciones del Estado requirente, el individuo requerido participó de secuestro de varias personas, las cuales hasta ahora no fueron liberadas y que, a pesar del tiempo transcurrido, no se puede decir que estén muertas, pues los cuerpos no fueron encontrados. Además, señala que el delito de secuestro, tanto en la legislación brasileña como en la argentina, cumple las exigencias de los artículos 2º y 5º del Acuerdo de Extradición del Mercosur, pues la pena de privación de libertad para este delito es mayor a dos años, y en el caso no se verifica la naturaleza política. Por fin, acentúa que la afirmación del individuo requerido en cuanto al indulto no procede, pues tal indulto fue declarado inconstitucional por las autoridades del Estado solicitante. Por tanto, la Fiscalía se manifestó en favor de la concesión de la extradición.

Ahora bien, en las manifestaciones de los Ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil (en lo que sigue “STF”) en sus votos en el juicio de la extradición, se verifica gran divergencia, pero la manifestación más contundente corresponde al voto del ministro relator, lo cual nos remite al análisis del aspecto material.

¹⁰ “Art 77.—São condições para concessão da extradição: I - ter sido o crime cometido no território do Estado requirente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e II - existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requirente, salvo o disposto no artigo 81”.

¹¹ Véase el Informativo del STF núm. 526, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo526.htm>, sobretudo el punto “Extradição: Desqualificação do Crime de Seqüestro e Morte Presumida”.

B) *Aspecto material*

En un sorprendente voto el ministro relator, Marco Aurélio Mello, del STF, presenta una manifestación contundente respecto de la materia.

En cuanto al delito tipificado en el artículo 210 del Código Penal argentino —que como se dijo, corresponde al delito previsto en el artículo 288 del Código Penal brasileño—, entiende el juzgador extinta la punibilidad debido a la prescripción, en virtud de que la prescripción de la pretensión punitiva, según la legislación brasileña, ocurre transcurridos doce años, y, según la legislación argentina, después de quince años. Así, de todos modos la prescripción habría tenido lugar.

Ahora, según la opinión del juzgador, no se tiene cumplido el requisito de la doble incriminación. Eso es así, pues la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas no fue ratificada por Brasil, a pesar de la suscripción en febrero de 2007. Con esto, el ministro del STF apartó la posibilidad de que la Convención integrara el orden jurídico brasileño.

Además, la imputación al individuo requerido adopta matices peculiares si se lo compara con el delito de secuestro y, por tanto, el tipo penal de secuestro queda apartado. El ministro entiende que en este contexto el vocablo *desaparición* no se corresponde al secuestro previsto en el artículo 148 del Código Penal brasileño. La desaparición forzada del ciudadano argentino, según cree el ministro, alcanza la propia muerte —que estaría implicada en el tipo—, es decir, alejar personas que podrían poner en riesgo el régimen existente. Por eso se hace referencia a la organización terrorista secreta y multinacional para cazar adversarios políticos de los regímenes militares. Con esto, estando claro el sentido del concepto de desaparición, como acto de desaparecer, no se tiene la doble incriminación. En otros términos: los hechos narrados no permiten aplicar el artículo 148 del Código Penal brasileño. Como ha dicho el juzgador, se trata de una situación concreta diversa en la cual la práctica delictiva alcanzó la propia vida de las víctimas.

En resumen: el juzgador sostiene que: 1) el delito de secuestro previsto en el artículo 148 del Código Penal brasileño no corresponde al delito de desaparición forzada de personas; 2) los hechos presentados no son *per se* abarcados por el delito de secuestro; 3) a causa de la falta de tipo penal para el delito de desaparición forzada de personas, no se cumple el requisito de doble incriminación para la concesión de la extradición.

Pues bien, para que se pueda decir que el tipo penal de secuestro del Código Penal brasileño abarca la conducta de desaparición forzada de personas es necesario verificar su compatibilidad con la definición-modelo presentada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En este sentido vale proceder a realizar un examen dogmático de ambas disposiciones a fin de

señalar los aspectos esenciales del tipo objetivo ellos. Para tal fin es necesario puntualizar los aspectos inherentes a dicha definición y eso depende del examen de otros instrumentos legales.

Así, la definición que ofrece la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas entiende que ocurre la desaparición forzada de personas cuando “se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estableció en el Artículo II la definición del delito de desaparición forzada: “Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

La definición presentada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, según CARRASCO DAZA, acoge lo regulado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 7º amplía en el ámbito de protección de las personas al considerar también agente activo de este delito a organizaciones políticas o no estatales. Antes de esa definición, la desaparición forzada era atribuida exclusivamente al Estado¹². El estatuto señala en el artículo 7, 2, “i” que el delito de desaparición forzada de personas radica en “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”.

A pesar de las diferencias conceptuales que se pueda verificar en las definiciones presentadas por estos instrumentos internacionales, es posible extraer los elementos comunes que, en términos de CAMACHO, permiten “entender la mecánica del fenómeno y anticipar la magnitud de su gravedad”¹³. Dichos elementos que integran el tipo objetivo de la definición-modelo presentada por el artículo II de la

¹² Cfr. CARRASCO DAZA, *op. cit.*, nota 3, pág. 95.

¹³ Cfr. CAMACHO, *op. cit.*, nota 3, pág. 31.

Convención se refieren a: “[...]—la *privación de libertad*, en cuanto conducta punible, la cual comprende, por supuesto, toda y cualquiera supresión de la libertad, independientemente de la forma que adopte esta privación; de modo general se trata de una privación ilegal de libertad, que en primer momento puede manifestarse como una acción legal del Estado, como dice CAMACHO, «en la que se hayan observado las formalidades que requiere la ley para dicha privación de la libertad, disfrazándola así como un acto legítimo de autoridad»¹⁴;

”—*agentes del Estado o personas o grupos de personas con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado*, como autores; en todos los casos es necesaria la participación del Estado, aunque existe la posibilidad de que el hecho sea cometido por actores no estatales, es decir, la participación del Estado puede darse de forma directa (por sus propios agentes) o indirecta (cuando personas ajenas al Estado cometen el hecho con su autorización, apoyo o aquiescencia)¹⁵;

”—*una o más personas cualquiera*, como víctima, es decir, sin ninguna especificidad en lo que se refiere a la posibilidad de ser víctima; y

”—el especial fin de actuar que radica en *la falta de información o en la negativa a reconocer la privación o a informar el paradero de la persona, para impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*”.

Dichos elementos en conjunto, sin duda son imprescindibles para que se pueda hablar de tipicidad objetiva del delito de desaparición forzada de personas¹⁶.

Además, es muy importante indicar algunas características del delito de desaparición forzada de personas. Como ha dicho FERNÁNDEZ, el concepto señalado describe los elementos configurativos del delito y, ante todo, establece el *carácter permanente o continuado* (en el artículo III ECPI¹⁷) de la desaparición forzada de personas mientras no se determine el paradero, así como la *calidad de delito común* con el fin de imposibilitar el juzgamiento por jurisdicciones especiales, en particular la militar¹⁸. Sin duda, bajo la perspectiva dogmática, hay gran impropiedad en

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Cfr. CARRASCO DAZA, *op. cit.*, nota 3, pág. 95, antes de la definición establecida por la Convención, la desaparición forzada era atribuida exclusivamente al Estado.

¹⁶ En sentido semejante véase CAMACHO, nota 3, pág. 31.

¹⁷ Así dice el artículo: “Los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. *Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*”.

¹⁸ Véase FERNÁNDEZ, *op. cit.*, nota 2, pág. 44.

cuanto a dicha clasificación, pues el delito permanente no debe confundirse con el delito continuado¹⁹.

Además, por medio de la especificación *agentes, personas o grupos*, el delito es caracterizado como de *concurso necesario*, pues requiere para su realización la participación de varias personas.

Pero, la conducta de desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de carácter inderogable, tales como *la libertad física*, el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la integridad personal y hasta el derecho a la vida²⁰.

Pues bien, deben señalarse ahora los límites del tipo penal del secuestro según el modelo jurídico brasileño, a fin de verificar, a partir de ahí, la posible compatibilidad de ambos delitos. El delito de secuestro se encuentra tipificado en el artículo 148 del Código Penal brasileño, el cual reza: “Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: Pena-reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

El tipo objetivo del delito de secuestro presenta como conducta punible la *privación de libertad* por medio de *secuestro* o *cárcel privada*. Según BITENCOURT, la privación de libertad en el secuestro radica en la imposibilidad de la víctima de irse o apartarse libremente; además no es necesaria la absoluta imposibilidad de la víctima de apartarse del lugar en el cual fue puesta o retirada por el autor del hecho; es suficiente con que no pueda hacerlo sin grave riesgo personal, independientemente del medio escogido²¹. En cuanto al *modus operandi*, hay dos hipótesis: el *secuestrar* o el *encarcelar*. La ley no diferencia entre ambos comportamientos, por lo que la propia doctrina y la jurisprudencia procuran hacerlo: la cárcel privada radica en encierro o encarcelación, mientras que en el secuestro la privación de libertad no comprende límites tan estrechos. Además, la ley no exige ninguna calidad o condición particular, de modo que cualquier persona puede ser autora del delito. Dicho delito tampoco exige un número determinado de individuos, por tanto es suficiente un solo individuo para cometerlo.

¹⁹ Así, en la literatura brasileña, CEZAR ROBERTO BITENCOURT, *Código Penal comentado*, São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 207: “ocorre o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes da *mesma espécie*, devendo os subseqüentes, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, ser havidos como continuação do primeiro”; en cuanto al delito permanente, véase ROGÉRIO GRECO, *Curso de direito penal*, vol. I, Parte General, 2007, pág. 110: “diz-se permanente o crime quando a sua execução se prolonga, se perpetua no tempo”.

²⁰ Véase CARRASCO DAZA, *op. cit.*, nota 3, pág. 95.

²¹ Véase BITENCOURT, *op. cit.*, nota 19, pág. 486; *id.*, *Tratado de Direito Penal*, Parte Especial, págs. 374-375; además ROGÉRIO GRECO, *Código Penal comentado*, 2ª ed., São Paulo, Editora Ímpetus, 2009, pág. 335; también CELSO DELMANTO *et al.*, *Código Penal comentado*, São Paulo, Renovar, 2002, pág. 318.

En lo que respecta al aspecto subjetivo, el tipo no exige elemento subjetivo especial del injusto, ni un fin especial²². En definitiva debe observarse, como señaló AMBOS, “que existiría precisamente una diferencia entre una mera aprehensión y una aprehensión con el fin de hacer desaparecer a una persona”²³, lo que, por tanto, es suficiente para aclarar la diferencia entre el tipo penal de secuestro en Brasil y el delito de desaparición forzada de personas, conforme la definición-modelo de la Convención.

Sin duda, como se dijo más arriba, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los artículos III y IV, exige a los Estados parte adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas²⁴. De eso resulta que dicho *deber* solo se impone después del depósito de la ratificación del instrumento legal. Como Brasil no ha ratificado la Convención, se puede decir, en principio, que no incide el deber de adoptar las medidas legislativas para tipificar el delito de desaparición forzada de personas. Sin embargo, nada impide introducir un tal tipo penal en el ordenamiento jurídico brasileño. En este sentido se puede apuntar como ejemplo el propio modelo colombiano, que insertó el tipo penal de desaparición forzada de personas ya antes de la ratificación de la Convención (*infra* 3).

C) *Estado actual*

Los procesos de extradición 1079 y 974-5 actualmente se encuentran bajo juzgamiento. De los once ministros que integran el Supremo Tribunal Federal, cinco presentaron sus votos en el sentido de conceder la extradición al gobierno de Argentina, de modo que el pedido de extradición uruguayo quedaría así perjudicado. Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, el argumento presentado por el ministro relator parece ser de todo razonable y coherente con la idea del sistema brasileño (*supra*, B).

3. REFERENCIA AL CASO COLOMBIANO

El artículo 165, introducido en el Código Penal colombiano por la ley 599 de 2000, presenta una formulación muy amplia (o genérica) que a pesar de tipificar el delito de desaparición forzada, *se asemeja* al delito de secuestro previsto en el artículo 148 del Código Penal brasileño.

Sin embargo, la diferencia radica en que elementos específicos del tipo penal del artículo 165 del Código Penal colombiano, como por ejemplo “grupo armado”

²² Véase BITENCOURT, *op. cit.*, nota 19, pág. 487; *id.*, nota 21, págs. 375-376.

²³ Cfr. KAI AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (trad. de Ezequiel Malarino), Montevideo-Bogotá, Duncker y Humbolt-KAS-Edit. Temis, 2005, pág. 378.

²⁴ Así los artículos III y IV de la Convención.

y “negativa a reconocer dicha privación”, hacen este tipo penal especial en comparación con el tipo penal de secuestro en Brasil. En este sentido, las conductas constitutivas de *desaparición forzada*, según el Código Penal colombiano, no se adecuarían al tipo penal de secuestro común del Código Penal brasileño. El análisis comparativo de la legislación colombiana respecto del delito de desaparición forzada de personas con la legislación brasileña aclara por tanto la cuestión de que el derecho brasileño no presenta disposiciones legales que puedan contribuir a solucionar los casos en el ámbito colombiano.

Sin embargo, consideramos que el legislador colombiano en el artículo 165 procuró crear tan solo una modalidad calificada del delito de secuestro y no un delito propio y autónomo de desaparición forzada en vistas a la definición-modelo presentada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

4. FUENTES

A) *Literatura*

AMBOS, KAI: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (trad. Ezequiel Malarino), Bogotá-Montevideo, Duncker & Humblot-KAS-Edit. Temis, 2005.

BITENCOURT, CEZAR ROBERTO: *Código Penal comentado*, São Paulo, Saraiva, 2009.

— *Tratado de direito penal*, vol. 2, Parte Especial, , São Paulo, Saraiva, 2007.

CAMACHO GÓMEZ, JUAN JOSÉ: “La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 66, 2007.

CARRASCO DAZA, CONSTANCIO: “La desaparición forzada de personas en la legislación mexicana”, en *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, núm. 4, 2006.

DELMANTO, CELSO; DELMANTO, ROBERTO; DELMANTO, ROBERTO, Jr. y DELMANTO ALMEIDA, FABIO, *Código Penal comentado*, São Paulo, Renovar, 2002.

FERNÁNDEZ, GIOVANNA F.: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

GRECO, ROGELIO: *Código Penal comentado*, 2ª ed., São Paulo, Editora Ímpetus, 2009.

— *Curso de direito penal*, Parte General, vol. 1, São Paulo, Editora Ímpetus, 2007.

PARAYRE, SONIA: “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 29, 1999.

B) *Legislación*

Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11179 de 1984.

Código Penal de Uruguay. Ley 9155 de 1933.

Código Penal Brasileño. Decreto Lei 2848 de 1940.

Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, de 1994.

Ley 599 de 2000 Colombia.

C) *Procesos*

Extradición 974-5, del Supremo Tribunal Federal, Brasil.

Extradición 1079, del Supremo Tribunal Federal, Brasil.

CAPÍTULO III

CHILE

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Es Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso. Ex catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile). Doctor en Derecho por la UNED, de Madrid, Doctor honoris causa en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín, de Arequipa (Perú), y Especialista en Derecho penal y Criminología por la Universidad “La Sapienza”, de Roma. Profesor honorario y de postgrado en diversas universidades hispanoamericanas y europeas. Autor de más de 130 publicaciones de su especialidad, entre libros, contribuciones a libros colectivos, artículos, traducciones, comentarios y recensiones. Abogado integrante (ministro suplente) de las cortes de Apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y Valparaíso (2007 a la fecha).

1. DESCRIPCIÓN FÁCTICA DEL FENÓMENO Y DERECHO APLICABLE

Desde el propio día 11 de septiembre de 1973, cuando sobreviene el golpe de Estado que derrocó al gobierno de la época, el aparato militar que se hizo del poder echó mano de todas sus reparticiones y medios, con objeto de amedrentar, detener y, en muchos casos, suprimir físicamente a personas ligadas a los partidos y agrupaciones políticas de la disidencia. En la oscura empresa tuvo un papel destacado personal del ejército, en torno al cual se aglutinaron las demás ramas de las fuerzas castrenses y miembros de la policía preventiva¹. Considerando el envenenado ambiente, de extrema polarización ideológica, que precedió los hechos de septiembre, así como la antigua proximidad de los sectores conservadores a las altas esferas militares, no es de sorprender que tales operaciones pudiesen contar, a veces, con la colaboración de civiles, animados de un anticomunismo y una sed de venganza tanto o más exacerbados que los que nutrían a los oficiales².

La persecución y el exterminio políticos³, especialmente en su período más cruel, desde septiembre de 1973 hasta finales de 1976, se tradujo en un crecido número de secuestros de personas consideradas enemigos del gobierno, seguidos de la tortura y, a menudo, el asesinato del detenido, sin nombrar allanamientos de morada, asociaciones ilícitas, amenazas extorsivas, falsedades documentales, reproducción ilegal o supresión de expedientes judiciales, e incluso homicidios cometidos para encubrir el hecho principal. Hasta que el aparato represivo consiguió darse una organización específica, lo que ocurre a principios de 1974 con la llamada Dirección de Inteligencia Nacional, la caza de personas fue generalizada, como un rastrillo, es decir, no selectiva, y, en realidad, se sabe que en los

¹ Que en el país toma el nombre de Policía de Carabineros, un cuerpo militarizado desde su origen, en el primer tercio del siglo xx.

² Nos extendemos sobre dicho clima en nuestro trabajo “La justicia de transición en Chile”, en el volumen *Justicia de transición*. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España (Eds. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner), Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009, págs. (201-237) 204-206.

³ Minuciosamente documentados en el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 2 vols., Santiago de Chile, 1991, y el *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Santiago de Chile, 2005. Ambos textos, fruto de comisiones oficiales creadas por el ejecutivo después del ocaso de aquel régimen, han tenido resonancia en los casos de que hablamos, sobre todo el primero, atendida su mayor antigüedad.

primeros meses de la tiranía, hasta diciembre de 1973, el número más elevado de sus víctimas lo componen individuos de los que no se conoce militancia política, y son entre estos mayoría obreros y campesinos⁴.

Cuando la jurisprudencia comenzó a ocuparse en serio de los juicios respectivos, es decir, a partir de los años noventa del siglo pasado, tras el eclipse del gobierno que propició las fechorías, tanto las investigaciones como la parte resolutive de los fallos —hoy cuantiosos y, en general, condenatorios— se cifrarían en los delitos de secuestro y, cuando quiera que se consiguió dar con los restos del plagiado, homicidio⁵. Esta última consideración es de importancia, porque enlaza las características del fenómeno con el derecho aplicable. En efecto, al acabar el régimen militar, 3178 personas habían caído víctimas de desapariciones forzadas, y perdieron la vida durante el cautiverio⁶. Muchos de los casos se remontan a ese primer período, dentro del cual se inscribe el que comentamos en estas páginas, siendo digno de mención que todavía hoy no se ha podido establecer la suerte de alrededor mil detenidos. Va de suyo que en aquel entonces tampoco existía la prohibición internacional de la llamada desaparición forzada de personas, que en el medio continental hace su entrada apenas con la convención aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994. En cambio, no es ya un dato obvio que Chile permanece aún sin ratificarla ni incorporar a su ordenamiento interno el tipo delictivo correspondiente⁷. Si a esto sumamos que el país carece prácticamente de auténticos crímenes internacionales, se comprenderá que el derecho aplicable a estos casos sea el común o codificado; siquiera la jurisprudencia de los tribunales superiores suele calificar los delitos que entran en consideración, en particular, el secuestro, como crímenes contra el derecho de gentes, al solo efecto de sustraerlos del régimen normal de

⁴ Cfr. JOSÉ GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, pág. 205, nota 8.

⁵ Acerca de ello puede consultarse nuestro estudio “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: una cabeza de Jano”, en *Lateinamerika Analicen*, Hamburgo, Institut für Lateinamerika-Studien, año 18, núm. 3, 2007, págs. 95-122; además, en el volumen *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana (Eds. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsener), Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008, págs. 131-158.

⁶ Datos establecidos por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en su Informe citado *supra*, nota 3, t. II, especialmente pág. 883, y la Corporación Nacional de Reconciliación y Reparación, en su *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política*, Santiago de Chile, 1996, *cfr.* pág. 565, que complementó la cifra de personas muertas o desaparecidas después de haber sido privadas de la libertad, registrada un lustro antes por la Comisión.

⁷ El proyecto de ley que ratifica la Convención Interamericana data de noviembre de 2007, pero a la fecha en que escribimos estas cuartillas (mayo de 2009), versa aún en su segunda fase legislativa, en el Senado. Conociendo la suerte de una iniciativa anterior, fechada en 1995 y que terminó con una declaración de inconstitucionalidad promovida por los mismos sectores que se han opuesto tenazmente a la ratificación del Estatuto de Roma, hay que suponer que la actual no tiene asegurada su sanción. En fin, dos proyectos que pretendieron introducir directamente el delito al Código Penal concluyeron en el archivo.

extinción de la responsabilidad penal⁸. Lo propio ocurre en el fallo que pasamos a apostillar, para cuya inteligencia son de interés las siguientes disposiciones del Código de 1874:

“Art. 14.—Son responsables criminalmente de los delitos:

”1º. Los autores.

”2º. Los cómplices.

”3º. Los encubridores”.

“Art. 15.—Se consideran autores:

”1º. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

”2º. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

”3º. Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

“Art. 94.—La acción penal prescribe:

”Respecto de los crímenes a que la ley impone pena de muerte o de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en quince años.

”Respecto de los demás crímenes, en diez años.

”Respecto de los simples delitos, en cinco años.

”Respecto de las faltas, en seis meses.

”Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará a la privativa de la libertad, para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres primeros acápites de este artículo; si no se impusieren penas privativas de la libertad, se estará a la mayor.

”Las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece este Código para delitos determinados”.

“Art. 95.—El término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”.

“Art. 103.—Si el inculpado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos,

⁸ O sea, la amnistía y prescripción. Sobre esta “cabeza de Jano” y sus inquietantes aristas para la legalidad penal, véase *El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena*, cit.

para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

”Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo”.

“Art. 141.—El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, será castigado con la pena de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados [es decir, de sesenta y un días a cinco años].

”En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.

”Si el encierro o detención se prolongaren por más de noventa días, o si de ellos resultare un daño grave en la persona o intereses del encerrado o detenido, la pena será de presidio mayor en cualquiera de sus grados [es decir, de cinco años y un día a veinte años]”⁹.

2. SENTENCIA MÁS IMPORTANTE

Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema el 25 de septiembre de 2008¹⁰.

“Secuestros agravados por su duración, más de noventa días, y resultar grave daño en la persona de los plagiados, que cometió en calidad de autor mediato un oficial del ejército a cargo de un destacamento militar, con la colaboración de cierto civil, el día 10 de octubre de 1973. Delitos considerados imprescriptibles, atendido su carácter permanente y lo dispuesto en los Convenios de Ginebra sobre trato de civiles en tiempos de guerra, pero cuyas penalidades se atenúan considerablemente por el lapso transcurrido desde que el autor cesó en su función militar y la regla que contiene el artículo 103 del Código Penal”.

“Como lo consigna el fallo de primer grado¹¹ [...], son hechos establecidos en autos [...] que el diez de octubre de 1973 fueron privados de

⁹ Esta era la redacción vigente en 1973. El artículo 141 fue modificado por la ley 18.222 de 28 de mayo de 1983, que le añadió nuevos tipos calificados, amplió los existentes y endureció las penalidades, ulteriormente agravadas por la ley 19.241 de 1993.

¹⁰ Puede consultarse en el archivo electrónico de fallos de la Corte Suprema, en la página Web del Poder Judicial de Chile (www.pjud.cl). Las citas que siguen están tomadas de esa fuente.

¹¹ Lo dictó el ministro de fuero Alejandro Solís Muñoz el 25 de enero de 2006. Confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema, conociendo del asunto por vía de casación, lo invalidó, dictando la sentencia de reemplazo cuyos párrafos transcribimos en el texto. De las discrepancias más importantes entre ambas resoluciones, con sus consecuencias, tratamos en el próximo apartado.

libertad, al margen de todo proceso, a diferentes horas del día y de la noche: en la localidad de Liquiñe, Salvador Álamos Rubilar, Daniel Antonio Castro López, Mauricio Segundo Curiñanco Reyes e Isaías Jorge Fuentalba Calderón; en la localidad de Trafún, José Héctor Bórquez Levicán, Carlos Alberto Cayumán Cayumán, Ernesto Reinante Raipán y Modesto Juan Reinante Raipán; en la localidad de Paimún, Carlos Figueroa Zapata y Luis Alfredo Rivera Catricheo; y en la localidad de Carranco, Luis Armando Lagos Torres, todos, por personal de Carabineros y del Ejército llegado desde Valdivia a la zona, quienes portaban una lista con los nombres de los detenidos, movilizándose en un vehículo particular, una camioneta del Servicio Agrícola y Ganadero, un vehículo policial y la ambulancia del Retén de Liquiñe, perdiéndose desde entonces todo rastro, sin que los privados de libertad hayan tomado contacto con sus familiares, ni realizado gestiones administrativas ante organismos del Estado, ni registren entradas o salidas del país, sin que consten tampoco sus defunciones”.

“A fin de delimitar los efectos provenientes de la ley penal en el tiempo, atendido a que el tipo punitivo en el decurso ha experimentado modificaciones, se estará a lo dispuesto en el artículo 141 del Código Penal al momento de comisión de los delitos, esto es, irretroactivamente, por mandato de lo dispuesto en los artículos 19, núm. 3, inc. 7º, de la Constitución política de la República, según el cual «ningún delito se sancionará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado», principio que también, y a su turno, recoge el artículo 18 del pertinente Código”.

“Como también concluye el fallo recurrido, se encuentra suficientemente acreditada la participación que a título de autor ha correspondido al encartado Hugo Alberto Guerra Jorquera [...], teniente coronel del Ejército a la época de los hechos [...], en lo correspondiente a la modalidad prevista en el numeral 2 del artículo 15 del Código punitivo, segunda parte, en la particularidad de la *inducción* y en el matiz y contexto de la *autoría mediata*, en lo que se conoce como «dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado» [...] En cuanto a la participación que a título de autor le ha correspondido al civil Luis Osvaldo García Guzmán en el delito de secuestro calificado de Luis Armando Lagos Torres, según el numeral 3 del artículo 15 del Código de punición, esta se encuentra suficientemente acreditada”.

“El examen de los Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por la República de Chile por Decreto Supremo número 752, de 1951 [...], lleva a concluir que su aplicación no se agota exclusivamente en lo que dice relación con conflictos armados entre dos o varias de las altas partes contratantes, aun para el caso que el estado de guerra no haya sido reconocido por cualquiera de ellas, sino que, y como lo consigna su artículo

3º, alcanza los casos de conflicto armado sin carácter internacional, situación esta última concurrente en la especie, como lo ha interpretado en diversos fallos la Corte”.

“Una de las características que presenta este tipo de ilícitos, entre otras, es su imprescriptibilidad, en atención a las Convenciones de Ginebra, y de la aplicación del derecho penal internacional en las materias propias de este ámbito de protección [...] Esta Corte ya ha acogido el principio de imprescriptibilidad respecto de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, considerando entre otras razones para ello su cabida y naturaleza en el ámbito del derecho punitivo universal, o sea, los Convenios de Ginebra¹² y las disposiciones de *ius cogens*, como ocurre con el preámbulo de la Convención de 1968, cuyo artículo 1º es conciso en cuanto a que los crímenes de guerra y de lesa humanidad «son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido»¹³.

“Sin embargo, lo expresado no importa ni significa, por cierto, la consagración *de iure* de la atemporalidad, situación esta ajena al humano acontecer e insondable por tanto a la luz de la razón en cuanto esta emana de la experiencia. En el ordenamiento chileno no solo existe por disposición expresa de la ley como norma de aplicación general, sino que, más todavía, no aparece renunciada para los crímenes de lesa humanidad [...], la *media prescripción* o *prescripción gradual*, sin que lo dicho importe o implique hurtar, cercenar o afectar de manera alguna la *imprescriptibilidad* al patrimonio jurídico del derecho penal internacional, sino que más bien la *armonización* unívoca de las instituciones *de iure* vigentes y propias del Derecho punitivo interno, con aquellas también *de iure* vigentes propias del orden punitivo internacional. Que el Estado chileno, a través de la ratificación de los Convenios de Ginebra, recoja excepcionalmente la imprescriptibilidad, no significa «que haya claudicado o se haya impuesto una autolimitación de naturaleza restrictiva [...] en materia de ‘media prescripción’ frente a delitos de lesa humanidad»; es más, «no se divisa antecedente que permita concluir que el Estado [...] hubiere renunciado o tuviere que restarse de aplicar la atenuante consistente en la media prescripción», instituto ya acogido por la Corte Suprema como circunstancia atenuante de tales atrocidades —«el hecho que [...] se ubique en el título v del libro I del texto punitivo, dedicado a la extinción de la responsabilidad penal, no desnaturaliza su finalidad de atenuación»—.

“A los efectos de la aplicación de la media prescripción, es menester tener presente que el secuestro calificado corresponde a la categoría de

¹² En los artículos 146 a 148 del Convenio IV, relativo a la protección de civiles, que son compulsados por el fallo y representan la base de la calificación de los hechos —delitos comunes a la luz de la legislación interna aplicada— como crímenes internacionales.

¹³ La calificación de *ius cogens* obedece ciertamente a que Chile no ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre imprescriptibilidad de estos crímenes. Véase lo que consignamos más adelante al respecto.

delitos *de consumación permanente*, en los que el parámetro fundacional a considerar [*sic*] para los efectos de iniciar el cómputo de la institución en estudio, gira en torno del ataque al bien jurídico tutelado *en tanto, por cierto, sostenido en forma voluntaria por el agente o hechor, en el contexto de la autoría propia del delito de dominio de la voluntad, como aquí ocurre*”.

“Es necesario, pues, «examinar si a la fecha se encuentra acreditado en autos que existía ejercicio de la voluntad sobre los encierros o detenciones». Sin embargo, «en el caso particular el sustento de voluntad que surte efectos sobre la antijuridicidad [...] no ha operado o podido operar más allá del 31 de mayo de 1981, fecha en que a [...] Hugo Guerra Jorquera se concede el retiro absoluto del Ejército, cesando en consecuencia [...] su actividad institucional, que en su momento [...] le determinó esencialmente en estos hechos». «A la fecha actual han transcurrido más de treinta y cuatro años contados desde la comisión de los ilícitos, como, asimismo, más de dieciocho años desde que el país se reencontró y volvió a la acunación [*sic*] en los valores consubstanciales a su esencia y normalidad democrática-republicana. Así, y retornando a la fecha en que al reo se concede el retiro absoluto del Ejército, se considerará esta como de inicio de cómputo de la media prescripción, lo que se extiende para ambos condenados»¹⁴.

“Por otra parte, «la figura del secuestro calificado se sostiene en lo particular [...] en razón de no haberse acreditado que las víctimas hubieren sido ultimadas o muertas, como pareciera deducirse —aun cuando insuficientemente— de algunas deposiciones testificales e incluso indicios, y sin que tampoco existiere colaboración en tal sentido por parte de los condenados»¹⁵.

¹⁴ Fundamentos segundo, tercero, cuarto, séptimo, octavo, undécimo, décimo cuarto, décimo séptimo, vigésimo y vigésimo primero de la sentencia de reemplazo. El vigésimo tercero abunda en la última idea: “El punto de determinación de la calificación de la participación criminal [...] se enmarca en la «autoría mediata» y esta en el contexto de un «aparato organizado de poder», lo que importa y conlleva la medición de sus características intrínsecas, acotando la específica posición del encartado en la jerarquía de la institucionalidad militar de la época, en que no es este el único hecho ni el único autor, toda vez que son varias las situaciones y diversos los autores de similares características acaecidos en distintos puntos del país en aquellos días, lo que permite hacerse opinión [...] en cuanto al grado y alcance de preponderancia de la participación del hechor dentro de la «cadena de mando», o de dicho aparato organizado de poder”. Pues bien, “es un hecho público y notorio que Chile retornó o se reencontró con su idiosincrasia democrática y republicana en los primeros meses de 1990 [...], sin que pueda concluirse que a partir de la fecha indicada existiere poder alguno del Estado que quedare al margen del control institucional democrático, o que pudiese mantener o sustentar los ilícitos que determinan estos autos, consistentes en la conculcación sostenida de derechos fundamentales como son la libertad ambulatoria o de desplazamiento. La acusada situación no es menor, por cuanto incide en los efectos de la ley penal en el tiempo, en lo pertinente a la media prescripción como circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal de ambos acusados”.

¹⁵ Véase fundamento vigésimo cuarto.

“Finalmente, en lo que respecta a la *acción civil* deducida contra el fisco por los deudos de los pacientes, «la normativa internacional aplicable en la especie, por mandato constitucional, propende a la reparación integral de las víctimas, lo que incluye el ámbito patrimonial, de conformidad a los convenios y tratados celebrados por Chile», en lo que «cabe considerar también que, por tratarse en la especie de un delito encartado como de lesa humanidad, su especial naturaleza antijurídica le determina en la categoría de aquellos no prescriptibles»¹⁶.

3. EXPLICACIÓN Y COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A) *Aspecto material*

El “episodio de Liquiñe” —denominado así por la prensa y el propio fallo de primera instancia, ya que en esa aldea rural del sur de Chile residían los secuestrados, varios de los cuales se desempeñaban como obreros forestales en una explotación maderera—, calza a pedir de boca en el concierto de la violencia que desencadenó el aparato estatal desde la asonada sediciosa de septiembre. Aun así, los crímenes que lo componen alcanzaron cotas de una ferocidad extraña incluso para lo que fue la primera fase de la satrapía castrense, asociadas a unos rasgos de ruindad que muestran hasta qué simas de bajeza moral se había sumido a la sazón la comunidad chilena.

El destacamento militar de Hugo Guerra Jorquera ocupó la zona unas semanas antes, con el propósito de anular un incipiente foco de resistencia armada —como aseguró el gobierno de la época— que encabezó en los bosques cordilleranos de Neltume, en Valdivia, José Gregorio Liendo Vera, el “comandante Pepe”, joven líder del Movimiento Campesino Revolucionario. Pero las magras hazañas de este, por entero no idóneas para amagar a las nuevas autoridades, concluyeron pronto. Detenido en pocos días, se le fusiló junto a varios de sus compañeros a principios de octubre de 1973, en ejecución de una condena a muerte pronunciada en consejo de guerra.

No obstante, las detenciones de sospechosos, mejor dicho, de simpatizantes del régimen depuesto, continuaron en Liquiñe. Todo indica que los nombres con que contaba el comandante Guerra para sus redadas le fueron proporcionados por un empresario de la zona, Julián García García, en cuyo establecimiento se instalaron los uniformados. El hijo de este, también condenado en la causa, condujo a los militares a las humildes habitaciones de los campesinos, para detenerlos, y acompañó en su propio coche a la comitiva militar y de Carabineros hasta un puente sobre el río Toltén, camino a la ciudad de Villarrica. Allí el oficial hizo bajar de los vehículos a los once detenidos y ordenó a sus hombres dispararles y abrirles la cavidad abdominal para que los cadáveres, que fueron arrojados al río,

¹⁶ Véanse fundamentos cuadragésimo segundo y cuadragésimo octavo.

podieran hundirse para siempre en las aguas. Los malhechores, que horas más tarde harían limpiar por mano ajena las huellas de sangre y los residuos de masa encefálica que quedaron sobre el puente, volvieron a la carga días después, dado que algunos cuerpos habían sido hallados flotando en el río por campesinos del lugar. Se les baleó de nuevo para hacerlos desaparecer en la corriente. En efecto, sus restos no fueron encontrados jamás.

Como se dirá más adelante, hubo numerosos testigos directos de las detenciones, y uno, de la sumaria ejecución. Pero las constantes súplicas de los parientes, que pedían información sobre las víctimas en Temuco, Valdivia y otras ciudades, nunca obtuvieron respuesta. El régimen, incluida su judicatura militar, negó saber del paradero de tales personas. También los condenados tras treinta años de la macabra felonía, que mantuvieron durante el juicio una terca negativa de haber participado en los delitos, pretextando que estos no ocurrieron, pese a la contundente prueba que obraba en su contra¹⁷.

El fallo, que condenó a Hugo Guerra como autor mediano y a Luis García como cómplice¹⁸ de los secuestros, presenta múltiples aspectos de interés, tanto en lo que respecta a cuestiones específicas del derecho interno, como por su proyección hacia temas significativos para el derecho internacional penal. En esto conviene tener en consideración que, desde las postrimerías de la década del noventa del siglo xx, las normas sobre crímenes internacionales del ordenamiento supraestatal empiezan a abrirse paso en la jurisprudencia de los tribunales superiores, siquiera —cual anunciamos en el apartado precedente— entreveradas con las de la legislación vernácula, dada la ausencia en Chile de tipos que castiguen directamente este género de graves infracciones. La sentencia en comento se inserta en una etapa en que la doble calificación jurídica de los hechos, como delitos comunes y, a la vez, crímenes internacionales, está ya asentada en el poder judicial, comenzando por el tribunal supremo. A continuación expondremos críticamente las facetas más significativas de la sentencia para ambos ordenamientos, al hilo de su inserción en el sistema de la parte general del derecho penal.

Por lo pronto, el problema de la sucesión de leyes penales en el tiempo a propósito de los delitos permanentes. Tanto la resolución de primera instancia¹⁹ como el fallo de casación aciertan al aplicar la figura de secuestro vigente a la fecha de la *acción* delictiva y descartar la reformulación, perjudicial para los encartados, que el tipo y su penalidad experimentarían andando los años. Como se sabe, la cues-

¹⁷ Véanse los fundamentos primero a octavo, décimo y décimo tercero de la sentencia de primera instancia.

¹⁸ Cómplice, porque, concertado para la ejecución del hecho, prestó los medios con que este se llevó a efecto. Obsérvese que el artículo 15, numeral 3º, del Código Penal, lo pena como *autor*. De ahí la calificación de la sentencia de primer grado, en su fundamento decimoquinto, al que mantuvo inalterado el tribunal de casación.

¹⁹ Véase fundamento noveno.

tión del tiempo en que el delito se estima cometido es de las más batallonas de la teoría de la ley penal, y todavía más espinoso se presenta el problema de la ley aplicable a los delitos permanentes, como el secuestro y esa variedad supranacional que recibe el equívoco nombre de *desaparición forzada de personas*. Aquí no se adoptó la solución interpretativa más severa para los reos, por no decir rayana en franca ilegalidad²⁰, o séase, aquella que postula el imperio de una ley nueva, por más que esta exaspere las penas del derecho vigente cuando comenzó el período consumativo, si el resultado se prolonga bajo la férula de la innovación. Los argumentos aducidos en la doctrina penalista en pro de la vigencia de la ley más favorable de cuantas existieron entre el comienzo y la conclusión de un delito permanente, a saber, que este es, “en pura doctrina jurídica, un *delito único*”²¹, y que admitir el pensamiento que lo subyuga a modificaciones legislativas *in peius*, “deja en manos del legislador una ilimitada libertad para modificar a su arbitrio las condiciones de su represión”²², son perfectamente sustentables en Chile, cuyo Código Penal y cuya Constitución política no introducen excepciones a la irretroactividad de la ley penal basadas en el momento peculiar de la comisión de algunos grupos de delitos, salvo la conocida extractividad de la más benigna, que es aplicable a todos ellos. Visto el asunto desde esta perspectiva, el principio de legalidad de delitos y penas sale ganancioso, contrariamente a lo que se observa en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos, que aparenta tener dificultades para reverenciar así las exigencias legalistas como los requerimientos de la humanidad²³.

Harto más arduo nos resulta secundar a los juzgadores chilenos en su apreciación de los restantes pliegos del caso. Desde luego, un serio problema emerge en la especie de autoría que fue atribuida al jefe militar. Su defensa solicitó al tribunal de primera instancia que aclarase en cuál de las dos hipótesis previstas en el numeral 2 del artículo 15, del Código Penal (inducción o autoría por forzar a otro a cometer el delito) se basaba la acusación, a lo que el sentenciador contestó en tér-

²⁰ Reserva hecha de los Códigos que, vulnerando sus propios principios, la incluyen expresamente, como el alemán, en el párrafo 2, párrafo 2, según el cual “si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, se debe aplicar la ley que rige en el momento de su conclusión”. Esta es también la opinión dominante de antiguo entre los criminalistas germánicos. Véase, por todos, HANS-HEIRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin, Dunker & Humblot, 1996, págs. 138-139.

²¹ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., t. II, Buenos Aires, Losada, 1950, pág. 641.

²² JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de derecho penal*, Parte General, t. I, 3ª ed., Lima, Grijley, 2005, pág. 310.

²³ Véase, en especial, su sentencia de 26 de noviembre de 2008, relativa a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija de un mes de edad a manos de militares guatemaltecos y miembros de las “Patrullas de autodefensa civil”, que aplicó retroactivamente el tipo de la desaparición forzada de personas, y no el vigente (secuestro) a la época de comisión de los hechos, atendido el mantenimiento “de la conducta delictiva [...], ya que el destino de María y Josefa Tiu Tojín sigue siendo desconocido” (fundamentos 87 y 88). La pena de la desaparición forzada en Guatemala puede llegar... ¡a la muerte! Citamos este lamentable fallo conforme a la plataforma electrónica oficial del organismo, disponible en Internet, <http://www.corteidh.or.cr>.

minos asaz oscuros. Con expresa mención de la tesis de ROXIN del dominio de la voluntad por medio de un aparato organizado de poder, adujo que el sujeto “tuvo dominio de los hechos por su jerarquía en la organización, compuesta por militares, carabineros y civiles, destinada a reprimir a los presuntos opositores al gobierno militar”; en otras palabras, que ese dominio le correspondió por su “posición preponderante de poder dentro de una organización jerárquica”. Todo esto se adecua al planteamiento del criminalista alemán sobre la autoría mediata, inclusive el hecho de que el oficial tenía un mando apenas intermedio en una cadena de poder cuya cúspide coincidía con la junta militar de gobierno, órgano que derramaba sus instrucciones generales y particulares desde mil kilómetros de distancia, en la capital²⁴. He aquí, sin embargo, que, en un giro sorpresivo del razonamiento, la sentencia predica de Guerra, quien “no ejerció violencia física o moral alguna en contra de sus subordinados o de los carabineros de Liquiñe para obligarlos a adoptar la decisión de detener y secuestrar a las víctimas de ese lugar”, la calidad de *instigador*, pero llamándole indistintamente *autor mediato*, por haber “empleado como medio de inducción una orden jerárquica”²⁵. La Corte Suprema, con su referencia al numeral 2, última parte, del artículo 15 del Código, en sus propias palabras, “la inducción, en el matiz y contexto de la autoría mediata”, compartió esa heterogénea evaluación, correcta en los resultados, aunque muy imperfecta en los conceptos que se usaron para alcanzarlos, ya que confunde dos categorías distintas, a saber, la *instigación*, de indiscutible enclave en el Código chileno, y la *autoría mediata*, a propósito de la cual su articulado no mienta ni por asomo a quien delinque *mediante* o *por medio* de otro. Puede haber contribuido a semejante enredo metodológico la circunstancia de que todavía un número importante de penalistas del país considera que hay inducción, no solo cuando hubo plena libertad en el individuo instigado, sino también cuando este procedió bajo órdenes del otro, atemorizado por él, por una cuestión de disciplina o siguiendo los artificios y maniobras del mandante²⁶, pero también —lo que parece más factible— un defectuoso manejo de la bibliografía reciente, como quiera que el primer fallo glosa con profusión a un escritor que no solo separa con rigor *inducción* y *autoría mediata*, sino que rechaza fundadamente la variedad de esta última invocada por el tribunal, esa que hoy recibe el nombre de *autoría por dominio de una organización*²⁷.

²⁴ El primer elemento de la doctrina del dominio de la voluntad en aparatos de poder, o sea, la estructura jerárquica de que dispone el “hombre de atrás”, no exige que este ocupe la cima de la organización, sino que tenga autoridad para dirigir a lo menos la parte de esta que le está subordinada, “sin dejar a criterio de otros la realización del delito”. IVÁN MEINI, *El dominio de la organización en derecho penal*, Lima, Palestra Editores, 2008, pág. 28.

²⁵ Véase fundamento décimo séptimo, apartado II.

²⁶ Una detallada relación del problema, en SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ, “Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. “In memoriam”, 2 vols., t. I, Cuenca, Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001, págs. (1231-1284) 1261-1262.

²⁷ Nos referimos a ENRIQUE CURY URZÚA, en su *Derecho penal*, Parte General, 7ª ed., Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, págs. 606-607.

Si lo que antecede es prenda del conocimiento fragmentario y asistemático de la doctrina criminalista de parte de algunos jueces chilenos, es de celebrar su decisión final en este punto, cuya bondad radica en haberse plegado a la ley, antes que a una teoría carente de respaldo en ella y que quedó en el fallo en el papel de aparato decorativo, al gusto de la moda, pero en despiste de los entendimientos. La conclusión es palmaria y no requiere matiz alguno: *inducción*. Las órdenes impartidas a individuos que pueden y deben ser acusados penalmente por acatarlas (lo que no se dio en la causa) dejan intacta la condición de inductor en quien las pronunció, sin que importen en ello las relaciones particulares existentes dentro del grupo, ni tampoco el ascendiente, el influjo o la autoridad del que instiga sobre los instigados. Nada de esto permite desplazar el vínculo desde la instigación hacia la autoría mediata, por lo menos hacia aquella modalidad de autor indirecto que instrumentaliza al ejecutor, la de quien lo “fuerza”, cual reza la primera cláusula del numeral 2, artículo 15, del Código Penal²⁸. Bien escribe BÚNSTER BRICEÑO que “un grado menos intenso de determinación, que no importe subyugar la voluntad del intermediario, sino influir dolosamente en su voluntad de delinquir, no es autoría mediata, sino instigación”²⁹. Por lo demás, la pena indicada para quien “induce directamente” a otros a ejecutar el delito, la misma de los autores materiales, expresa o debiera expresar cabalmente el *desvalor* de lo que hizo nuestro inductor.

Pero ¿será esto efectivo en el caso que nos ocupa?; en otras palabras: ¿reflejarán las penas impuestas al último y su cómplice —a quien así mismo la ley ordena castigar como autor—, tanto en la formación de los márgenes penales como en la conmensuración en sentido amplio de las puniciones, la gravedad objetiva y subjetiva de sus delitos? La sentencia de primera instancia y el fallo de casación coinciden en un aspecto, pero se divorcian radicalmente en otro, dependiente del anterior y, sobre todo, decisivo para la medida concreta de las penas y la factibilidad de hacerlas cumplir como la ley manda, tras los muros de una prisión. Una y otra, según quedó anotado, reputan imprescriptibles los secuestros en virtud de los Convenios de Ginebra. No compartimos este punto de vista, primero, porque en tales documentos no consta disposición alguna que declare explícitamente lo ajeno de los crímenes de guerra a un modo de extinguir la responsabilidad penal que tampoco admite excepciones en el derecho interno y, segundo, porque Chile continúa sin ratificar los documentos internacionales donde la regla de la imprescriptibilidad aparece sin rodeos ni circunloquios³⁰. Sea lo que fuere, lo cierto

²⁸ Al respecto, remitimos a nuestro trabajo “Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: el caso chileno”, en volumen *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado* (coord. Kai Ambos), 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2009, págs. (71-86) 81-83.

²⁹ “El concepto de autor”, en sus *Escritos de derecho penal y política criminal*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1994, págs. (185-210) 208.

³⁰ Nos extendemos sobre el particular en el estudio “Crímenes internacionales y prescripción”, inserto en el volumen *Temas actuales de derecho penal internacional*. Contribuciones de América Latina, Alemania y España (Eds. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik), Montevideo, Konrad-

es que si se acepta que los crímenes de guerra no prescriben, es preciso ser coherentes con la premisa y, por ende, mantenerlos absolutamente al margen de esa condición *a priori* del conocimiento y aplicación jurídicos que es el tiempo. En este sentido, la sentencia de primera instancia merece plácemes. Al desestimar la alegación de prescripción planteada por la defensa, el ministro instructor no solo invoca que la vedaría el derecho supraestatal, sino arguyó que, siendo el secuestro un delito permanente, mientras se prolongara la detención de los plagiados, como sucedió en la especie, “no puede, racionalmente, indicarse el momento en que comienza el cómputo a que se refiere el artículo 95 del Código Penal”³¹ —en el que se indica el de la comisión del delito como *dies a quo* del plazo de su prescripción—. Con perfecta consecuencia, el sentenciador rechazó, por las mismas razones, dar cabida a la prescripción gradual de la acción penal, en el artículo 103 del Código³². Todo lo cual condujo a la condena a dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo para Hugo Guerra Jorquera, y de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo para Luis García Guzmán, penas que los sujetos debían satisfacer realmente, o lo que es igual, presos.

Que el secuestro sea un delito permanente es de unánime reconocimiento en la doctrina chilena³³, a la que se debe, además, una espléndida caracterización conceptual de esta clase de infracciones³⁴. Con la misma contundencia, los autores subrayan que en las hipótesis de permanencia el cómputo de la prescripción se

Adenauer-Stiftung, 2005, págs. 103-115. También en portugués, “Crimes internacionais e prescrição”, en *Tribunal penal internacional. Possibilidades e desafios* (coords. Kai Ambos y Carlos Eduardo Adriano Japiassú), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2005, págs. 185-197.

³¹ Véase fundamento vigésimo cuarto, *in fine*.

³² “Procede rechazarla con el mérito de lo razonado en el fundamento 24º, puesto que los delitos de secuestro, materia de la acusación de oficio, son de carácter permanente” (véase fundamento trigésimo cuarto).

³³ Cfr. LUIS COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*, Parte General, 3 vols., t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975, págs. 317-318; ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho penal*, 4 vols., 3ª ed., revisada y actualizada, 1998 (según la cubierta, 1997), t. III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pág. 205; GUSTAVO LABATUT GLENA, *Derecho penal*, 2 vols., 9ª ed., actualizada por Julio Zenteno Vargas, t. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 31; MARIO GARRIDO MONTT, *Derecho penal*, Parte General, 2 vols., 4ª ed., t. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, págs. 338-339; EDUARDO NOVOA MONREAL, *Curso de derecho penal chileno*, Parte General, 2 vols., 3ª ed., t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005, págs. 249-250; SERGIO POLITOFF LIFSCHITZ, JEAN PIERIE MATUS ACUÑA y MARÍA CECILIA RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte General, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 131, y *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte Especial, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 193.

³⁴ “Delito permanente es aquel en el que la actividad criminal se extiende ininterrumpidamente en el tiempo durante un lapso más o menos prolongado, pero siempre considerable, cuyos momentos son todos por igual de consumación, siempre y cuando el agente se halle en condiciones de hacer cesar por su parte el estado antijurídico, de compresión del bien jurídico, determinado por su actividad”. MANUEL DE RIVACOBA y RIVACOBA, “El delito de usurpación y el problema de su prescripción”, en *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, núm. 48, junio de 1984, págs. (3-6) 3.

cuenta “desde que concluye el estado jurídicamente indeseable creado y sostenido en forma voluntaria por el sujeto con su actividad”³⁵, esto es, cuando cesa su período consumativo, de lo que deriva que, “en tanto no haya finalizado, tampoco ha transcurrido ni siquiera un día del tiempo necesario para declararla”³⁶. La Corte Suprema, empero, desoyó la enseñanza científica al acoger la prescripción gradual, a so capa de que esta tendría la naturaleza de una circunstancia atenuante, por tanto, diversa de la índole del instituto de la prescripción, e imaginando que sería factible conciliarla con las reglas supraestatales que prohíben terminantemente que el tiempo suprima la responsabilidad resultante de los crímenes de guerra. Hay que poner de relieve que tamaña interpretación, contraria al derecho internacional, tampoco se apega al derecho interno. Años atrás escribimos que la prescripción gradual de acción penal y pena tenía su fundamento en las mismas consideraciones de estabilización social, seguridad jurídica y humanidad de que se alimentaba el instituto en su conjunto, motivo por el cual su naturaleza jurídica no podía diferir de él, si era verdad que, en el mundo del derecho, el *qué* de las normas dependía de su *porqué*. La regla representa solo una forma concreta o posibilidad operativa en que cristalizan *telos*, naturaleza y condiciones de procedencia de la prescripción en general³⁷. Que su *efecto* sea atenuante no la enajena del plexo normativo al que pertenece. Por el contrario, lo reafirma, pero en el entendido de que el delito examinado cumpla con el supuesto básico de dicho espectro, es decir, que pueda prescribir.

Como, a la inversa, nuestros secuestros fueron declarados imprescriptibles por el fallo, es fácil comprender la dificultad con que tropezarían los redactores para fijar el instante en que cesó su período consumativo. La cuestión revestía importancia suma, porque el artículo 103 del Código parte de la base de que haya transcurrido la mitad del tiempo que se exige para la prescripción. Pues bien, pese a ser esta inoperante en el caso, la sentencia de casación optó por la fecha en que el autor se acogió a retiro de las filas. Se conjeturó que entonces, al cesar en el mando militar, acabó también su poder de dominio delictivo dentro de la organización. A mayor abundamiento, la sentencia propone la data, posterior en diez años, en que el país dejó de estar gobernado por uniformados.

La crítica no tardaría en afirmar que las de la Corte Suprema eran apreciaciones antojadizas y contradictorias con el mérito del proceso³⁸. En efecto, “demostra-

³⁵ CURY URZÚA, *op. cit.*, pág. 801.

³⁶ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *op. cit.*, pág. 5.

³⁷ Cfr. JOSÉ LUIS DALBORA GUZMÁN DALBORA, “De la extinción de la responsabilidad penal”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I (único publicado), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, págs. (433-487) 481 y 483.

³⁸ Bien lo captó el ministro Carlos Künsemüller Loebenfelter en su voto particular. Según este juez, que es también un respetado profesor de Derecho Penal, había que denegar la prescripción gradual porque, no habiendo prueba del término del período consumativo, tampoco se presentaba el supuesto del artículo que la regula.

da la privación de libertad de la víctima, pero no su muerte o recuperación de la libertad, se entiende que el término del período consumativo tampoco ha sido probado”, con lo que se derrumba desde sus cimientos la prescripción gradual; esto, sin nombrar que en un secuestro “lo determinante es el mantenimiento del estado antijurídico y no el dominio del aparato de poder, solo relevante para la configuración de la autoría mediata”³⁹. Pero el hecho es que las apreciaciones de la mayoría de la Corte implicaron una rebaja considerable de las penas, a cinco años en el caso de Guerra, y tres años y un día en el de García. Para colmo, ambos fueron agraciados con el beneficio de la libertad vigilada, maguer la inexistencia de un informe favorable a este medio alternativo a la privación de la libertad, y se liberó al ex militar de la obligación de pagar las indemnizaciones civiles y costas de la causa, siempre en pos de ahorrarle el encierro. Cómo armoniza esto con el requerimiento internacional de evitar que los crímenes de guerra queden impunes, proclamado ampulosamente por el fallo, eso lo decidirá el lector.

De ahí que la condena civil del Estado, cuyos abogados opusieron durante la causa la excepción de estar prescrita la acción correspondiente, tenga que dejar un regusto amargo. Por cierto, tranquiliza que la Corte recobre aquí la consecuencia con su premisa de la *imprescriptibilidad*. Si los delitos no prescriben, el poder del tiempo deviene parejamente incapaz de cimentar la pretensión de haberse esfumado el deber indemnizatorio. Al argumento formalista de que la fuente de la responsabilidad civil sea el daño, no el delito, que su naturaleza diverja de la penal y por eso los plazos de prescripción sean distintos, más breves en la primera que en la segunda⁴⁰, cabe contestar que esto es válido con tal que el derecho acate el condicionamiento del tiempo, no cuando las normas abjuran de él y entregan su majestad al nervio incondicional de lo infinito⁴¹. En verdad, la *imprescriptibilidad*

³⁹ Las frases entrecomilladas las recogemos del artículo “La aplicación de la prescripción gradual del delito en las causas sobre violaciones de derechos humanos”, de PIETRO SFERRAZZA TAIBI y KARINNA FERNÁNDEZ NEIRA, de pronta aparición en el *Anuario de derechos humanos*, 2009, núm. 5 (en prensa), del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Agradezco a sus autores la gentileza de haberme facilitado una copia del original.

⁴⁰ En Chile, la acción encaminada al resarcimiento de los perjuicios civiles prescribe, como regla general, a los cuatro años, “contados desde la perpetración del acto” (C. C., art. 2332). Sin embargo, como quiera que el *acto* incluye su *resultado* —en la especie, el daño patrimonial— y una obligación no puede extinguirse antes de haber nacido, el plazo empieza a correr con la producción del *perjuicio*, no el día de la manifestación de voluntad. Huelga añadir que el daño moral sufrido por los deudos de las víctimas no concluye el día que la Corte conjetura como de término de los secuestros.

⁴¹ Esta consideración nos parece más importante que discutir si las reparaciones e indemnizaciones de que tratan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, muy especialmente, el artículo 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos, difieren de la responsabilidad extracontractual o, en cambio, representan un género mayor del que esta representa solo una especie. Uno de los votos disidentes del fallo quiso rechazar la acción civil, alegando que la derivada de los delitos era puramente patrimonial y que, como a la fecha de comisión de las infracciones no estaban vigentes en Chile esos convenios internacionales, menos podría aplicárselos retroactivamente para “fundar en sus disposiciones la pretendida imprescriptibilidad de la acción civil”.

le da al soporte antijurídico de los delitos el sello de un *injusto absoluto*⁴², contra el que han de chocar necesaria e infructuosamente las elaboraciones nacidas del constructivismo jurídico y del espíritu cicatero. Solo que, esta vez, la condena civil, precedida de una concepción *relativa* del injusto penal, abiertamente opuesta a la unidad de lo antijurídico dentro del ordenamiento, y de unas penas pronunciadas a título de saludo ceremonial⁴³, reproduce de algún modo en el ánimo la atmósfera mezquina que engendró los hechos delictivos y, sobre todo, confirma la sospecha de que la sociedad chilena, o los sectores dominantes en ella, siguen atribuyendo más valor a los bienes patrimoniales que al respeto por la libertad y la vida de sus hijos. Es la palingenesia de las distorsiones valorativas que antaño precipitaron al país a la catástrofe.

B) *Aspecto procesal*

Solo un pliegue del caso es digno de nota en este respecto. Por lo demás, los lectores no familiarizados con el procedimiento penal chileno habrán percibido ya el problema subyacente, acaso sin comprender la solución que le dio el fallo.

Las pruebas contra los acusados, así de las detenciones ilegales como de su intervención concreta en ellas, fueron abrumadoras: testigos directos y de oídas (parientes de las víctimas, ex carabineros del lugar, simples circunstantes, incluso la cónyuge de uno de los reos), informes policiales, documentos⁴⁴, etc. Pero varias de las evidencias del secuestro eran, simultáneamente, indicios del asesinato de los secuestrados. Es más, durante la investigación se escuchó el testimonio de una persona que, mientras pescaba a orillas del río Toltén, vio pasar los camiones en que iban las víctimas, presencié el momento en que los militares las hicieron bajar, oyó los gritos de dolor, las ráfagas que les segaron la vida y, en fin, pudo observar el instante en que los cuerpos —que el testigo calculó en número de veinte— fueron arrojados al agua. ¿Por qué, pues, el tribunal no extendió la condena al delito de homicidio?

En la apreciación de la prueba del homicidio la jurisprudencia ha convenido siempre, no solo en los procesos de detenidos-desaparecidos, sino para las muertes

⁴² Como en los antiguos crímenes de lesa majestad, ciertas infracciones religiosas y, en general, los *delicta extraordinem*. Que, sin embargo, no existe un injusto absoluto, se sabe hace mucho tiempo, desde el célebre trabajo de GEORG JELLINEK, *Injustos absoluto y relativo*, de 1879, cuya versión castellana se puede consultar en la *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, de Granada, 2008, núm. 10, disponible en Internet, <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r1.pdf>, 2 de febrero. Yace aquí un motivo adicional para deplorar el predicado de la imprescriptibilidad, que nos hace retroceder doscientos años en la historia de nuestra disciplina.

⁴³ Saludo incluso más condescendiente que la “fantástica benevolencia” de los jueces alemanes que condenaron a los miembros del “comando Eichmann”, a principios de los años sesenta del siglo pasado, pues estos tuvieron que cumplir sus penas. Tomamos la expresión de HANNAH ARENDT, *Eichmann en Jerusalén* (trad. de Carlos Ribalta), Barcelona, Debolsillo, 2008, pág. 30.

⁴⁴ Entre los que figura el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

comunes, en exigir el reconocimiento del cadáver y la identificación de la persona fallecida. Que sea así, no es para maravillarse, porque el viejo Código de Procedimiento Penal, en vigor a la época de comisión de los delitos, imponía esa obligación *expressis verbis* en varias disposiciones de la fase de instrucción, que corrían bajo el rótulo “de la comprobación del delito en casos especiales” (arts. 121-137). Y es claro: el homicidio consiste en matar a otra persona, motivo por el cual la demostración de la muerte demanda contar con los despojos y poder asociarlos con precisión a la figura humana, a la individualidad cuyos días abrevió el agente. Una de las causas de procedencia del recurso de revisión de sentencias firmes, la de alguien que esté sufriendo pena por el “homicidio de una persona cuya existencia se compruebe después de la condena” (art. 657), lejos de desmentir ese predicamento, lo corrobora, porque la ley supone allí que el cadáver del occiso resultó mal identificado durante el proceso, pero la sentencia declaró que fue ese individuo a quien el autor mató.

En otras palabras: los tribunales chilenos se abstienen de condenar por tipo alguno de homicidio si el *corpus delicti* no cobra forma en restos reconocibles del sujeto pasivo. El fallo del “episodio Liquiñe” hizo bien en atenerse a la tradición. Incluso si los reos hubiesen confesado ser autores de los asesinatos, tampoco habría podido condenárseles. El mismo Código Procesal de 1907 requería probar el hecho punible con el examen de la persona que fue objeto del delito, no con el mérito de su confesión (arts. 110 y 111).

4. REFERENCIA AL CASO COLOMBIANO

De haber regido en Chile en 1973 disposiciones análogas a las que contiene el Código Penal colombiano, según la redacción de la ley 599, de 24 de julio de 2000, los hechos no se adecuarían al tipo de la desaparición forzada de personas y tampoco serían constitutivos de secuestro común.

El artículo 165 requiere que el autor pertenezca a un grupo armado al margen de la ley, al paso que, en la especie, el instigador formaba parte de una institución perfectamente legal, el Ejército, con la que colaboró su cómplice. Que tales delitos obedecieran a una política antijurídica de una organización oficial, entendemos que no convierte a esta en el “grupo” que enuncia dicho precepto, que difiere sensiblemente de la estampa de la desaparición forzada de personas en la Convención de 1994⁴⁵. En cuanto al secuestro, la circunstancia de agravación prevista en el numeral 11 del artículo 170, esto es, que se cometa contra personas

⁴⁵ El artículo II considera *desaparición forzada* “la privación de la libertad de 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 la 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”.

diferentes de las nombradas en el título II, libro II, del Código (esto es, las protegidas por el derecho internacional humanitario), revela que el campo de aplicación del plagio no atrapa los hechos que nos ocuparon en el presente estudio.

Por lo pronto, estos se ajustan a la detención ilegal descrita en el artículo 149, para el que, con ocasión y en el desarrollo de un conflicto armado, priva ilegalmente de la libertad a otro, restándole su derecho a ser juzgado de manera legítima e imparcial. A la prisión de diez a quince años que se consulta allí, habría que acumular la sanción del homicidio de personas protegidas por el derecho internacional humanitario, en el artículo 135, que puede llegar a cuarenta años de privación de la libertad, admitiendo que el proceso penal colombiano permita tener por demostrado el homicidio sin la prueba directa que suministra el reconocimiento y la identificación del cadáver de la víctima. El régimen de castigo de este concurso real se subordina a la regla de aspersión del artículo 31. Como, por último, quien determina a otro a realizar el hecho punible recibe la misma pena que el autor, pena que se reduce de una sexta parte a la mitad, tratándose de cómplices (art. 30), Guerra Jorquera habría sido condenado a cuarenta, y García Guzmán, a no menos de veinte años de prisión.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BÚNSTER BRICEÑO, ÁLVARO: “El concepto de autor”, en *Escritos de derecho penal y política criminal*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1994.
- COUSIÑO MAC IVER, LUIS: *Derecho penal chileno*, Parte General, 3 vols., t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- CURY URZÚA, ENRIQUE: *Derecho penal*, Parte General, 7ª ed., Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO: *Derecho penal*, 4 vols., 3ª ed., revisada y actualizada, (según la cubierta, 1997), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- GARRIDO MONTT, MARIO: *Derecho penal*, Parte General, 2 vols., 4ª ed., t. II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS: “Crímenes internacionales y prescripción, en *Temas actuales de derecho penal internacional, Contribuciones de América Latina, Alemania y España* (Eds. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik), Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. También en portugués, “Crimes internacionais e prescrição”, en *Tribunal penal internacional. Possibilidades e desafios* (Coords. Kai Ambos y Carlos Eduardo Adriano Japiassú), Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2005.
- “De la extinción de la responsabilidad penal”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, t. I (único publicado), (Dir. Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga; Coord. Jean Pierre Matus Acuña), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- “Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente: el caso chileno, en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado* (Coord. Kai Ambos), 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2009.

- “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: una cabeza de jano”, en *Lateinamerika Analicen*, Hamburgo, Institut für Lateinamerika-Studien, año 18, núm. 3, 2007; además, en *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana (Ed. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsener), Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2008.
 - “La justicia de transición en Chile”, en *Justicia de transición*. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España (Eds. Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsener), Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2009.
- HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual de derecho penal*, Parte General, t. I, 3ª ed., Lima, Grijley, 2005.
- Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, 2 vols., Santiago de Chile, 1991.
- Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política*, Santiago de Chile, 1996.
- Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, Santiago de Chile, 2005.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, Dunker & Humblot, 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, 7 vols., 2ª ed., t. II, Buenos Aires, Losada, 1950.
- LABATUT GLENA, GUSTAVO: *Derecho penal*, 2 vols., 9ª ed., actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1996.
- MEINI, IVÁN: *El dominio de la organización en derecho penal*, Lima, Palestra Editores, 2008.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO: *Curso de derecho penal chileno*, Parte General, 2 vols., 3ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO, “Cometer y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. “In memoriam”*, 2 vols., t. I, Cuenca, Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, 2001.
- POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE y RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA: *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte General, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte Especial, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE: “El delito de usurpación y el problema de su prescripción”, en *Gaceta Jurídica*, Santiago de Chile, núm. 48, junio de 1984.

CAPÍTULO IV

COLOMBIA

CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ

Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Abogada especializada en la Universidad Externado de Colombia. Licenciada en Educación. Universidad Pedagógica Nacional. Profesora Dra. Invitada de la Fundación Alexander von Humboldt (AvH) Universidad Albert Ludwig y Max Planck Institut für ausländisches und internationale Strafrecht, Freiburg, bajo la tutoría del Profesor Dr. Walter Perron. Investigadora de la Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) en la Universidad Rheinischen Friedrich.Wilhems, Universidad de Bonn, bajo la asesoría del profesor Dr. Günther Jakolbs, Investigadora del Instituto de Cooperación Iberoamericana (ICI). Colegio San Pablo y Universidad Autónoma de Madrid, bajo la supervisión del Profesor Dr. Enrique Bacigalupo.

Ha realizado varias publicaciones entre las que se pueden destacar: “Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad”; “Introducción a la imputación objetiva”. Y ha traducido entre otras las siguientes obras: “La Reforma al BGB. Modernización del derecho alemán de las obligaciones”, en coautoría con Ute Salach de Horst Ehmann y Holger Sutschet, el Código Penal Alemán (StGB). En la actualidad se desempeña como Profesora Investigadora de la Universidad Sergio Arboleda y trabaja en el Proyecto ProFis-GTZ, dirigiendo la línea jurídica.

1. DESCRIPCIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN COLOMBIA Y DERECHO APLICABLE

A) *Antecedentes constitucionales de la desaparición forzada y su desarrollo en la legislación colombiana*

Colombia no ha sido ajena a la práctica de la desaparición forzada, a pesar de que nuestra Constitución garantiza en el artículo 12 la prohibición general de ser sometido a ella¹, recogiendo así lo dispuesto en el artículo 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Contrario a la mayoría de los instrumentos internacionales que se ocupan en este delito, nuestro ordenamiento interno no cualifica al sujeto activo que pueda cometer la conducta punible de desaparición forzada, lo que implica que cualquier persona puede estar incurso en ella². De esta manera, la prohibición tiene carácter universal, pues se dirige a todas las personas independientemente de la calidad que ostenten, trátase de agentes estatales o de particulares.

Desde 1988, la comunidad internacional ha realizado varios pronunciamientos sobre la existencia de este delito en Colombia y nos instó a tipificar esta conducta en nuestro Código Penal³.

¹ Const. Pol., art. 12: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

² Cfr. Corte Const., sents. C-587 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón y C-317 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

³ Cfr. Informes y pronunciamientos del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias de las Naciones Unidas: E/CN.4/1989/18/Add.1, 6 de febrero de 1989, págs. 33 a 37; E/CN.4/1995/36 de 21 de diciembre de 1994; E/CN.4/1996/38 de 15 de enero de 1996; E/CN.4/1997/34 de 13 de diciembre de 1996; E/CN.4/1998/43 de 12 de enero de 1998; E/CN.4/1999/62 de 28 de diciembre de 1998; E/CN.4/2000/64 de 21 de diciembre de 1999; Código/CN.4/2002/79 de 18 de ene/ro de 2002; E/CN.4/2003/70 de 21 de enero de 2003; E/CN.4/2004/58 de 21 de enero de 2004; de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los Informes: 1/92, caso 10.235; 3/98, caso 11.221; 7/2000, caso 10.337; de la OEA, visita de mayo de 1992 (OEA/Ser.L/V/II.84 de 14 de octubre de 1993; casos denunciados ante la Comisión: casos 10319; 10581; 10537 y 9620: OEA/Ser.L/V/II.102 de 26 de febrero de 1999; del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: E/CN.4/1998/16 de 9 de marzo de 1998; E/CN.4/2000/11 de 9 de marzo de 2000; E/CN.4/2002/17 de 28 de febrero de 2002; E/CN.4/2004/13 de 17 de febrero de 2004; E/CN.4/2005/10 de 28 de febrero de 2005, entre otros.

La primera vez que se trató de incorporar a la legislación nacional este delito fue mediante el proyecto de ley 152 de 1992 Senado y 331 de 1993 Cámara⁴, en el que se pretendió definir como sujetos activos de la desaparición forzada no solo a los agentes estatales sino también a los guerrilleros, cuando hacen desaparecer personas por conflictos internos, para castigar a los desertores o por problemas de mando y seguridad; a los narcotraficantes, que utilizaban la desaparición para saldar cuentas o vengar anteriores ofensas de ex colaboradores en el negocio y a los paramilitares⁵.

Sin embargo, el presidente de la época, César Gaviria Trujillo, objetó el 6 de junio de 1994 este proyecto de ley, pues consideró que sus disposiciones eran contrarias a los artículos 91⁶ y 221⁷ de la Carta Política, porque prohibía aducir que la conducta de desaparición se había cometido en relación con el servicio, cuando se atribuían a los miembros de la fuerza pública en servicio activo y además porque no se aceptaba que pudiera alegarse como eximente de responsabilidad la obediencia debida, artículos que no hacían sino adelantarse a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que prohíbe jurisdicciones especiales como la militar para juzgar a los autores del delito de desaparición forzada, el fuero militar y la eximente de obediencia debida (arts. VIII y IX).

Solo el 6 de julio de 2000 se tipifica el delito de desaparición forzada en Colombia mediante la ley 589⁸, bajo el siguiente tenor:

“Art. 268 A.—*Desaparición forzada*. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su

⁴ Proyecto de ley “por el cual se tipifica como delito de lesa humanidad la desaparición forzada de personas y se desarrollan los artículos 12 y 14 de la Constitución Política”.

⁵ Cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 171 de junio 3 de 1993, ponencia para segundo debate del Senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado.

⁶ Const. Pol., art. 91: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”.

⁷ Const. Pol., art. 221, modificado por el acto legislativo 2 de 1995: “De los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro”.

⁸ En 1997 los ministros de Relaciones Exteriores y de Justicia y del Derecho presentaron al Senado el Proyecto de ley 129 de 1997 y 222 de 1998 Cámara, “por medio del cual se tipifica la desaparición de personas y genocidio, se modifica y aumenta la pena para el delito de tortura y se dictan otras disposiciones”. *Gaceta del Congreso*, núm. 573 de 1997 y 55 del 7 de mayo de 1998. Informe de ponencia de 27 de abril de 1998.

libertad [,] cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinticinco (25) a cuarenta (40) años, multa de quinientos (500) a dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

”A la misma pena quedará sometido el servidor público o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”⁹.

Este artículo 268^a, al igual que el 268B y el 268C, fue incorporado en los artículos 165, 166 y 167 de la ley 599 de 24 de julio de 2000, mediante la cual se expidió nuestro actual Código Penal¹⁰. El delito de desaparición forzada se incluyó en el Título III, “De los delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en términos similares a las definiciones contenidas en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas y en la Resolución 44/162 de 15 de diciembre de 1989, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

De esta manera, Colombia actualizó la legislación en este tema y nos pusimos a tono con los postulados del derecho internacional humanitario¹¹.

⁹ También se establecieron circunstancias de agravación y atenuación del delito de desaparición forzada en los artículos 268 B y 268 C, respectivamente, que son similares a los actuales artículos 166 y 167. Lo único que varía son las penas, que eran más graves: de 40 a 60 años de prisión para la desaparición agravada.

¹⁰ El artículo que definía la desaparición forzada en el proyecto de ley fue objetado por el presidente de la República por inconveniente y solicitó la eliminación de las expresiones “particular” y “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”, señalando que de esta manera solo podían ser sujetos activos del delito el particular que perteneciera a un grupo armado ilegal. La comisión accidental designada para revisar la objeción no acepta la objeción y manifiesta que la desaparición forzada se consagra para los particulares sin relación alguna con el Estado. El particular debe pertenecer a una organización criminal o a un grupo político armado. Cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 65 del 17 de marzo de 2000.

¹¹ Además, mediante la ley 589 de 2000 se creó la Comisión de Búsqueda de Personas Desaparecidas, el Registro Nacional de Desaparecidos, el Registro de Personas Capturadas y Detenidas y el Mecanismo de Búsqueda Urgente y se tomaron medidas relacionadas con la administración de los bienes de las personas víctimas del delito de desaparición forzada: se ordenó que al curador se le pagaran los salarios u honorarios a que tuviera derecho el desaparecido hasta por un término de dos años, si era servidor público. Posteriormente la Corte Constitucional amplió este derecho a todos los desaparecidos, sin que importara que fuera o no servidor público, en aras al derecho a la igualdad. Cfr. Corte Const., sent. C-473 de 10 de mayo de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, en la que se revisa material y procedimentalmente la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria 65 de 2003, Senado, y 197 de 2003, Cámara, “por medio del cual se reglamenta el mecanismo de búsqueda urgente y se dictan otras disposiciones”.

B) *Constitucionalidad del artículo 165 del Código Penal*

El segmento normativo “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”, contenido en el artículo anterior artículo 268A y en el artículo 165 de la ley 599 de 2000, fue demandado ante la Corte Constitucional¹².

Art. 165.—*Desaparición forzada*.—“El particular que *perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* someta a otra persona a privación de su libertad, cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”.

”A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-317 de 2 de mayo de 2002, declaró la inconstitucionalidad de la expresión demandada, porque reducía significativamente el sentido de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política e hizo precisión sobre los siguientes puntos:

- 1) Los miembros de la fuerza pública, así como cualquier otro funcionario o empleado de las distintas ramas del poder público, de los órganos de control y vigilancia y de otras entidades, pueden ser sujetos activos del delito de desaparición forzada en forma directa o indirecta, de conformidad con el inciso 2º del artículo 165 del Código Penal, pues ostentan la calidad de servidores públicos.
- 2) Se declara inconstitucional la expresión demandada porque el siguiente grupo de personas se excluye como sujetos activos del delito: a) el particular que no

¹² La demanda de inconstitucionalidad fue presentada por la ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango. El 10 de octubre se admitió la demanda y se ordenó fijarla en lista y darle traslado al jefe del ministerio público. Las tesis expuestas por los intervinientes se reducen a dos: la primera, de la Fiscalía General de la Nación, que pide la constitucionalidad de la expresión demandada, pues considera que se puede cualificar al sujeto activo de un delito, ya que esta determinación se ajusta a los tratados y normas internacionales que consagran un parámetro mínimo de protección. La segunda, expuesta por la Defensoría, la Academia Colombiana de Jurisprudencia y la Procuraduría, que solicitaron la *inexequibilidad* de la expresión demandada, porque la prohibición constitucional de nuestro artículo 12 superior, de que nadie puede ser sometido a desaparición forzada, tiene carácter universal, pues va dirigida a todas las personas, independientemente de su calidad y pertenencia a un grupo. Por lo tanto, el legislador, al reducir el ámbito de protección, exonera de responsabilidad penal al particular que actúe *motu proprio*, como miembro de un grupo ilegal no armado o como integrante de un grupo armado reconocido legalmente. Cfr. Corte Const., sent. C-317 2 mayo 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

pertenezca a ningún grupo, es decir, a quien realiza la conducta punible individualmente o *motu proprio*; b) el particular que pertenezca a un grupo no armado; y, c) el particular que pertenezca a un grupo armado que no esté al margen de la ley.

3) El artículo 12 de la Constitución Política recoge la realidad de nuestro país, donde no siempre el sujeto activo o partícipe de la desaparición forzada es un servidor público o un particular que actúa bajo su protección o tolerancia, pues también existen grupos de personas que pueden cometer el delito, como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etcétera. La desaparición forzada entonces puede ser cometida por cualquier particular sin ninguna cualificación, o por cualquier servidor público de manera directa o indirecta. Así las cosas, la consagración constitucional colombiana es más garantista que la legislación internacional, porque no solo puede cometer la desaparición forzada un agente estatal, una organización política o un particular con la tolerancia o aquiescencia de aquél.

4) Se condicionó la *exequibilidad* del inciso 1º del artículo 165, bajo el entendido de que si bien el punible se comete cuando un particular somete a otra persona a la privación de la libertad, *seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo de la ley*, debe entenderse que la conjunción “y” no exige que para cometer el delito el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o la negativa a reconocer la privación de la libertad, porque según el artículo 33 superior¹³, los particulares no están obligados a autoincriminarse.

C) Incorporación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a la legislación colombiana en materia del delito de desaparición forzada

En la medida en que los tratados o convenciones internacionales no son directamente aplicables al ordenamiento interno colombiano, el poder legislativo expidió las leyes 707 de 28 de noviembre de 2001 y 742 de 5 de junio de 2002 para aprobar la Convención Interamericana sobre desaparición forzada y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, leyes que fueron sometidas a revisión por la Corte Constitucional y declaradas exequibles mediante las sentencias C-580 de 31 de julio de 2002 y C-578 de 30 de julio de 2002, respectivamente¹⁴.

¹³ Dice el art. 33 de nuestra Carta Política: “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

¹⁴ El control constitucional de los tratados internacionales se caracteriza porque es previo al perfeccionamiento de los tratados pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción presidencial, es automático, integral y tiene fuerza de cosa juzgada. En las sentencias de constitucionalidad anteriormente citadas se hace un examen primero de carácter formal con el fin de verificar

En este acápite solo quiero referirme a que el control de constitucionalidad que se hizo sobre el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional difiere del que tradicionalmente ha realizado la Corte, en razón a que como este instrumento no permitía reserva alguna por los países firmantes, se debía aprobar en bloque todo su articulado, que en el caso colombiano tenía una dificultad muy grande, pues algunas de sus normas eran contrarias a la Carta Política. Por esta razón, se acuñó a una reforma de la Carta Política que se tradujo en el acto legislativo 2 de 2001, por el cual se autorizó al Estado a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos del tratado firmado el 17 de julio de 1998 en la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.

El constituyente derivado consideró que algunas disposiciones constitucionales¹⁵ debían ceder y por eso convino en establecer una adición al artículo 93 de la Carta Política para facilitar el proceso de ratificación del Tratado de Roma, pero *única y exclusivamente para aplicar Estatuto de la Corte Penal Internacional*¹⁶.

el trámite seguido durante la negociación y firma del tratado o convenio así como la formación de la ley aprobatoria en el Congreso y la debida sanción presidencial. En cuanto al examen de fondo, este consiste en juzgar las disposiciones del tratado o convenio internacional que se revisa y el de su ley aprobatoria respecto a la totalidad de las disposiciones del Ordenamiento Superior, para determinar si las primeras se ajustan a la Constitución Política, independientemente de consideraciones de conveniencia u oportunidad, las cuales son extrañas al examen que le compete efectuar a la Corte Constitucional.

¹⁵ Las disposiciones constitucionales que eran contrarias a las normas del estatuto son las siguientes: las normas que establecían la posibilidad de imponer la reclusión perpetua como pena; la inmutabilidad de las decisiones judiciales internas; la imprescriptibilidad de los delitos de competencia de la Corte Internacional; las causales eximentes de responsabilidad establecidas en los artículos 31-33 del Estatuto; la posibilidad de no tener un abogado defensor (arts. 61, párr. 2, lit. b; 67); la soberanía y jurisdicción para juzgar nacionales y delitos cometidos en el exterior; la prohibición de aplicar amnistías o indultos; la indeterminación de la definición de ciertas conductas que conculcan el principio de legalidad; las inmunidades y fueros; la regulación de la presunción de inocencia (art. 66).

¹⁶ El artículo 93 de la Carta Política establece: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

“Adicionado Acto Legislativo 02 de 2001, art. 1º: el Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”.

“La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”. (Cursivas fuera de texto).

Esta reforma entró en vigor el 27 de diciembre de 2001 y contiene cuatro decisiones fundamentales, a saber: 1) la autorización al Estado colombiano para reconocer la jurisdicción de la Corte

D) *Derecho aplicable*

El delito de desaparición forzada aparece actualmente tipificado en nuestro Código penal en el Título III Delitos contra la libertad individual y otras garantías, en su capítulo primero, bajo el siguiente tenor:

“Art. 165.—*Desaparición forzada*.—El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

”A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”¹⁷.

Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma; 2) la facultad del Estado para ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución colombiana; 3) permite la admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales de parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución; y 4) limita los alcances de dicho tratamiento diferente, al señalar que este tendrá “*efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en el estatuto de Roma*”. Cfr. Corte Const., sent. C-578 de 30 julio 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ También están previstas causales de agravación y atenuación para este delito, reguladas en los artículos 166 y 167, respectivamente, así: “art. 166.—*Circunstancias de agravación punitiva*. La pena prevista en el artículo anterior será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión, multa de dos mil (2000) a cinco mil (5000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- ”1. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción.
- ”2. Cuando la conducta se cometa en persona con discapacidad que le impida valerse por sí misma.
- ”3. Cuando la conducta se ejecute en menor de dieciocho (18) años, mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.
- ”4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.
- ”5. Cuando la conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
- ”6. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.

2. JURISPRUDENCIA

A pesar de que la prohibición de la desaparición forzada está consagrada en nuestro artículo 12 de la Carta Política y en nuestro ordenamiento penal desde la ley 5896 de julio de 2000, cuando se crearon los artículos 268A, 268B y 268C, que fueron reproducidos en nuestro actual Código Penal de 2000 (ley 599 de 24 de julio de 2000) en los artículos 165-167, no existe hasta hoy sentencia sobre el tema proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Por esta razón, hemos escogido la resolución de acusación contra agentes estatales proferida por la Fiscalía General de la Nación de 28 de septiembre de 2007¹⁸, referida a los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia, donde desaparecieron guerrilleros del grupo armado ilegal Movimiento 19 de Abril —M-19—¹⁹ y empleados de la cafetería.

”7. Si se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito.

”8. Cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas.

”9. Cuando se cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior, o para causar daño a terceros”.

“Art. 167.—*Circunstancias de atenuación punitiva.* Las penas previstas en el artículo 160 se atenuarán en los siguientes casos:

”1. La pena se reducirá de la mitad (1/2) a las cinco sextas (5/6) partes cuando en un término no superior a quince (15) días, los autores o partícipes liberen a la víctima voluntariamente en similares condiciones físicas y psíquicas a las que se encontraba en el momento de ser privada de la libertad, o suministren información que conduzca a su recuperación inmediata, en similares condiciones físicas y psíquicas.

”2. La pena se reducirá de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2) cuando en un término mayor a quince (15) días y no superior a treinta (30) días, los autores o partícipes liberen a la víctima en las mismas condiciones previstas en el numeral anterior.

”3. Si los autores o partícipes suministran información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida, la pena se reducirá hasta en una octava (1/8) parte.

”*Parágrafo.*—Las reducciones de penas previstas en este artículo se aplicarán únicamente al autor o partícipe que libere voluntariamente a la víctima o suministre la información”.

¹⁸ Fiscalía General de la Nación. Asignación especial 9755-4. Calificatorio parcial contra el coronel Edilberto Sánchez Rubiano (en retiro), el mayor Óscar William Vásquez Rodríguez, Luis Fernando Nieto Velandia, Ferney Ulmardín Causaya y Antonio Rubay Jiménez Gómez por los delitos de secuestro agravado en concurso con desaparición forzada. Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia: Ángela María Buitrago.

¹⁹ Este movimiento 19 de Abril (M-19) empezó acciones en 1969. En 1974 sustrajeron la espada de Bolívar; el 31 de diciembre de 1978 asaltaron el Cantón Norte y se llevaron 5700 armas; en diversas oportunidades secuestraron a dirigentes políticos y comunicadores; el 27 de febrero de 1980 tomaron la embajada de la República Dominicana, en la que mantuvieron como rehenes a numerosos diplomáticos que estaban allí celebrando la fiesta de independencia de ese país. La toma terminó el 25 de abril de 1980, cuando secuestradores y secuestrados fueron enviados a Cuba, donde

A) *Supuestos fácticos*

1. El 6 de noviembre de 1985, alrededor de las once de la mañana, integrantes del grupo guerrillero M-19 penetran al Palacio de Justicia con el fin de retener a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado de Colombia, a abogados, empleados y visitantes. Desde octubre del mismo año se tenía conocimiento de parte del Comando General del Ejército de esta toma²⁰.
2. Para obtener el control del Palacio de Justicia, los miembros del M-19 ingresan a sangre y fuego por el sótano y la puerta principal y provocan la muerte de algunas personas como el administrador, un celador y un ascensorista.
3. De orden del Comando del Ejército se activa el COB y el Plan Tricolor²¹ y entran en acción varias entidades y unidades del Ejército y Policía Nacional.
4. Muy cerca del Palacio de Justicia se crea un puesto de “mando avanzado” en el Museo 20 de Julio o Casa del Florero, a cargo del coronel Edilberto Sánchez Rubiano²², como centro operativo. Allí se recibía a los liberados del Palacio bajo

los rehenes fueron liberados y los guerrilleros quedaron asilados; el 6 y el 7 de noviembre de 1985 se tomaron el Palacio de Justicia. Entre sus dirigentes encontramos entre otros a: Jaime Batemann, Álvaro Fayad, Carlos Jacquin, Iván Marino Ospina, Luis Otero Cifuentes, Carlos Pizarro León-Gómez, Antonio Navarro Wolf y Andrés Almarales.

²⁰ El documento decía: “El M-19 planea tomarse el edificio de la Corte Suprema de Justicia el jueves 17 de octubre cuando los 24 magistrados estén reunidos, tomándolos como rehenes [...]”. A renglón seguido, en inscripción a mano, se dice. “D2 coordine seguridad para evitar estos hechos en la fecha señalada o en otras con organismos correspondientes del EJC y PNC”. El D2 era la inteligencia del Comando del Ejército. Las abreviaturas EJC significan Ejército de Colombia; PNC: Policía Nacional de Colombia. Esta misma información se envió a otros centrales de seguridad: DINTE, M2; A2, DIJIN, Central Int. DAS, para su conocimiento y acción pertinente. Memorando 2789 CG2 ItM-252 para Jefatura DINTE, M2, A2, DIJIN, CENTRAL INT DAS, de orden del brigadier general Jaime Gómez Martínez jefe del Departamento del D2 EMC con firma del coronel Argemiro Cruz García (Cfr. folios 8 y 9 de la resolución de 28 de septiembre de 2007 de la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia).

²¹ Son planes de seguridad que estaban a cargo de la Décimo Tercera Brigada. Actuaron en la operación de rescate la Primera Compañía de Infantería y la Unidad Contraguerrilla al mando del general Jesús Armando Arias Cabrales, que fue apoyado por los grupos de: a) Reacción, de la Escuela de Caballería al mando del teniente coronel Luis Alfonso Plazas Vega; b) Artillería, comandada por el teniente coronel Rafael Hernández López y el mayor Carlos Fracica; c) Inteligencia del Estado Mayor, a cargo del jefe del B2 de Inteligencia, coronel Edilberto Sánchez Rubiano; d) colaboración del personal de inteligencia del comando del Ejército y organismos homólogos de la Policía Nacional (DIJIN y F2); unidades agregadas de Policía bajo el mando del brigadier general José Luis Vargas Villegas y del DAS; unidades del Comando de Operaciones Generales, mayor Téllez.

²² El coronel Edilberto Sánchez trabajaba en la Casa del Florero con miembros del B-2: capitán Óscar William Vásquez Rodríguez, los sargentos viceprimeros Ferney Causaya y Luis Fernando Nieto Velandia y el sargento segundo Antonio Rubay Jiménez Gómez.

estrictas medidas de seguridad, se identificaban y se les recogía información, ya que se consideraba este procedimiento decisivo en la lucha contra los grupos subversivos, pues de esos interrogatorios se podía establecer su plan de acción. No bien se realizaba el procedimiento, los sujetos interrogados quedaban en libertad. Sin embargo, existieron personas como Irma Franco Pineda²³, Carlos Rodríguez²⁴ y Cristina del Pilar Guarín²⁵, que a pesar de que salieron del Palacio de Justicia con vida acompañados por miembros del Ejército o de la Policía Nacional y trasladados a la Casa del Florero, no se reportó su entrada y hasta hoy se desconoce su paradero.

5. A los “sospechosos o especiales” rescatados se les enviaba al segundo piso de la Casa del Florero y se les sometía a toda clase de interrogatorio, o se les remitía a la Brigada XIII, B-2, a la Escuela de Caballería, al Charry Solano o a la Dijín, con autorización de los coroneles Plazas Vega o Sánchez Rubiano.

6. El entonces capitán Óscar William Velásquez Rodríguez era el encargado directo de los rehenes y del material de guerra e intendencia, de orden expresa del coronel Edilberto Sánchez Rubiano.

7. Hacia las 10 de la noche de ese 6 de noviembre empieza un incendio producido por el ataque de las tropas. La conflagración dura hasta las seis de la mañana del día siguiente. El Ejército Nacional, con apoyo de tropas de la Escuela de Caballería y Artillería, de los batallones de Guardia Presidencial y de Policía Militar y con otras unidades de Infantería y con la Policía y el DAS, logran reducir a los guerrilleros a las 3 de la tarde del 7 de noviembre.

8. De acuerdo con un informe de la Procuraduría, murieron 95 personas, de las cuales se identificaron 76 cadáveres, entre los que se encontraban 22 guerrilleros. Los cadáveres sin identificar fueron enterrados en fosas comunes.

9. Figuran entre otros como desaparecidos: Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspez Celis, Gloria Stella Lizarazo Figueroa, Luz María Aportela de León, Norma Constanza Esguerra, Gloria Anzola de Llano, Héctor Jaime Beltrán Fuentes y Lucy Amparo Oviedo.

10. Correspondió a la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia por asignación especial del Fiscal General de la Nación investigar el paradero de

²³ De autos se pudo establecer que Irma Franco, guerrillera, salió con vida hacia la una y treinta de la tarde del 7 de noviembre y fue vista por otros liberados en la Casa del Florero; luego fue sacada, en las primeras horas de la noche del mismo día del museo y embarcada en un campero sin que hasta hoy se tengan noticias de su paradero.

²⁴ Por un video se observa que Carlos Rodríguez, administrador de la cafetería del Palacio de Justicia, fue sacado vivo por el soldado Yesid Cardona, como lo manifestó en su declaración. Es trasladado a la Casa del Florero y no se volvió a saber nada de él.

²⁵ De la salida viva del Palacio de esta ciudadana también existe evidencia dentro del proceso.

los desaparecidos, anteriormente referenciados, por denuncia de sus familiares, que para la época de los hechos eran empleados de la cafetería del Palacio de Justicia.

B) *Supuestos jurídicos*

La Fiscalía considera que el jefe del B-2, coronel Edilberto Sánchez Rubiano, al igual que los militares que lo apoyaron para colaborar con la recepción e identificación del personal liberado del Palacio de Justicia (capitán Óscar William Vásquez Rodríguez, los sargentos viceprimeros Ferney Causaya y Luis Fernando Nieto Velandia y el sargento segundo Antonio Rubay Jiménez Gómez) deben ir a juicio por los delitos de secuestro agravado, de acuerdo con los artículos 269 y 270 del Código Penal de 1980 derogado, en concurso con el delito de desaparición forzada (arts. 165 y 166 del Código vigente), pues “fueron las que según señala la prueba, realizaron el manejo del personal que salió vivo del Palacio de Justicia; son las personas que tenían que asumir con su división de trabajo los aspectos inherentes a la labor de inteligencia; las que necesariamente «controlaban» al personal liberado y las que sin discusión recibieron a las personas que hoy son objeto de investigación de «desaparición» y de las que no se tiene noticia alguna. Pero además las que sabían los nombres y conocían las personas que estaban siendo objeto de investigación, y que fueron trasladadas para verificación. De manera voluntaria y conociendo la antijuridicidad de sus actos, ordenaron, dispusieron y realizaron actividades sobre estas personas, que finalmente llevaron a su desaparición”²⁶.

Considera la Fiscalía que desde el momento en que esas personas son retenidas por el B-2 del Ejército nace una relación directa entre el “retenido y el miembro del Ejército que ostentaba la posición de garante institucional” y que debía y tenía que evitar cualquier clase de daño antijurídico a su integridad.

La labor que desempeñaban cada uno de los integrantes del Ejército encargado de recibir a los liberados era, según la Fiscalía, una verdadera división de trabajo que se desarrollaba de acuerdo con los criterios del Plan Tricolor y el Manual de Procedimientos 002, en los que unos ejercían labores operativas y otros, de inteligencia.

Señala igualmente que Carlos Rodríguez Vera (administrador de la cafetería), Cristina del Pilar Guarín (cajera temporal) e Irma Franco (guerrillera) desaparecieron después de ser retenidos, reclusos e interrogados en la Casa del Florero y sacados por el Ejército en las horas de la noche del 7 de noviembre, cuando ya se había retomado el Palacio de Justicia, sin que hasta ahora se sepa de su paradero, a pesar de los esfuerzos que se han realizado por localizarlos.

²⁶ Cfr. Res. de veintiocho (28) de septiembre de 2007. Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Fiscal: Ángela María Buitrago Ruiz.

Afirma la Fiscalía que, como en el caso en estudio hubo sucesión de las leyes en el tiempo, la ley aplicable es la del delito de secuestro desde el 6 de noviembre de 1985 hasta 2000 y la del delito de desaparición forzada desde el año 2000 hasta la fecha de la resolución de acusación, pues los agentes persisten en su actuar y en la negativa de reconocer la privación de la libertad de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín, Bernardo Beltrán Hernández, David Suspez Celis, Gloria Stella Lizarazo Figueroa, Luz María Aportela de León, Norma Constanza Esguerra, Gloria Anzola de Llano, Héctor Jaime Beltrán Fuentes y Lucy Amparo Oviedo o de dar información sobre su paradero, sustrayéndolas del amparo de la ley.

3. EXPLICACIÓN Y COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A) *Aspecto material*

De la resolución de veintiocho (28) de septiembre de 2007 de la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia aquí analizada, resulta bastante difícil establecer los criterios jurídicos plasmados en ella o los argumentos esgrimidos para el análisis de la prueba allegada, pues se limitó a copiar leyes, convenios, tratados, conceptos y sentencias de organismos nacionales e internacionales de forma desordenada, caótica e incoherente que no nos permiten analizar en detalle las consideraciones que la llevaron a la conclusión de afirmar que en este caso los vinculados al proceso debían responder por concurso real y efectivo entre los delitos de secuestro agravado desde el 6 y el 7 de noviembre de 1985 hasta el año 2000, bajo la vigencia del Código Penal derogado, y el delito de desaparición forzada desde el año 2000 hasta la fecha de la decisión acusatoria.

Por esta razón, nos permitimos plantear nuestra posición respecto a temas polémicos que tienen que ver con el delito de desaparición forzada en Colombia.

a) *Sujeto Activo* tal como ya lo expresamos, el tipo penal de la desaparición forzada en Colombia se sale de los cánones tradicionales porque no se trata exclusivamente de un delito cometido por agentes del Estado, como está dispuesto en la mayoría de las legislaciones del mundo, sino que también pueden ser sujetos activos:

- El particular que no pertenezca a ningún grupo, es decir, aquel que realiza la conducta punible individualmente o *motu proprio*;
- El particular que pertenezca a un grupo que no sea armado; y,
- El particular que pertenezca a un grupo armado que no esté al margen de la ley.

En principio, esta ampliación del sujeto activo resulta atractiva pero trae el inconveniente principal de que a los particulares no se les puede obligar, como sí a los

agentes o servidores públicos, a dar información sobre la retención de una persona, pues no tienen el deber constitucional ni legal de dar información ni de autoincriminarse. Por tanto, cuando esos particulares privan de la libertad a otra u otras personas y la ocultan sin dar razón de su paradero, cometen el delito de *secuestro* y no el de *desaparición*²⁷. De lo contrario, llegaríamos a imputar el delito de desaparición forzada en casos tan absurdos como, por ejemplo: cuando A, novio de B, la priva de la libertad encerrándola en un armario y cuando lo llama C —mamá de la novia— para preguntar por el paradero de B, A le manifiesta que no sabe dónde se encuentra²⁸.

b) *Bien jurídico protegido*. El delito de desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple de numerosos derechos reconocidos, a saber: el derecho a la libertad y seguridad incluso si se trata de una detención legal cuando al detenido no se le informa sobre las razones de su detención y los cargos en su contra; el derecho a ser llevado sin demora ante un juez, de ser juzgado dentro de un plazo razonable y conforme a las formas propias de cada juicio establecidas en la Constitución y en la ley y a interponer los recursos de ley para controlar la legalidad de su privación de la libertad; el derecho a la vida, pues la desaparición frecuentemente implica la ejecución de los detenidos en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver, con objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes la cometieron; la dignidad humana; el reconocimiento de la personalidad jurídica; y el derecho a no ser objeto de tortura ni a otras penas o tratos inhumanos, degradantes y crueles²⁹.

²⁷ Por esta razón se propuso en la Comisión Primera del Senado, cuando se discutía el proyecto de ley 20 de 1998, que el particular debía pertenecer a una organización criminal o a un grupo político armado que además de privar de la libertad a una persona, la ocultara, porque de no ser así el particular estaría incurso en un delito diferente, verbigracia, secuestro. Cfr. *Gaceta del Congreso*, núm. 65 del 17 de marzo de 2000.

²⁸ Este caso fue planteado en una charla informal con nuestro colega Florián Huber.

²⁹ Todos estos derechos se encuentran reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, los cuales son de obligatorio cumplimiento para nuestro país, en virtud de las leyes 16 de 1972 y 74 de 1968, respectivamente. También podemos señalar que Colombia forma parte de ese consenso internacional para la lucha contra la impunidad de las más graves violaciones de los derechos humanos, a saber: Convención para la Prevención y Represión del Genocidio de 1948, aprobada por la Ley 28 de 1959; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación, aprobada por la ley 22 de 1981; Convención contra la Tortura y Tratos Cruels, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la ley 76 de 1986; los Cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la ley 5ª de 1960: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra; Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado por la ley 11 de 1992; Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobado por la ley 171 de 1994; Convenio sobre la Represión y Castigo del Apartheid, aprobada por la ley 26 de 1987. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso hondureño de Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz*, sent. 20 enero 1989, nums. al margen 161-167.

Sin embargo, a pesar de ser un delito pluriofensivo, el legislador colombiano ponderó entre todos esos derechos vulnerados el derecho a la libertad y el derecho a una detención legal de parte de los agentes del Estado, conforme a las reglas establecidas en nuestro Código de Procedimiento Penal, y por esta razón lo incluyó en los delitos contra la libertad individual y otras garantías.

Esta inclusión dentro de este título nos va a ayudar a entender por qué en el delito de desaparición forzada debe existir en un primer momento una privación de la libertad que debe realizarse dentro de la vigencia de este tipo penal. Por tanto, no es correcto tomar este elemento de otro delito como, por ejemplo, del secuestro o de la detención arbitraria para sumarlo posteriormente al segundo elemento de la conducta de desaparición forzada, que consiste en el ocultamiento y falta de información sobre la persona privada de la libertad.

c) *Conducta*. La conducta exigida en el artículo 165 del Código Penal está compuesta, como lo acabamos de indicar, por dos actos sucesivos que en algunos casos pueden ser instantáneos o con una mínima duración o en otros con una diferencia considerable de tiempo entre uno y otro. Dichos actos son: privar de la libertad de cualquier forma a una persona y ocultarla sin dar razón de su paradero, sustrayéndola del amparo legal. En verdad, de estos dos momentos el que caracteriza el delito de desaparición forzada es el segundo; de lo contrario, estaríamos frente a un delito de secuestro simple o extorsivo agravado o atenuado.

Para comprender mejor la dinámica que se desarrolla en este delito, creemos oportuno hacer aquí una precisión. En esta clase de delitos existen dos momentos: el de la consumación (*Vollendung*) y el del agotamiento, finalización, terminación (*Beendigung*). En el delito permanente la consumación puede ser instantánea, cuando por ejemplo la conducta de desaparición forzada se puede catalogar como delito de lesa humanidad, vale decir, cuando es sistemática y generalizada, pues la conducta se despliega casi instantáneamente. Pero tras la consumación la situación debe ser mantenida por el autor³⁰. Si no fuera así, entonces no habría ninguna razón para tener el delito de desaparición forzada como un tipo especial diferente del secuestro y del homicidio, ya que en la mayoría de los casos se desaparece a una persona para matarla.

Estos dos actos sucesivos deben tener como presupuesto que la persona esté viva para que se pueda ver afectado su derecho a la libertad en todas sus dimensiones.

³⁰ Esta es la diferencia que en derecho alemán se hace entre la *Vollendung* y la *Beendung*, que en los delitos de resultado de carácter permanente (*Dauerdelikte*) pueden no coincidir en el mismo momento, como sí debe suceder en los delitos de resultado instantáneo o de estado (*Zustandsdelikte*). Una diferenciación en este sentido es importante para establecer el momento de la participación, los deberes de aseguramiento y salvamento en los delitos de omisión, los concursos de delitos, la prescripción y la aplicación de la pena, entre otros. Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2 Auflage, Berlin, Nueva York, Walter de Gruyter, 1991, págs. 170, rad. 80.

Por esta razón, creemos que la prueba mínima que debe obrar para imputar este delito de desaparición es que el sujeto pasivo o víctima sea un ser humano que no esté muerto, al momento de entrar en vigencia el tipo penal de desaparición forzada. Debe existir, por tanto, una prueba de supervivencia, porque de lo contrario estaríamos ante un delito de homicidio o secuestro agravado por muerte del que fue privado de su libertad.

Así las cosas, solo estaríamos frente a un delito de desaparición forzada simple o agravada cuando apareciera la persona o se encontraran sus restos, respectivamente, si se lograra demostrar que esa persona fue retenida y ocultada dentro del ámbito de vigencia de la ley que regula el delito, sin ningún fin específico para descartar aquellas privaciones de libertad que son propias del delito de secuestro extorsivo tales como exigir por su libertad un provecho o cualquier otro tipo de utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político.

La Corte Constitucional, en sentencia de revisión oficiosa de la ley 707 de 28 de noviembre de 2001, por medio de la cual se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (C-580/2002), consideró que el delito de desaparición tenía carácter permanente en concordancia con nuestro artículo 26 del Código Penal³¹. Dijo la alta corporación: “Por otra parte, este delito debe considerarse como de ejecución continuada [*sic*] o permanente hasta que no [*sic*] se conozca el paradero de la víctima. [...]. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por lo tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales. En esa medida, la conducta de desaparición forzada se realiza durante el tiempo en que se prolongue la privación de la libertad y no se tenga información acerca de la persona o personas que se encuentren en tal circunstancia”.

El delito de ejecución permanente requiere la facultad, de parte del agente activo, de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta. Si la víctima muere o se escapa y pierde la vida, hasta ese momento se puede decir que la conducta persiste.

Establecer que una conducta investigada por la Fiscalía es permanente, como en el caso en estudio, tiene entre otras consecuencias determinar cuál debe ser la ley que debe aplicarse cuando hay cambio de legislación entre el momento de la privación de la libertad con su ocultamiento y el momento en que se juzga al posible implicado.

³¹ C. P., art. 26. Tiempo de la conducta punible: “La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aunque sea otro el del resultado”. En términos similares la regulaba el artículo 20 del Código Penal de 1980.

En efecto, puede suceder que para el momento en que se practica esta conducta no esté vigente el delito de desaparición forzada como sucedió en el caso que aquí analizamos. Y entonces la pregunta que debemos hacernos es: ¿qué ley se debe aplicar? Para responder a este interrogante, podemos decir que existen tres respuestas posibles:

— Que se aplique retroactivamente el delito de desaparición forzada, que era el que estaba vigente al momento de aparecer el desaparecido o de hallarse su cadáver o al momento de ser juzgado el acusado.

— Que se aplique un concurso de delitos, tal como lo hizo la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en la providencia que aquí analizamos. Secuestro desde el momento en que se realiza la acción y cuando nace la nueva ley se aplique en concurso con el de desaparición forzada; y,

— Que se aplique el delito de secuestro simple o agravado, que corresponde al delito vigente para la época de los hechos.

Si aplicamos la primera respuesta, violamos los principios de legalidad, favorabilidad, irretroactividad, seguridad jurídica y el principio de inocencia, que han sido las banderas de nuestro derecho penal.

Si aceptáramos esta respuesta, estaríamos aplicando el delito de desaparición forzada a hechos ocurridos en 1985, es decir, a hechos anteriores a la vigencia de la ley 589 de 2000. Esta interpretación, además de contrariar todos los principios anteriormente relacionados, afecta totalmente los derechos del imputado o acusado, pues cuando cometió la conducta no podía prever que estaba cometiendo un delito que veintidós años después sería catalogado como de lesa humanidad, imprescriptible, con penas tan altas, y con todas las dificultades para poder tener alguna defensa³².

Si escogemos la segunda respuesta, que fue lo que hizo la Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia en el caso que nos ocupa, estamos violando

³² Decisiones de la Corte Interamericana permiten a la aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada, con violación flagrante de todos los derechos del imputado. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tiu Tojin vs. Guatemala, sent. de 26 de noviembre de 2008. En efecto, a pesar de que para la época de las conductas punibles investigadas no existía el tipo penal de desaparición forzada de personas, la Corte Interamericana aplica retroactivamente el artículo 201 del Código Penal guatemalteco de 1996. En esta decisión se viola el principio de legalidad de los delitos y las penas, la prohibición de retroactividad, para dar prevalencia a los derechos humanos. Asegura la sentencia que mientras siga la víctima desaparecida debe dársele aplicación retroactiva al nuevo delito, que en este caso es la desaparición forzada. En el párrafo 87 se aprecia la siguiente justificación: “Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable”.

el principio de doble incriminación y de inocencia, porque el razonamiento de la Fiscalía consiste en señalar que hasta la entrada en vigor del delito de desaparición forzada se había consumado el delito de secuestro y por esta razón se debía acusar por los dos delitos. Razonamiento del cual nos apartamos respetuosamente porque la Fiscalía no demuestra que el primer momento de la desaparición, privación de la libertad, existiera para la fecha en que la desaparición fue consagrada como delito en la ley 589 de 2000. Únicamente se concentra en el ocultamiento y en la falta de información sobre el paradero de las víctimas. Toma este primer elemento, sin mayor rubor, del delito de secuestro, y por esa razón llega a la conclusión de que hay un concurso de conductas punibles.

Esta interpretación también viola el principio de inocencia del imputado o acusado, pues presupone sin prueba alguna que la víctima está viva, cuando por la simple aplicación de las reglas de experiencia se puede inferir que para el año 2000 los desaparecidos del Palacio de Justicia ya debían estar muertos, y si lo estaban no podía tipificarse el delito de desaparición forzada.

Por estas razones consideramos que en el caso de estudio se debe aplicar la ley vigente para el momento de los hechos, que es regla general para el derecho penal y además porque en el caso, es la más favorable³³. Así las cosas, en nuestro concepto la resolución de acusación ha debido formularse únicamente por el delito de secuestro simple agravado, de conformidad con los artículos 269 y 270 del Código Penal de 1980, por ser más favorables que otras disposiciones que sobre el mismo tema se surtieron a través del tiempo³⁴.

Tampoco podemos aseverar que el delito de desaparición forzada sea siempre de lesa humanidad. Si llegáramos a esta conclusión, estaríamos ante un nuevo absurdo. Retomando el caso anteriormente citado, si A, no solo tiene una novia B, sino varias más: C, D, F, G y H, y a cada una de ellas las priva de la libertad y las mete en un armario, y si llaman para preguntar por su paradero y dice que no sabe dónde se encuentran, ¡estaríamos en presencia de un delito de lesa humanidad de desaparición forzada!

³³ La Fiscalía, en su resolución de 28 de septiembre a folios 159 y ss., enumera las diferentes legislaciones que han regulado el delito de secuestro: arts. 269 y 270 del Código Penal de 1980, con penas de seis meses a tres años de prisión. Cuando era simple y agravado, las penas podían ir de nueve meses a cuatro años y medio; la ley 40 de 1993, que aumenta las penas de 6 a 25 años de prisión, si es un secuestro simple, y de 9 a 37 años y medio de prisión, si es agravado; la ley 599 de 2000, art. 168, que establece penas de 10 a 20 años y multa de 600 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes; la ley 733 de 2002, en el artículo 168, impone penas de 12 a 20 años y multas de seiscientos a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes; y la ley 890 de 2004, que aumenta las penas en la tercera en el mínimo y en la mitad, en el máximo. Así las cosas, el actual artículo 168 tendrá una pena de 192 meses a 360 meses.

³⁴ Esta solución también tendría efectos para determinar la prescripción de la acción penal y la autoría y participación, la posibilidad de ser juzgados por la CPI, etc., pero estos temas escapan al objetivo de este informe.

En el caso analizado, si se mantiene la idea de que estamos frente a una desaparición forzada de los empleados de la cafetería del Palacio de Justicia, ella no fue generalizada ni sistemática³⁵ de parte de los integrantes del B2 del Ejército.

Por lo demás, en la providencia bajo examen solo existe prueba de que el administrador de la cafetería, Carlos Rodríguez³⁶, salió con vida del Palacio de Justicia y fue llevado con fuertes medidas de seguridad a la Casa del Florero, fue sometido a interrogatorio y salió de allí con agentes estatales y no se volvió a tener noticia alguna sobre su paradero. De los demás desaparecidos mencionados, no existe prueba de que hubieran salido con vida del Palacio ni de que hubieran sido desaparecidos por los militares llamados a juicio. En nuestro concepto, la Fiscalía conculca los derechos de los uniformados investigados, pues los llama a juicio sin prueba alguna que lleve a la conclusión de que ellos los desaparecieron. Es más, tampoco existe prueba de que el señor Rodríguez esté con vida, prueba mínima para imputar la desaparición forzada. Si él ya murió, como parece ser, estamos frente a un delito de secuestro u homicidio agravado y no de desaparición.

Finalmente debemos acentuar que el ocultamiento se realiza sobre una persona viva y no sobre un muerto. Y esta certeza de vida sobre los desaparecidos para el momento de entrada en vigor la ley 589 de 2000 tampoco es clara en la decisión en estudio, pues simplemente se dice que las personas que trabajaban en la cafetería del Palacio no aparecieron y que como los encargados de saber la suerte de los liberados eran los militares de la Casa del Florero, ellos son los responsables, sin brindar prueba convincente.

B) *Aspecto procesal*

a) *Irretroactividad de la ley penal.* Nuestra Constitución, en el artículo 29.2, y nuestros Códigos Penales de 1980 y de 2000, en los artículos 1º y 10 y 6.1, respectivamente, prohíben la retroactividad de la ley penal, es decir, su aplicación a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia, legislación que se encuentra

³⁵ *Ataque generalizado* implica una línea de conducta que significa gran número de víctimas, y *sistemático* se refiere al gran nivel de organización, ya sea mediante la existencia de un plan o de una política. Estos conceptos fueron definidos por el Tribunal Internacional para Ruanda en el caso Akayesu (2 de septiembre de 1998), en el cual se dijo: “El concepto de «generalizado» puede ser definido como masivo, frecuente, acción en gran escala llevada adelante en forma colectiva con seriedad considerable y dirigida contra una multiplicidad de víctimas. El concepto de «sistemático» puede ser definido como bien organizado y siguiendo un plan regular sobre la base de una política concertada que involucre recursos sustanciales públicos y privados”. Cfr. Corte Const., sent. C-578 de 30 de julio de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁶ También hubo prueba de que la guerrillera Irma Franco salió con vida del Palacio, fue trasladada a la Casa del Florero, interrogada y luego desaparecida. Sin embargo, este desaparecimiento no se imputa a los miembros del Ejército investigados. Paradójicamente, se les imputa la desaparición de otras personas de las cuales no hay prueba siquiera de que salieron con vida del Palacio de Justicia.

acorde con los artículos II de la declaración Universal de los Derechos Humanos; 15.1, del Pacto de Nueva York (ley 74 de 1968); 9º, de la Convención de San José de Costa Rica (ley 16 de 1972) y la Parte Tercera del Estatuto de Roma, que consagra los principios generales del derecho penal a los que se sujeta la Corte Penal Internacional (ley 742 de 5 de junio de 2000)³⁷.

Las únicas excepciones se presentan cuando la nueva ley es más favorable al reo o sentenciado, y esto sucede cuando por ejemplo le quita la categoría de delito a la conducta o porque aminora la pena impuesta, o reduce el mínimo de la pena y aumenta el máximo, o porque se disminuye la pena privativa de la libertad y aumenta la pena pecuniaria³⁸.

El delito de desaparición forzada tipificado en el artículo 165 del Código Penal de 2000 no puede tener efectos retroactivos: solo puede aplicarse a hechos ocurridos con posterioridad al 24 de julio de 2000. A partir de esa fecha, entonces, deben probarse los dos elementos fundamentales de este delito, es decir, que la persona esté privada de la libertad y que se oculte su paradero.

Nuestra Corte Constitucional resolvió el punto de la irretroactividad de esta conducta típica en la sentencia C-368 de 29 de marzo de 2000, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria cuando dijo: “Es claro que ni la norma constitucional citada —se refiere al art. 12 Superior— ni los instrumentos internacionales referidos, ni el artículo demandado —art. 3º de la ley 522 de 1999— permiten que en la actualidad se procese a alguien por el delito de desaparición forzada sin violar el artículo 29 de la Carta Política; ello solo será posible válidamente, una vez entre en vigencia el nuevo Código Penal (ley 599 de 2000), que consagra tal conducta como delito y señala la pena correspondiente, de acuerdo con las normas procesales que asignen la competencia requerida para conocer de esta clase de hecho punible y definan las formas propias del juicio que se deben observar”.

b) *Imprescriptibilidad*. Tanto la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada como el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional establecen

³⁷ La tercera parte del Estatuto consta de 12 artículos —del 22 al 33— que consagran los siguientes principios generales del derecho penal: *nullum crimen sine lege* (art. 22); *nulla poena sine lege* (art. 23); *irretroactividad ratione personae* (art. 24); responsabilidad penal individual (art. 25); exclusión de los menores de 18 años de la Competencia de la Corte (art. 26); improcedencia del cargo oficial (art. 27); responsabilidad de los jefes y superiores (art. 28); imprescriptibilidad (art. 29); elemento de intencionalidad (art. 30); circunstancias eximentes de responsabilidad (art. 31); error de hecho y de derecho (art. 32); órdenes superiores y disposiciones legales (art. 33). También están los principios de cosa juzgada (art. 20); el derecho aplicable (art. 21) y la presunción de inocencia (art. 66). *Cfr.* Corte Const., sent. C- 578 30 julio 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁸ Hernando Barreto, “Ámbito de validez de la ley penal”, en *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 127-134. Sin embargo, encontramos que el autor se contradice cuando a pesar de que señala que el principio de favorabilidad en derecho colombiano rige sin limitación alguna, considera que en el caso del delito permanente, si hay tránsito de legislación, debe aplicarse la última, a pesar de que sea desfavorable al procesado (pág. 129).

la imprescriptibilidad de los crímenes de competencia de la Corte Interamericana como de la acción y de la pena del delito de lesa humanidad en los artículos VII y 29, respectivamente.

Sin embargo, internamente estas disposiciones entran en conflicto con el derecho internacional³⁹ y con nuestro derecho interno, ya que de conformidad con nuestro artículo 28 Superior, inciso 3º, “*En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles*”. (Bastardilla fuera de texto)⁴⁰.

No obstante esta disposición constitucional, la Corte Penal Internacional sí puede investigar y juzgar conductas constitutivas de los crímenes para los cuales sea competente, aunque la acción o la sanción penal para ellos haya prescrito, según las normas jurídicas nacionales. Este tratamiento diferente que hace el Estatuto de Roma respecto a la imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia tiene fundamento en el Acto Legislativo 02 de 2001, que adicionó el artículo 93 superior. Se trata en todo caso de un tratamiento distinto respecto de una garantía constitucional que está expresamente autorizado a partir del mencionado acto legislativo, *pero que opera exclusivamente dentro del ámbito regulado por dicho estatuto*⁴¹. De todas maneras se recuerda que la competencia de la Corte Internacional es meramente complementaria (arts. 1º y 17 del Estatuto de Roma), porque el Estado colombiano es el primer titular del deber de protección, no dicha corte.

En cuanto al artículo VII de la Convención, la Corte Constitucional aceptó, en principio, que como Colombia prohibía las penas imprescriptibles, nos encontramos en el evento regulado en el inciso 2º del artículo VII de la Convención,

³⁹ Consagrar la imprescriptibilidad de la acción penal viola el artículo 2º, numeral 1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el artículo 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, instrumentos que al tenor del artículo 93 de nuestra Constitución, prevalecen en el orden interno. Cfr. Corte Const., sent. C-176 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁰ Const. Pol., art. 28:

“Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definido en la ley.

”La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que este adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

”En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas ni penas ni medidas de seguridad imprescriptibles”.

⁴¹ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue ratificado por el sexagésimo Estado el 11 de abril de 2002 y entró en vigor el 1º de julio de 2002 para los Estados que lo ratificaron. Cfr. Corte Const., sent. C- 578 de 30 julio 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

ya que existía una norma constitucional que disponía lo contrario⁴². Pero seguidamente señaló que se debía aplicar el inciso 1° para establecer y aceptar la imprescriptibilidad de la acción, y el 2° para prohibir la imprescriptibilidad de la pena, tal como lo consagra nuestro artículo 28 superior.

De esta manera, la Corte Constitucional de manera no convincente y confusa diferencia entre la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, llegando al absurdo de que la acción sea imprescriptible, y las penas, prescriptibles⁴³.

Por último, debemos decir que la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en la resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968, en vigor desde el 11 de noviembre de 1970, no ha sido ratificada por Colombia.

4. CONCLUSIONES

1. A pesar de que nuestro artículo 165 del Código Penal amplía la gama de sujetos activos a todos los particulares con base en el artículo 12 superior, consideramos que dicha ampliación no permite imputar el delito de desaparición forzada porque los particulares no tienen la obligación legal ni constitucional de dar información ni de autoincriminarse.

2. El delito de desaparición forzada tiene dos momentos que objetivamente se pueden distinguir, a pesar de que pueda haber solo una diferencia mínima de tiempo entre ellos, a saber: la privación de la libertad y el ocultamiento seguido de la negativa a reconocer la privación de la libertad o dar información del paradero. Para ambos momentos se requiere que la persona víctima del delito esté viva y que el sujeto agente tenga durante todo el tiempo de retención la facultad de remover o hacer cesar el estado antijurídico creado con su conducta.

⁴² Art. VII de la Convención: “La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.

”Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna, del respectivo Estado parte”.

⁴³ En efecto, consideró la Corte que el simple comienzo de la acción penal no comportaba una afectación inminente de la libertad personal y que en aras de erradicar la impunidad, recoger pruebas y satisfacer el derecho de las víctimas, la acción penal era imprescriptible y que su “prescripción” [sic] empezaba a correr hasta que se estableciera el paradero de la persona desaparecida, por tener el carácter de delito permanente. Agrega que la imprescriptibilidad de la acción penal resulta conforme a la Carta Política, siempre y cuando no se haya vinculado a la persona al proceso mediante indagatoria. Cuando el acusado ya ha sido vinculado, empezarán a correr los términos de prescripción de la acción penal, si el delito está consumado. Cfr. Corte Const., sent. C-580 de 31 julio 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Estúdiense los salvamentos de voto sobre este punto de los magistrados Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas.

3. En Colombia no se puede imputar, juzgar o condenar por el delito de desaparición forzada de personas por hechos ocurridos con antelación a la vigencia de la ley 589 de 2000, so pena de violar los principios fundamentales del derecho penal.

4. El elemento de la privación de la libertad del delito de desaparición forzada es propio de este delito. Por tanto, no puede tomarse este elemento de otro delito —v. gr. del secuestro— para completar el tipo penal descrito en el artículo 165 del Código Penal.

5. La calificación del delito de desaparición forzada, con efectos retroactivos como delito permanente permite que los tribunales internacionales violen los principios de legalidad, retroactividad, cosa juzgada, prescriptibilidad e inocencia.

6. Los operadores del derecho nacional e internacional confunden el *delito continuado* con el *delito permanente*. Aquel consiste en una pluralidad de violaciones de una misma norma penal en un mismo tiempo o en tiempos diferentes, en un mismo lugar o en lugares diferentes, contra una misma persona o varias con acciones ejecutivas que tienen una única resolución o designio criminal. El *delito permanente*, en cambio, consiste en una acción única en su tipo pero duradera y dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente. Todos los momentos de duración pueden ser consumación. Hay una diferenciación entre *consumación* (*Vollendung*) y *agotamiento del delito* (*Beendung*), pero ambas deben poder ser demostradas contra el imputado o condenado.

7. Se ha interpretado equivocadamente la norma al señalar que el delito de desaparición forzada continúa hasta que fuere hallada —viva o muerta— la persona privada de la libertad. Y esto no es así, porque la cesación de este delito depende de la voluntad del agente, lo que implica que debe existir la disponibilidad de la libertad de la víctima en manos del sujeto activo. Si la víctima ya no está viva, no puede decirse que el delito se siga consumando porque no hay sujeto pasivo de éste y porque el autor no tiene más el dominio del hecho para mantener privado de la libertad a un ser humano que ya no existe. No se puede procesar por un delito en el que no existe sujeto pasivo, so pretexto de evitar la prescripción. Por eso, el término de prescripción, tal como lo señala nuestro artículo 26 del Código Penal, empieza a correr para los delitos permanentes desde el día en que cesa la ejecución de la conducta de privación de libertad y no desde que aparezca la persona o se establezca el destino o paradero de la víctima, como hoy se está interpretando.

8. Con el delito de desaparición forzada, tal como está siendo interpretado por los operadores judiciales nacionales e internacionales, se está imponiendo una imprescriptibilidad retroactiva que no permite defensa alguna para los que están siendo procesados por él.

9. El Estado se encuentra en la obligación de investigar dentro de los plazos establecidos por los Códigos Penal y de Procedimiento Penal la presunta comisión

de una conducta punible. Este principio forma parte integrante de los principios que conforman un Estado social de derecho, que tiene que velar por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, de conformidad con nuestros artículos 1° y 2° superiores. Ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique su sumario o que profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad. La *imprescriptibilidad* de la acción penal afecta los derechos de las personas inculpadas y disminuye sus posibilidades de defensa por la dificultad de acceso a las pruebas, mientras que el Estado se beneficia con ella porque no tiene plazos perentorios para investigar, juzgar y condenar, y además no permite que esas conductas sean investigadas por los tribunales internacionales, porque su competencia es complementaria. Se deben establecer términos razonables para investigar.

10. No estamos de acuerdo con la interpretación que hizo la Corte Constitucional del artículo VII de la Convención, pues resulta contrario a la seguridad jurídica establecer la *imprescriptibilidad* de la acción penal. Con esta decisión se privilegia la negligencia del Estado de investigar prontamente y se perjudica al imputado, que puede permanecer toda la vida esperando a que lo investiguen. Consideramos que el inciso 2° de este artículo es el que se debe aplicar. No es posible que la pena prescriba y la acción no. Por lo demás, opinamos que el término de prescripción establecido en el Código Penal, que es de treinta años, es más que suficiente para que un Estado diligente pueda probar que alguien es autor de un delito tan atroz como el de desaparición forzada.

5. BIBLIOGRAFÍA

A) *Jurisprudencia analizada*

Resolución de 28 de septiembre de 2007. Fiscalía Cuarta Delegada ante la Corte Suprema de Justicia. Fiscal: Ángela María Buitrago Ruiz.

B) *Leyes*

707 de 2001.

742 de 2002.

16 de 1972.

74 de 1968.

28 de 1959.

22 de 1981.

76 de 1986.

5 de 1960.

11 de 1992.

171 de 1994.

26 de 1987.

589 de 2000.

C) *Sentencias*

Corte Constitucional, sent. C-368 de 29 marzo 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, sent. C-317 de 2 mayo 2002, M. P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, sent. C-473 de 10 mayo 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sent. C-181 de 12 marzo 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sent. C-580 de 31 julio 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil. Con salvamento de voto de los magistrados: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, sent. C-578 de 30 julio 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sent. C-400 de 20 mayo 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, sent. C-473 de 10 mayo 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, sent. C-1033 de 5 diciembre 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sent. C-394 de 23 mayo 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional, sent. T-821 de 5 octubre 2007, M. P. (e) Catalina Botero Marino.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso hondureño de Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, sent. de 20 enero 1989, núms. al margen 161-167.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Blake vs. Guatemala, sent. de 2 julio 1996.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trujillo vs. Bolivia, sent. de 26 enero 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tiu Tojin vs. Guatemala, sent. de 26 noviembre 2008.

D) *Documentos internacionales*

Resolución 33/173 de 20 de diciembre de 1978 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Belem do Pará (Brasil), 9 de junio de 1994.

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 22 de junio de 2006.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998.

Convención Americana sobre Derecho Humanos.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Convención para la Prevención y Represión del Genocidio, de 1948.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación; Convención contra la Tortura y Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Los Cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949: Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Protocolo II Adicional a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

Convenio sobre la Represión y Castigo del Apartheid.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Código Penal alemán (StGB) del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998 (trad. de Claudia López Díaz), Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

E) *Libros*

AMBOS, KAI; MALARINO, EZEQUIEL y otros: *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina*, Montevideo, Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

AMBOS, KAI: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (trad. de Ezequiel Malarino), Montevideo, Bogotá, Duncker & Humblot, Edit. Temis, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

ASFADDES (Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos): *Veinte años de historia y lucha*, Bogotá, Ed. Rodríguez, Quito Editores, 2003.

- BACIGALUPO ENRIQUE: *Manual de derecho penal*, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1984.
- CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ): *Animus Curiae*, Carta enviada por el presidente del ICTJ, Juan Méndez, a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Caso Plazas Vega, el 9 de febrero de 2009.
- CLIMENT DURÁN, CARLOS: *Detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- DÍAZ AZNARTE, MARÍA TERESA: *Teoría general de la sucesión de las normas en el tiempo (una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- FERREIRA, FRANCISCO JOSÉ: *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 2006.
- FIANDACA GIOVANNI, MUSCO ENZO: *Derecho penal*, Parte general (trad. de Luis Fernando Niño), Bogotá, Edit. Temis, 2006.
- GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, Bosch, 1985.
- HASSEMER, WINFRIED: *Fundamentos del derecho penal* (trad. y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero), Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1984.
- JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2 Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, Parte general (trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), vol. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981.
- MONROY CABRA, MARCO GERARDO y NAVARRO DEL VALLE, HERMES: *Desaparición forzada de personas. Análisis jurídico de los instrumentos internacionales y de la ley colombiana 589 de 2000 sobre desaparición forzada de personas*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 2001.
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo, *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, vol. I, cap. VII, “El derecho a no ser desaparecido”, Bogotá, 2004.
- ROXIN, CLAUDIUS: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Auflage, München, Verlag C. H. Beck, 2006.
- SANDOVAL MESA, JAIME ALBERTO: *La incorporación de la Corte Penal Internacional. Análisis frente a la legislación colombiana*, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2003.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, Parte general, 4ª ed., completamente reelaborada y puesta al día, Medellín, Ed. Librería Jurídica Comlibros, 2007.

COLOMBIA

F) *Gacetas del Congreso*

171 de 3 de junio de 1993.

573 de 1997.

55 de 7 de mayo de 1998.

65 de 17 de marzo de 2000.

CAPÍTULO V

PERÚ

IVÁN MEINI

Nacido en Lima, Perú, el 24 de abril de 1973. Cursó estudios de Derecho en la Universidad Católica del Perú. Título de Bachiller en Derecho y de Abogado por la Universidad Católica del Perú (1998). Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Cádiz, España (2002), bajo la dirección del Prof. Juan Terradillos Basoco. Premio Extraordinario de Doctorado (2002). Estudios de postdoctorado en la Universidad de Fribourg, Suiza (2002-2003), y estancias de investigación en el Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania (1999 y 2003), y en la Universidad Georg August de Göttingen, Alemania (2008).

Ha sido Procurador Adjunto Anticorrupción para los casos Fujimori/Montesinos (2004) y Jefe de la Unidad de Investigaciones de la Oficina Nacional Anticorrupción (2008).

En la actualidad es profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú y consultor internacional en Derecho Penal.

Principales líneas de investigación: Parte General del Derecho Penal, Crímenes contra los Derechos Humanos, Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la Función Pública.

1. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL PERÚ Y MARCO NORMATIVO APLICABLE

Cualquier intento que se haga para comprender el *fenómeno social* de la desaparición forzada de personas tiene que considerar, irremediablemente, en el caso peruano, el contexto de conflicto armado interno que se vivió en los años ochenta y noventa y que produjo, según confiables estimaciones, 4414 casos de desapariciones forzadas atribuidas a agentes del Estado¹. Solo a partir de dicho contexto, similar por lo demás a los sufridos por otros países que arrojan, como el Perú, altos índices de desapariciones forzadas, es posible interpretar el *delito de desaparición forzada de personas* (C. P., art. 320) y asignarle un sentido que le permita proteger con eficacia el bien jurídico cuya tutela se le confía.

A) *Desaparición forzada de personas en el contexto del conflicto armado interno*

1. No debe extrañar que la desaparición forzada de personas (DFP) sea una práctica reiterada y común en situaciones de conflicto. Con ella no solo se logra la desaparición física de la persona, con la consiguiente dificultad que ello genera en orden a probar el secuestro, la tortura, las lesiones y/o el homicidio, de los cuales, en su caso, el desaparecido es sujeto pasivo. La DFP permite, además, obtener información mediante interrogatorios o torturas y, sobre todo, generar un clima de zozobra, terror e inseguridad, pues una vez desaparecida la persona, se dificulta la interposición de recursos jurídicos de protección en su favor (v. gr. *habeas corpus*). La desaparición forzada de personas, por ello, propicia la impunidad.

2. A la experiencia peruana no le es ajeno el panorama descrito. Los datos lo demuestran: de los 4414 casos de desapariciones forzadas de personas que tuvieron lugar entre 1980 y el 2000 y que han sido registrados y documentados por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, el 40 por ciento ocurrieron entre 1983, 1984, y el 23 por ciento entre 1989 y 1992².

¹ CVR, *Informe final*, t. VI, pág. 74. Se consideran solo las desapariciones forzadas practicadas por miembros de las fuerzas armadas y no por terroristas, pues a diferencia de la legislación colombiana, en la peruana el delito de DFP se tipifica como especial propio, exigiéndose que el autor sea funcionario o empleado públicos. Ello no debe hacer olvidar que en el caso peruano la mayor cantidad de crímenes (incluso desapariciones como estrategia de combate) fue practicada por los terroristas de Sendero Luminoso y, en menor medida, por el grupo terrorista Movimiento Revolucionario Túpac Amaru.

² CVR, *Informe final*, t. VI, págs. 74, 75 y ss.

El primer pico coincide con la toma del control político-militar por las fuerzas armadas en las zonas declaradas en estado de emergencia a consecuencia del terrorismo (especialmente Ayacucho) y con el consiguiente repliegue de la Policía Nacional de dichos territorios. Muchas lecturas posibilitan entender el elevado grado de desapariciones en esta época (1983-1984). La más acertada sea, tal vez, la formación en tácticas de guerra de los miembros de las Fuerzas Armadas³, una inexistente estrategia de lucha al terrorismo y la incipiente conciencia de respeto a los derechos humanos en situaciones de conflicto armado. El segundo pico (1989-1992) se corresponde con la práctica de la desaparición forzada de personas como método sistemático de eliminación de miembros o sospechosos de pertenecer a organizaciones terroristas: desde el punto de vista estratégico, se prefirió la desaparición forzada a la ejecución extrajudicial⁴.

3. Sin embargo, y más allá de las causas imputables a las partes del conflicto armado, la *indiferencia social* suele ser un factor de no poca relevancia en la proliferación de la desaparición forzada de personas y que se plasmó en varios planos. Indiferencia judicial y política, fomentada por la ignorancia, el no querer conocer la realidad o impuesta corruptamente desde esferas de poder. Pero también indiferencia ciudadana frente a la suerte de aquel que, habitando en zonas económicamente deprimidas en las que la presencia del Estado era nula (que es precisamente donde surgió el terrorismo), fue visto como ciudadano de tercera categoría. No en vano más del 50% de casos de desaparición forzada de personas fueron perpetrados en Ayacucho, una de las zonas más pobres del Perú.

B) *El concepto de desaparición forzada de personas en la normativa interna y su relación con la regulación internacional*

1. La DFP se tipificó por primera vez en el derecho penal peruano en el artículo 323 del Código Penal de 1991. Incardinado en el capítulo II, “Delitos de terrorismo” del título “Delitos contra la tranquilidad pública”, el texto original de tal artículo estipuló una pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación para el funcionario o servidor público que privara a una persona de la libertad y ordenara o ejecutara acciones que tuvieran por resultado su desaparición. El 5 de mayo de 1992, un mes después del golpe de Estado, mediante decreto ley 25475, el gobierno de turno derogó los delitos de terrorismo que contenía el Código Penal —con la consiguiente derogación del delito de DFP— y tipificó los actos de terrorismo en una ley penal especial en la que no se previó el delito de DFP. Luego, el 26 de junio de 1992, el decreto ley 25592 se encargó de cubrir el vacío, y tipificó el delito de DFP con la misma pena (no menor de quince años de privación de libertad e inhabilitación) y en términos muy similares a los que empleó

³ Con ello no se pretende desconocer que el conflicto armado interno peruano fuera, en muchos aspectos, una guerra. Solo que, incluso en una guerra, existen derechos inalienables.

⁴ CVP, *Informe final*, t. VI, pág. 78.

el Código Penal, agregando, sin embargo, que la desaparición de la persona debía ser *debidamente comprobada*.

En la actualidad, el delito de DFP se regula en el artículo 320 del Código Penal bajo la intitulación de “Delitos contra la humanidad”: “El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años⁵ e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1º y 2º”.

2. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) considera, en el artículo 2.2, a la DFP como: “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”.

El Estatuto de Roma (ER), por su lado, en el artículo 7º, define al delito de DFP como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

3. Una primera comparación entre la normativa interna y el derecho internacional enseña que en ambos casos la DFP se compone de dos actos sucesivos. En el primero de ellos, tanto el derecho interno como el internacional coinciden en determinar a la privación de la libertad de otra persona; y, en el segundo, mientras que el artículo 2.2 CIDFP y el artículo 7º ER se empeñan por dejar en claro que a la privación de libertad le sigue la negativa de informar sobre la situación del detenido de manera que se dificulta o impide su protección jurídica, el artículo 320 del Código Penal demanda la desaparición debidamente comprobada.

En la medida en que tanto la CIDFP como el ER han sido ratificados por el Estado peruano, coexisten, en el sistema jurídico penal, dos definiciones, disímiles, de DFP. Ello obliga a interpretar el tipo penal, y a hacerlo con arreglo a los instrumentos internacionales, pues, por definición, representan compromisos estatales asumidos con la comunidad internacional. En favor de esta propuesta interpre-

⁵ Aun cuando por técnica legislativa no se consigne expresamente el límite legal máximo de la pena, por interpretación sistemática del artículo 29 del Código Penal, que prevé que la pena privativa de libertad temporal vaya desde dos días hasta treinta y cinco años, se entiende que en este caso la pena no sea menor de quince ni mayor de treinta y cinco años.

tativa que inspira lo que aquí se dirá sobre el delito de DFP se pronuncia no solo la unidad del sistema jurídico, sino también que el modelo de Estado de derecho previsto por la Constitución Política garantiza el derecho a la personalidad jurídica que, como se verá más adelante, es el bien jurídico protegido en el delito de DFP. Se trata, entonces, de interpretar el artículo 320 del Código Penal de conformidad con la Constitución. Por lo demás, en la misma línea apunta la necesaria capacidad de rendimiento que debe tener la DFP en el derecho interno: ¡para declarar judicialmente probada una desaparición debidamente comprobada es necesario que el sujeto no se encuentre en todos los lugares en que podría encontrarse!, lo que, por ser una prueba diabólica, dificulta en exceso la imputación del delito⁶.

2. CASOS EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

A) *Caso Ernesto Castillo Páez*

a) *De los hechos*

1. La desaparición de Ernesto Castillo Páez fue el primer caso de DFP resuelto por los tribunales peruanos. En la sentencia de primera instancia, emitida por la Sala Penal Nacional el 26 de marzo de 2006⁷, se declaró probado que el 21 de octubre de 1990, a las 11:30 de la mañana, cuando transitaba en el distrito de Villa El Salvador, momentos después de producido un atentado terrorista, Ernesto Castillo Páez fue capturado por efectivos policiales e introducido en la maletera de un vehículo policial. La detención fue presenciada por, al menos, tres personas que testificaron en el juicio y que lograron reconocer, por las fotos que les mostraron, a Castillo Páez. Identificaron también a los efectivos policiales que lo capturaron (entre ellos a Aragón Guigovich, Manuel Arotuma y Carlos de Paz Briones) y a las unidades vehiculares en donde se transportaron.

2. Así mismo, se declaró como hecho probado que en el momento y lugar de la detención de Castillo Páez se encontraba el comandante Mejía León, jefe del Centro de Entrenamiento de la Policía del Escuadrón de Contrasubversión Urbana (Cefea), que era el oficial de mayor rango en el operativo. Mejía León había sido, además, fundador del Escuadrón de Desactivación de Explosivos (Edex) e instructor de la mayoría de los efectivos que intervinieron en el operativo. Como jefe del Cefea, Mejía León solía participar en las intervenciones terroristas, pues el Cefea era un grupo conocido dentro de la Policía porque “daba seguridad,

⁶ No debe extrañar, sin embargo, que ello sea así. Basta recordar que la incorporación de *este* delito de DFP en el Código Penal se dio, curiosamente, en el segundo pico de desapariciones forzadas. Cfr. *supra* 1. A).2.

⁷ Sent. 26 de marzo de 2006, exp. 111-04 de la Sala Penal Nacional, ponente Jimena Cayo Rivera Schreiber.

haciendo capturas o detenciones o haciendo averiguaciones y que ese grupo estaba para eso, para hacer detenciones y aislar la zona”⁸.

Sin embargo, el Cefea, en tanto centro de entrenamiento, no se encontraba autorizado para realizar intervenciones, patrullajes ni rondas, ni para capturar personas con ocasión de algún atentado terrorista. A partir de este dato, la Sala Penal Nacional concluyó que el Cefea tenía atribuciones que ejercía *de facto* y que “Mejía León intervino en la detención de Castillo Páez no para apoyar, sino como parte del trabajo *de facto* que acostumbraba realizar en aquella época”⁹.

3. La defensa de Mejía León señaló en el proceso penal que del hecho de ser el oficial de mayor rango no se podía deducir que hubiese tenido control sobre los efectivos policiales ni sobre la situación, más aun cuando la detención no se planificó. Sin embargo, el Tribunal entendió que sí tenía el control de los hechos en la intervención: tratándose de un operativo en el que participaron varias unidades policiales que habían sido convocadas de emergencia por tratarse de un atentado terrorista, es natural, sobre todo en una institución altamente jerarquizada como las fuerzas armadas y la Policía Nacional, que fuera el oficial de mayor rango quien asumiera el control. Incluso los oficiales de menor rango tienen esta expectativa.

4. Con base a estas y otras pruebas, directas e indiciarias, se logró determinar que Castillo Páez, una vez detenido, no fue puesto a disposición de las autoridades competentes. La Sala Penal Nacional recogió la tesis del ministerio público y de la parte civil y encontró responsabilidad penal en los acusados Juan Carlos Mejía León, Juan Fernando Aragón Guigovich, Carlos de Paz Briones y Manuel Arotuma Valdivia en la detención y posterior desaparición de Ernesto Castillo Páez.

b) *De la interpretación del delito de DFP en el caso Castillo Páez*

1. En la sentencia se adopta el concepto de desaparición forzada de personas que propone la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En dicha resolución judicial se lee: “la expresión «desaparición forzada de personas» no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus primeras decisiones sobre denuncias de desaparición forzada de personas, señaló que «la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar» (cfr. casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz y el caso Blake, sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C núm. 36,

⁸ Declaración del procesado Carlos Rodríguez Flores. Sent., exp. 111-04, vi: Apreciación de la prueba, considerando tercero (pág. 25).

⁹ Sent., exp. 111-04, vi: Apreciación de la prueba, considerando tercero (pág. 26).

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos”.

La sentencia invoca, además, el derecho a no ser desaparecido que se reconoce en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas del 18 de diciembre de 1992 en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

2. Tras resumir el contexto de desapariciones forzadas en el Perú, la Sala Penal Nacional distingue el delito de secuestro del delito de DFP con arreglo al criterio del bien jurídico protegido. Sostiene que “mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos, tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la prohibición de tratos crueles inhumano o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención entre otros; el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal”¹⁰.

Para profundizar esta diferencia, se invoca la sentencia C-317 de 2002, de la Corte Constitucional de Colombia (M. P. Clara Inés Vargas): “El delito de secuestro lo comete quien arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona con los fines determinados en la legislación penal; la comisión de la desaparición forzada se consuma en dos actos: la privación de la libertad de una persona —que puede ser, incluso *ab initio* legal y legítima— seguida de su ocultamiento, y además la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero sustrayéndola del amparo legal”.

3. Ello le permite a la Sala Penal Nacional establecer la tipología del delito de desaparición forzada y sostener que deben concurrir los siguientes elementos: “a) la participación de los agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan bajo control con su autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que fuere su forma; b) seguida de 1) falta de información o 2) la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o 3) a informar sobre el paradero de la persona, de forma que se impida a esta el ejercicio de recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

4. Otro aspecto al que se le dedica atención en la sentencia es la naturaleza permanente del delito de DFP. Asumiendo la tradicional clasificación de delitos permanentes y delitos de Estado, la Sala, citando a JESCHECK, sostiene: “En los

¹⁰ Sent., consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos, pág. 29.

delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente”.

Y agrega luego, amparándose ahora en el informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Desapariciones Forzadas y el comentario realizado al artículo 17 de la Declaración sobre Desaparición Forzada de Personas que “en tanto dure la permanencia, todos los que participen del delito serán considerados coautores o cómplices, en razón de que hasta que la misma cese, perdura la consumación”.

5. Fue así desestimada la objeción de la defensa de los procesados, en el sentido de la imputación de responsabilidad por una figura delictiva no tipificada en la legislación interna al momento del hecho¹¹. Pues “hasta el momento, se ignora el paradero del joven Castillo Páez, situación que es una consecuencia directa del accionar típico del autor y por la que debe responder en toda su magnitud. Si partimos de la circunstancia, al parecer indiscutible, de que aún no se ha establecido el paradero del estudiante Ernesto Castillo Páez, debemos presumir que aún se mantiene su privación ilegal de la libertad, y por lo tanto que este delito, y de ahí su caracterización de permanente, se continúa ejecutando. En estos casos puede sostenerse que el delito tuvo ejecución continuada en el tiempo”¹².

c) *Caso La Cantuta*

1. De acuerdo con los decretos legislativos promulgados después que el ejecutivo disolvió el Congreso, intervino al poder judicial e instaló un gobierno de emergencia y reconstrucción nacional (abril de 1992), la Defensa Nacional se reorganizó de modo que los comandantes generales de las fuerzas armadas y el presidente del Comando fuesen nombrados por el presidente de la república y el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) dependiese exclusiva y directamente del Despacho Presidencial. Así, el programa de “Pacificación Nacional” tenía como pilares al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) y al Comando Conjunto de las fuerzas armadas.

Con objeto de acceder a información calificada en lo que hace relación a los movimientos subversivos recabada por el Grupo Especial de Inteligencia (GEIN) de la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional (Dircote) —grupo

¹¹ Recuérdese que la DFP se incluyó en el Código Penal peruano solo en 1991. Sobre ello, véase *supra* 1.B).1.

¹² La Sala Penal Nacional cita aquí la sentencia del Tribunal Constitucional (exp. 2488-2002-HC-TC) del caso Villegas Namuchi, considerando número 7, inc. 26, párr. 4º, que tiene carácter vinculante para las decisiones judiciales y se pronuncia en términos similares sobre la permanencia del delito de DFP y las consecuencias que de ello se derivan.

destinado a la investigación y captura de mandos, dirigentes y cúpula de la organización terrorista Sendero Luminoso—, el jefe del SIN, Julio Salazar Monroe, formó y destacó al GEIN una subcomisión integrada por analistas del Sistema de Inteligencia del Ejército (SIE) y del SIN.

2. Sin éxito en la misión, el equipo fue replegado del GEIN, pero el destaque no fue disuelto. En marzo de 1991, Salazar Monroe, en coordinación con los comandantes del ejército peruano y los jefes del SIE y de la Dirección de Inteligencia del Ejército (Dinte), y de acuerdo con el Manual de Operaciones Especiales de Inteligencia aprobado por la Comandancia General del Ejército, que le permitía planificar y decidir la ejecución de operaciones especiales de inteligencia de largo alcance, replanteó la misión del equipo como “grupo especial operativo”, encargado de hacer seguimiento a sospechosos de realizar actividades subversivas. Este equipo luego se conocería como “Grupo Colina”, el mismo que por decisión de Salazar Monroe se trasladó a las instalaciones del SIN.

3. La historia del caso narra que el 6 de julio de 1992 un comando de Sendero Luminoso detonó un coche bomba en la cuadra 2 de la calle Tarata del distrito de Miraflores. Veinticinco muertos, 155 heridos, cuantiosos daños materiales y una sensación de zozobra e inseguridad fueron los resultados más resaltantes del atentado. El jefe operativo del Grupo Colina, Santiago Martín Rivas, ideó un operativo especial en la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), en la que, según se sospechaba, muchos estudiantes y profesores compartían la ideología de Sendero Luminoso.

Con la anuencia de las altas esferas del gobierno, el Grupo Colina—que operaba con conocimiento del Comando y de la Jefatura del SIN, que a su vez dependía del Despacho Presidencial—garantizó el apoyo necesario para el éxito de la operación: el 17 de julio de ese mismo año se convocó a la Base de Acción Cívica de La Cantuta (una unidad de control y seguridad instalada en la universidad La Cantuta) para que apoyara la ejecución del “operativo de inteligencia”, brindando facilidades al Grupo Colina en el ingreso a la universidad y en la identificación de sospechosos subversivos.

Entre la noche del 17 de julio y la madrugada del 18, el destacamento Colina ingresó por la fuerza a la residencia estudiantil de la universidad La Cantuta y capturó a siete alumnos, dos alumnas y un profesor, a quienes habían calificado previamente como sospechosos subversivos. Después de maniatarlos y trasladarlos hasta un polígono de tiro de la policía denominado “La Atarjea” y aniquilarlos con un tiro en la nuca, cavaron unas fosas y enterraron los cuerpos. Al día siguiente, el destacamento, al verificar que los cadáveres no estaban enterrados apropiadamente, cambió de lugar los restos y los incineraron.

En marzo de 1993, ante algunas denuncias de medios de comunicación y autoridades, a nombre del comandante general del Ejército se convocó al destacamen-

to Colina para que cambiaran nuevamente de lugar los cadáveres. Esta vez los trasladaron hasta Cieneguilla, donde incineraron los cuerpos con gasolina y quemaron y ocultaron los restos en fosas. El 12 julio de ese mismo año, tras una denuncia pública, el ministerio público descubrió la existencia de cuatro fosas en Cieneguilla, donde fueron hallados restos óseos humanos que correspondían a dos mujeres, varios hombres, un niño y casquillos.

3. COMENTARIO. REFERENCIA ESPECIAL A LA INTERPRETACIÓN DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO EN EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

A) *Desaparición forzada de personas y su posible ejecución como delito de lesa humanidad*

1. El concepto *lesa humanidad* se refiere a los atentados cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático, realizado con la participación o tolerancia, *de iure* o *de facto*, del poder público y en agravio de una población civil¹³. A partir de estos tres elementos (a) sistematicidad o generalidad del ataque; b) participación del poder público y c) en agravio de población civil) es fácil advertir que el concepto *lesa humanidad* no despliega una función sistematizadora con arreglo a la cual sea posible discernir los delitos que lesionan o ponen en peligro a la humanidad de aquellos otros en los que no es así; sino, en todo caso, hace referencia a la *forma* como se perpetran algunos delitos.

Que el ataque sea sistemático significa que responde a un plan o patrón regular que involucra recursos públicos o privados, o ambos, lo que supone no solo que exista una política de Estado, sino, además, que dicha política se logre adoptar de manera organizada de conformidad con el plan o patrón. Dicha política (“políticas de terror”, “de persecución” y “de represión”) es lo que le otorga el carácter de crimen internacional¹⁴ y permite excluir hechos aislados, no coordinados y aleatorios. Así vista, la sistematicidad se comprueba con la ejecución repetida o continua de los ataques. La generalidad del ataque, por su parte, denota la existencia de una multiplicidad de víctimas. Se descarta así un hecho aislado cometido por quien actúa por iniciativa propia y dirigido a una sola víctima.

2. Sin perjuicio de *este* concepto de *lesa humanidad*, existen propuestas que, sobre la base del bien jurídico protegido, entienden que en estos casos no se lesiona únicamente a la víctima individual en sus derechos básicos, sino a la humanidad en su conjunto¹⁵. Esta razón justificaría la *imprescriptibilidad* de la acción penal y

¹³ ER., art. 7°. Con múltiples referencias bibliográficas, cfr. ALICIA GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 151.

¹⁴ KAI AMBOS, *El nuevo derecho penal internacional*, Lima, Ara, 2004, págs. 95 y ss.

¹⁵ HELMUT SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2009, págs. 289 y 290; en este sentido, véase también KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2008, págs. 223 y 224, e *id.*, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 180 y ss.

la jurisdicción universal en los crímenes contra la humanidad. De ahí que cualquier delito que exprese un cuestionamiento al estándar mínimo de derechos de la humanidad en su conjunto podría ser considerado delito contra la humanidad, tal como sucede con las figuras que incluye el artículo 7º ER. En esta postura, además, el concepto *lesa humanidad* sí cumpliría una función sistematizadora.

3. Es posible entender que la locución *delitos contra la humanidad* ha de ser interpretada con arreglo al criterio de la sistematicidad o generalidad del ataque y al de la tolerancia, participación o aquiescencia del poder público; pero también aceptar que, precisamente a causa de ello, el acto trasciende la lesión individual de la víctima y repercute en la humanidad. Ambas acepciones de *lesa humanidad* son compatibles y a partir de ellas el catálogo de delitos de *lesa humanidad* incluye los ataques ejecutados de manera sistemática o generalizada, con la tolerancia, participación o aquiescencia del poder público y que expresen un rechazo al estándar mínimo de convivencia.

4. Lo anterior permite justificar plenamente las consecuencias jurídicas del concepto *lesa humanidad*. En primer lugar, la *imprescriptibilidad* de la acción penal tiene sentido ahí donde la gravedad del hecho genere una conmoción social que el tiempo no logre acallar. Y la gravedad, en estos casos, se desprende tanto de la forma en que el hecho se cometa (ataque sistemático o generalizado, que comprometa al poder público) como de la afectación que se causa a la humanidad. En segundo lugar, y por las mismas razones, opera la persecución internacional. Y, en tercer lugar, la misma gravedad del hecho descarta, tal como se reconoce de forma unánime, que proceda la amnistía¹⁶.

Pero más allá de las consecuencias jurídicas, del concepto de *lesa humanidad* adoptado se deduce la irrelevancia de la clasificación sistemática del delito en el Código Penal: no todos los delitos que tal normativa tipifica como “delitos contra la humanidad” (tortura, genocidio, desaparición forzada, discriminación y manipulación genética) serán, siempre y en todos los casos, delitos de *lesa humanidad*. Por lo mismo, algunos delitos que no considera de *lesa humanidad* (asesinato, lesiones graves, etc.) podrán serlo si *la forma* en que se ejecutan lo permite.

5. Como *primera conclusión provisional* se tiene que el delito de DFP que tipifica el artículo 320 del Código Penal, aun cuando el legislador se empeñe en calificarlo como delito contra la humanidad, solo deberá ser considerado tal cuando forme parte de un ataque sistemático o generalizado, con presencia del poder público y que exprese una negación intolerable a los estándares mínimos de convivencia. Si concurre dicha *razón*, proceden, entonces, las consecuencias: *imprescriptibilidad*, persecución internacional y rechazo de amnistía e indulto en el delito de DFP.

¹⁶ Por lo mismo, el indulto debe ser también rechazado. En todo caso, procede sí la modificación del régimen carcelario (arresto domiciliario por prisión efectiva) del condenado por un delito de lesa humanidad por consideraciones humanitarias (enfermedad terminal).

B) *Autonomía de la DFP frente a otras formas de protección penal.*
¿DFP como delito pluriofensivo?

1. La jurisprudencia, inspirada en los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concibe a la DFP como un delito pluriofensivo. En efecto, la CIDH ha señalado que la DFP constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Interamericana de Derecho Humanos y que supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado para garantizar los derechos reconocidos en la Convención¹⁷. Ha señalado también que “la desaparición forzada o involuntaria constituye una de las más graves y crueles violaciones de los derechos humanos, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, le coloca en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos”¹⁸.

Pero la CIDH va más allá, y afirma que con el delito de DFP “se ve perjudicado el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales”¹⁹.

La Sala Penal Nacional, en el caso Castillo Páez, al cual se ha hecho referencia, siguiendo el derrotero marcado por la jurisprudencia de la CIDH, ha estipulado que “la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos, tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la prohibición de tratos crueles inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención entre otros”. En la misma sentencia se puede leer que “la expresión «desaparición forzada de personas» no es más que el *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos”.

En la misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2488-2002-HC-TC, FJ. 3: “la práctica de la desaparición forzada atenta contra diversos derechos fundamentales. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando, así, el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención (Pacto Internacio-

¹⁷ Caso Velásquez Rodríguez, párrs. 155 y 158; caso Godínez Cruz, párrs. 163 y 166; caso Blake, párr. 65.

¹⁸ Caso Blake, párr. 66.

¹⁹ Caso Blake, párr. 97. No hay que perder de vista que cuando la CIDH se pronuncia sobre los bienes o libertades que protege la DFP, lo hace a la luz de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra Desapariciones Forzadas, fundamentalmente del art. 1º, y a la luz del art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, de conceptos preestablecidos que le resultan obligatorios.

nal de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.4 y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7.6). Así mismo, implica, generalmente, actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes, por lo que también afecta el derecho a la integridad personal. De igual manera, esta práctica criminosa supone, con frecuencia, la ejecución extrajudicial de los detenidos y el posterior ocultamiento de sus cadáveres. Lo primero lesiona el derecho a la vida, mientras que lo segundo procura la impunidad del hecho. Así lo ha entendido también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Velásquez Rodríguez, sent. de fondo, párr. 155-157)”.

También en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación se le otorga a la DFP naturaleza de delito complejo: “Los derechos afectados, como mínimo, son la libertad física, la integridad personal y la privación de un debido proceso al sustraerse a la persona de toda protección legal. Otros derechos pueden ser amenazados o afectados, tales como el derecho esencial a la vida y a la integridad corporal. Por ende, es un delito pluriofensivo que afecta o puede afectar al *núcleo esencial* de derechos de la persona”²⁰.

2. Sin embargo, partimos aquí de la necesaria autonomía que ha de tener el delito de DFP. Lo que no significa que no pueda ni deba proteger, en mayor o menor medida, algún o algunos bienes jurídicos que ya encuentran tutela en otros tipos penales. Pero sí que la protección que brinde el delito DFP sea la que justifique su existencia. En otras palabras: la autonomía del delito de DFP exige que cubra un vacío y no que sea una mera circunstancia agravante de otro delito, pues de ser así, habría que buscar su justificación en la razón de ser del delito que agrava.

3. En esta línea, la vida del desaparecido no puede ser ni el bien jurídico protegido en la DFP ni parte de aquel. Es verdad que en muchos casos de DFP el sujeto será asesinado, pero el *desvalor* que recae sobre dicho acto no se integra en el *desvalor* de acción del delito de DFP, ya que es posible que el sujeto no muera, o que desaparezca solo durante un lapso, corto o largo, pero que sea encontrado luego con vida. Existe además otro argumento en cuya virtud se descarta la vida como bien jurídico: no bien el sujeto muere (por muerte natural, a consecuencias de las torturas a las que es sometido, o es asesinado) no puede considerársele desaparecido. El concepto jurídico de *desaparecido* que aquí interesa no es sinónimo de *desconocimiento del destino del sujeto*, sino de *desconocimiento de su localización en tanto sujeto a quien se le protege jurídicamente la personalidad*. Una vez producida la muerte, lo único que puede permanecer desaparecido es el cadáver, pero ello, como se puede intuir, no es lo que protege la DFP. Por eso, la determinación de si el sujeto permanece con vida, o si por el contrario ha muerto y cuándo, repercute directamente en la consumación del delito de DFP.

²⁰ CVR, *Informe final*, t. VI, pág. 75 y s., bastardilla en el texto original.

4. La integridad corporal o psíquica tampoco se tutela en la DFP. Es posible que mientras dure la desaparición el sujeto no sea objeto de lesiones, torturas o ataques a su integridad física o psíquica. De ser ese el caso, debería admitirse que la lesión a dicho bien jurídico, protegido en el delito de lesiones, tampoco se integra en el *desvalor* propio de la DFP. Que el caso descrito sea una excepción, pues la realidad demuestra que en la gran mayoría de los supuestos quien sufre una desaparición forzada suele padecer también algún tipo de agresión física o mental, no autoriza a suscribir la tesis de que la afectación a la integridad física o psíquica sea un elemento constitutivo del tipo de lo injusto del delito de DFP. En otras palabras: si cabe cometer el delito de DFP sin lesionar la integridad física o psíquica es porque este bien jurídico no se protege aquí. De ahí que si, en el caso en concreto, se afecta la integridad física o psíquica del sujeto, ha de aplicarse la regla del concurso ideal de delitos.

Lo anterior no pierde validez aun cuando se deba admitir que toda DFP implica ya una afectación a la integridad psíquica. No es posible, pues, cometer un delito de DFP sin que ello afecte, de alguna medida, la integridad psíquica del sujeto. Pero *esa* afectación forma parte de lo que el propio delito de DFP *desvalora*, y mientras sin esa afectación no se puede cometer la DFP, no procede la imputación del delito de lesiones.

5. Un razonamiento similar procede con respecto a la libertad individual, al menos en su faceta de libertad ambulatoria como se entiende en el delito de secuestro. En efecto, si bien es verdad que la DFP suele coincidir temporalmente con un secuestro o una detención arbitraria, no lo es menos que *no debe ser* así ni que el tipo de lo injusto de la DFP así lo exija. Para demostrar esta afirmación basta recordar que la privación de libertad que se menciona en el artículo 230 del Código Penal que regula la DFP puede ser una detención legal. Es el caso de quien es detenido en flagrante delito o por mandado escrito y motivado del juez. Esta situación se ha admitido expresamente en la sentencia del caso Castillo Páez²¹.

6. A esta altura del razonamiento es posible postular una *segunda conclusión provisional*: el delito de DFP no es pluriofensivo; no protege ni la vida ni la integridad psicofísica.

C) *Privación de libertad como “presupuesto” del comportamiento típico y no como “elemento” de éste*

1. En el texto legal del delito de DFP (“funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada”) se advierten dos momentos sucesivos. En el primero se describe la privación de libertad del sujeto que a

²¹ Sent., véase acápite “Situación o contexto de la desaparición forzada de personas en el Perú”, pág. 30.

la postre desaparece, y en el segundo la desaparición propiamente dicha. La tesis que sustentamos sostiene que el comportamiento típico del delito de DFP, entendido como aquello que la norma penal prohíbe y que por ende se imputa y reprocha, está conformado únicamente por el segundo momento, es decir, por “la desaparición debidamente comprobada”. Qué haya de entenderse por “desaparición debidamente comprobada” es algo que será analizado luego. Ahora interesa que la privación de libertad, el primer momento del delito, no forma parte de lo que el tipo penal *desvalora*, sino que es el presupuesto o, dicho en otras palabras, el contexto en el cual se puede cometer el delito de DFP. En las siguientes líneas se intentará demostrar este postulado.

2. Se ha dicho que la privación de libertad puede ser lícita (detención judicial o delito flagrante). En tal caso, el comportamiento de quien detiene a otro es *atípico* y el reproche del delito de DFP deberá situarse únicamente en la “desaparición debidamente comprobada”. En los supuestos en que la detención sea ilegal (por ejemplo, un secuestro o una detención arbitraria), el análisis la situación no cambia. También aquí el único acto que reproche la DFP es la desaparición, pues sería absurdo que el comportamiento típico de la DFP variara dependiendo de las circunstancias en que se ejecutara el delito (cuando la detención fuera ilegal la afectación a la libertad individual formaría parte del tipo y cuando fuera legal, no).

Tampoco es dable sostener que el tipo penal de DFP prevé dos modalidades de comisión distintas —una en la que la detención es legal y otra en las que detención es ilegal— y afirmar que en el segundo caso la vulneración de la libertad individual se incorpora al comportamiento típico. A ello se opone el principio de proporcionalidad: la misma pena, no menor de quince años de privación de libertad e inhabilitación, conforme a los artículos 36.1 y 2, procede en ambos supuestos. Y si bien el juez determinará judicialmente la pena atendiendo, entre otros criterios, a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión (C. P., art. 46.5), en tanto criterio para determinar judicialmente la pena, no puede alterar el marco legal de pena ni constituirse en una razón que pueda ser invocada con carácter general como criterio diferenciador entre *distintas formas de comisión del mismo comportamiento típico*.

3. Con todo, no debería extrañar que el precepto penal de la DFP previera una circunstancia, la privación de libertad, que no formara parte del comportamiento prohibido. Con las condiciones objetivas de punibilidad sucede así y no se genera alarma alguna. En el caso concreto de la DFP, la inclusión de la privación de la libertad debe ser interpretada como exigencia de prueba del único escenario en el cual es posible desaparecer forzosamente a otra persona. Fuera de él el comportamiento será siempre atípico. Esta postura permite ofrecer una respuesta adecuada a los casos en los que no fuera posible vincular la desaparición de la persona con su detención. Es el caso, por ejemplo, de la detención legal por delito flagrante practicada por miembros de la policía que ponen al sujeto a disposición

del juez, y es el personal del juzgado, cuando el policía ya se ha retirado, quienes llevan a cabo la desaparición.

4. La *tercera conclusión provisional* es que el comportamiento típico del delito de DFP está constituido únicamente por la desaparición del sujeto; la privación de libertad es tan solo el presupuesto del comportamiento típico. A partir de esta premisa se deducen consecuencias de no poca valía, fundamentalmente en el ámbito de la autoría y participación. Lo dicho, sin embargo, no responde al pregunta de si el comportamiento típico de la DFP, tal cual aquí se entiende, es decir, la desaparición debidamente comprobada, tiene entidad suficiente como para justificar la imposición de pena que prevé, ni tampoco responde al interrogante sobre el contenido de la desaparición debidamente comprobada. A ello se dedican los siguientes párrafos.

D) Personalidad jurídica como bien jurídico protegido: infracción del deber de informar como desaparición debidamente comprobada

1. La necesidad de interpretar el tipo penal de la DFP de conformidad con las convenciones internacionales que ha suscrito el Perú, a las que anteriormente se ha aludido²², cobra ahora importancia. En efecto, no solo es posible sino también obligatorio dotar de contenido la locución “desaparición debidamente comprobada” a partir de lo estipulado tanto en la CIDFP como en la CNUDFP, pues formando dichos instrumentos internacionales parte del derecho interno, la interpretación normativa en estos términos viene impuesta por la necesidad de mantener la unidad del sistema jurídico.

2. Así, una desaparición debidamente comprobada no se da cuando, después de haber buscado al desaparecido en todos los lugares donde podría encontrarse no se le localiza, sino cuando el funcionario público, responsable por la detención, no brinda la información que está obligado a proporcionar sobre el paradero o situación jurídica del sujeto. El comportamiento típico del delito de DFP es, pues, la infracción del deber de informar que tiene el funcionario público, y que asume por injerencia, al intervenir en la detención, legal o ilegal del sujeto, o cuando sin haber participado materialmente en ella, tiene el deber de cautelar al detenido.

3. Lo anterior se puede expresar en otros términos: con el delito de DFP opera una sustracción jurídica de la víctima de la protección que merece como persona. Esa sustracción jurídica, que se manifiesta con la negativa a informar el paradero o la situación jurídica del sujeto no requiere que en el caso en concreto se logre entorpecer, dificultar o impedir la imposición de recursos legales o de garantías procesales en favor del sujeto (v. gr., *habeas corpus*). La infracción del deber, en realidad, supone, por su propia naturaleza, la posibilidad de que ello suceda.

²² *Supra* 1.B.)3.

4. Con base en la consideración del DFP como delito de infracción de un deber cuya comisión supone la sustracción jurídica del sujeto, es posible conceptuar el bien jurídico protegido como la *personalidad jurídica*. Esta abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detracción del sujeto del sistema jurídico que ocurre, no en sentido material, sino en sentido normativo con la omisión de informar.

Sin embargo, el delito de DFP no es, como podría pensarse, un delito omisivo. No al menos en términos normativos. Si bien desde una perspectiva naturalística podría sostenerse que, tratándose de la infracción de un deber, el comportamiento típico es omisivo, en realidad importa muy poco que el deber de informar el paradero o la situación jurídica del sujeto no se cumpla, se cumpla tardíamente, se cumpla de manera parcial o se brinde información falsa o tergiversada. Relevante es que el deber no se cumpla en la *forma y plazos* en que lo establece la ley. Esta idea se condice plenamente con la naturaleza del deber y permite solventar los casos en que el funcionario público no es emplazado para que cumpla con informar.

En efecto, el cumplimiento del deber no se relaja cuando, por ejemplo, nadie se percata de la ausencia del sujeto o este no tiene amistades o parientes que le busquen. El emplazamiento del que pueda ser objeto el funcionario público es tan solo una de las formas de requerimiento que existen. Pero es que ni siquiera es necesario que se le requiera, pues el funcionario se encuentra obligado a cumplir su deber incluso antes de ser emplazado. En caso de que la detención sea legal, el funcionario encargado se encuentra obligado, por inferencia, a consignar la identidad del detenido, la localización y los motivos de la detención, antes de cualquier requerimiento y sin necesidad de que este se produzca. En caso de que la detención practicada por el funcionario público sea ilegal, por ejemplo un secuestro, también por inferencia se supone el deber de *reintegrar* al sujeto a la protección jurídica, es decir, de restituirle la personalidad jurídica.

5. Como delito de infracción de un deber, la DFP solo puede ser cometida por funcionarios o empleados públicos que tienen el deber de informar el paradero o la situación jurídica del sujeto. Es, por tanto, también un delito especial propio. Sobre las consecuencias que ello genera en orden a la autoría y participación, se volverá luego. Ahora interesa determinar en qué momento y como se funda la asunción del deber de parte del funcionario público y hasta qué momento es exigible su cumplimiento.

Sobre lo primero ya se ha dicho que el deber surge del comportamiento que expresa un compromiso de actuar como garante de la personalidad jurídica del detenido (inferencia) que se da en el contexto de privación de libertad, sin que importe que la privación de libertad sea legal o ilegal. Sobre lo segundo, es decir, hasta cuándo resulta exigible el deber, es obvio que dicha exigencia cesa en el momento en que

se cumple o que ya no resulta exigible su cumplimiento, cuando el sujeto, o sus restos, aparecen.

Estos hechos, que cobran especial importancia para determinar la consumación del delito, permiten también sostener que el cumplimiento del deber resulta exigible incluso cuando el sujeto ya no tiene la calidad de funcionario o empleado público, por haber pasado a situación de retiro, dado de baja, o simplemente por haber sido destacado a otra dependencia o habérsele encargado una función distinta de aquella en la que asumió el deber. En estas hipótesis se impone admitir que el deber de informar sobre el paradero o la situación jurídica del sujeto, si bien repercute *directamente* en la persona a la que se ha privado de la libertad, compete también a la sociedad. Aquí tiene valía lo manifestado por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la verdad²³, en el sentido de que la obligación del Estado de investigar y pronunciarse sobre *todas* las violaciones de derechos humanos tiene rango de *derecho fundamental*, es *imprescriptible* y su titular es la sociedad en su conjunto, pues conocer qué pasó es un requisito imprescindible del modelo de organización democrática y del Estado de derecho. Expresado en otras palabras: a partir del reconocimiento del derecho a la verdad es posible entender que la obligación de informar que tiene el funcionario público se mantiene mientras subsista el derecho de la sociedad de conocer cómo se violaron los derechos humanos, o lo que es lo mismo, mientras el Estado esté obligado a explicar cómo ocurrieron dichas violaciones.

De ahí que sea factible sostener que si bien la obligación de informar sobre el paradero o la situación jurídica del sujeto surge mientras se ejerce el cargo de funcionario o empleado público, pues solo desde dicha posición se puede asumir por injerencia el mencionado deber, una vez asumido pasa a integrar el conjunto de deberes que tiene el sujeto como ciudadano y no como funcionario público.

E) *Autoría y participación*

1. LA DFP es un delito especial propio. Las limitaciones que ello genera en el ámbito de la participación criminal son conocidas. Aquí se subraya simplemente que la exigencia de que el autor del delito de DFP sea un funcionario o empleado público no se satisface con la comprobación de la mencionada calidad en el sujeto, sino que requiere, además, que sea competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del sujeto. No cualquier funcionario público puede, entonces, ser autor del delito. Cualquiera puede, sí, al menos según la jurisprudencia nacional, partidaria de la teoría de la unidad del título de imputación y por tanto de la responsabilidad del *extraneus* en delitos especiales, ser cómplice del delito.

2. Más allá de ello, habiéndose descartado que la privación de libertad que menciona el artículo 230 del Código Penal forme parte del comportamiento típico,

²³ Sent. del TC de 18 marzo 2004, exp. 2488-2002-HC-TC. Caso Villegas Namuche.

resulta totalmente irrelevante, de cara a la sanción que recae sobre el autor del DFP, quién o quiénes intervienen en la detención. Ello, en su caso, y según se verá cuando se analicen los concursos de delitos, dará lugar al delito de *secuestro*. Sin embargo, que la privación de libertad sea solo el presupuesto del comportamiento típico no impide que quien participa en ella pueda responder como cómplice en el delito de DSF. Pues nada impide —es más, la realidad demuestra que normalmente es así— que tanto la privación de la libertad como la desaparición propiamente dicha formen parte de un mismo operativo, plan o estrategia. En tal caso solo queda aplicar las reglas generales sobre intervención criminal, con la única limitante de que por más que quien interviene en la detención sea un funcionario público, si no tiene la obligación de informar sobre el paradero o situación del sujeto, no podrá responder como autor del delito. Será, según lo visto, cómplice de la DFP y autor de secuestro agravado por actuar como funcionario público (C. P., art. 152.3).

3. En el delito de DFP caben, por lo demás, todas las formas de autoría: directa, coautoría y mediata. El requisito, como se viene insistiendo, es que el o los autores tengan el deber de informar. Especial importancia adquiere la ejecución del delito de DFP con la mediación de otro en la modalidad de autoría mediata por dominio de la organización. Esta posibilidad fue evaluada y afirmada en la sentencia del caso La Cantuta. Y, como se aprecia en dicho fallo, que los ejecutores de la desaparición respondan como autores materiales del delito no impide que el hombre de atrás, en quien recae también el deber de informar, lo haga también pero como autor mediato.

4. Al ser la DFP un delito que exige que se mantenga la desaparición de la persona por algún lapso, se admite la intervención criminal mientras perdure el estado antijurídico. De ahí que no sea necesario que los autores o partícipes intervengan desde el comienzo de la ejecución para que respondan penalmente. Es el caso, por ejemplo, del oficial que asume el mando de una dependencia policial o militar en la que se viene cometiendo un delito de DFP y a pesar de estar obligado, niega la presencia del detenido. Aquí el oficial reemplazado empezó a cometer el delito desde que le era exigible el cumplimiento del deber de informar el paradero o situación jurídica del detenido, el reemplazante lo comete desde que asume el deber y ambos lo siguen cometiendo hasta que cumplan el deber.

F) *Consumación*

1. La doctrina y la jurisprudencia son prácticamente unánimes en señalar que el delito de DFP es de consumación permanente. También los instrumentos internacionales que el Perú ha suscrito se inclinan por la tesis de la naturaleza permanente del delito. Ello se explica por el afán de vincular a los Estados miembro en la investigación y persecución de los casos de DFP, haciendo que la prescripción del delito no opere mientras el sujeto siga desaparecido, pero es manifiesta la con-

fusión en la que se incurre. En todo caso, si se admite la *imprescriptibilidad* de los delitos contra los derechos humanos, la razón de ser de la permanencia debe encontrarse en otro lugar.

2. Para la postura mayoritaria, que entiende que la privación de la libertad constituye el principio de la ejecución del delito de DFP, no hay problema en afirmar que es ahí donde empieza la tentativa. De manera que la “desaparición debidamente comprobada”, y ello con independencia del significado que se le otorgue a dicha locución, determina la consumación del delito, pero no su punición. Esta situación es una razón más para descartar que la detención forme parte del comportamiento que se desvalora en la DFP: si la tentativa de este delito es la consumación del secuestro, es porque la DFP es una circunstancia agravante del secuestro. Pero en todo caso sirve también para llamar la atención sobre la naturaleza permanente del delito de DFP, pues la desaparición, si bien empieza en un momento determinado, no cesa inmediatamente, sino que perdura en el tiempo, tanto como la voluntad del autor de quiera. Es verdad. Pero probablemente a partir de dicha premisa no se pueda concluir que el delito sea de consumación permanente.

3. Si se comparte lo dicho con respecto a que el bien jurídico protegido en el delito de DFP es la personalidad jurídica, su naturaleza como delito de infracción de un deber, que el comportamiento típico lo constituye la infracción del deber de informar el paradero o situación jurídica del sujeto y que la privación de libertad es solo el presupuesto del delito, debería aceptarse luego que el delito se consuma instantáneamente. Tres son las razones.

En primer lugar, la consumación es un concepto formal que hace referencia a la concurrencia de los elementos del tipo y, como tal, permite aplicar la pena dentro de sus márgenes legales. Todo aquello que queda fuera de la consumación, es decir, lo que ocurra una vez, consumado el delito, no puede fundar el castigo: solo permitirlo (condiciones objetivas de punibilidad). Así, la consumación del delito indica también que la norma penal ha sido vulnerada en toda su integridad. Por lo mismo, cuando se afirma que los delitos permanentes se siguen consumando durante el lapso que dura el estado antijurídico que mantiene el autor por su voluntad, en realidad se incurre en una imprecisión, pues el delito ya se consumó desde el primer momento en que empezó el estado antijurídico. Que este perdure mucho o poco tiempo es algo irrelevante para la consumación; relevante es, sí, su existencia, aunque sea instantánea²⁴. Lo cual se aprecia con meridiana claridad en el delito de DFP: la desaparición ocurre de manera instantánea desde que el autor incumple su deber de informar. Que *siga* incumpliendo su deber durante una semana, un mes, un año o más, no enerva que ya consumó el delito.

²⁴ JUAN MONTOYA VIVANCO, “El delito de desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático-penales”, en *Cuadernos de Trabajo*, núm. 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pág. 12.

En segundo lugar, cuando la tesis del delito permanente señala que el estado antijurídico es mantenido por el autor voluntariamente y por esa razón la consumación termina cuando cesa la permanencia, lo que hace en realidad es *imputarle* el mantenimiento del estado antijurídico porque el autor domina dicho escenario. Si se supone, como lo hace la doctrina mayoritaria, que después de la consumación del delito nada cabe imputar al sujeto, parece lógico que se retrase el término de la consumación hasta que cese el estado antijurídico cuya permanencia se le imputa al sujeto. Sin embargo, es posible pensar en otra explicación: si, efectivamente, como aquí se supone, el delito de DFP es de consumación instantánea, no por eso se debe negar que tenga efectos permanentes ni afirmar que se trate de un delito de Estado. Cabe entender que si el mantenimiento del estado antijurídico es atribuible al sujeto (sobre eso no hay discusión) deben imputársele también todas las consecuencias que de ello se deriven. Una de ellas es que el plazo de prescripción no empiece a computarse antes que cese la permanencia. El artículo 82.4 del Código Penal expresamente se pone en esta situación (“los plazos de prescripción de la acción penal comienzan [...] en el delito permanente a partir del día en que cesa la permanencia”). Si esto implica una revisión de la teoría del *iter criminis* y de la consumación, es algo que ahora no puede ser abordado.

Y, en tercer lugar, lo que hemos mencionado en el párrafo anterior viene avalado por el hecho de que el deber funcional, cuya infracción sanciona el delito de DFP, es exigible hasta que se cumple o hasta que su cumplimiento sea posible. Mientras ello no ocurra, el cumplimiento del deber *sigue siendo exigible* y el estado antijurídico —la desaparición de la víctima— se mantiene.

5. En esta línea, según el razonamiento seguido, el delito de DFP es un delito de mera actividad, pues no exige algún resultado separable espacial y temporalmente del comportamiento, sino tan solo la negativa de informar. Por lo mismo, parece difícil admitir la tentativa. No porque se trate de un delito de mera actividad, sino porque la detención, si es ilegal, quedará íntegramente incluida en el tipo penal de secuestro agravado.

6. Por lo demás, apostar porque el delito de DFP es uno de consumación instantánea pero cuyos efectos permanentes se imputan al sujeto, permite, exactamente igual que la tesis del delito permanente, ofrecer un argumento de valía para enfrentar los casos en que la desaparición empezó antes de la tipificación del delito. Aquí, si bien por mandato del principio de legalidad no es posible imputar la comisión del delito de DFP antes de su entrada en vigencia, sí lo es a partir del momento en que empezó a regir, aun cuando el comportamiento haya empezado con antelación. La razón no es otra que la que explica los cambios normativos en el tiempo, a saber: la valoración sionormativa que recae sobre el hecho: cuando se decidió tipificar el delito de DFP se expresó una desvaloración que antes no existía; si el sujeto continúa comportándose como antes, cuando ahora su conducta es de riesgo prohibido para un bien jurídico, no hay razón alguna para

no imputar la comisión del delito a partir de la vigencia de aquella nueva valoración sionormativa, es decir, desde la tipificación del delito.

Entender que en estos supuestos operó un *cambio* en la valoración que recaía sobre el hecho y no, como aquí se entiende, que *apenas* se desvaloró penalmente el comportamiento que constituye delito de DFP, implicaría reconocer, previamente, que la privación de libertad forma parte del comportamiento típico del delito de DFP (la detención se desvalora en la DFP). Pero si así fuera, habría que admitir luego que el comportamiento que lleva a cabo el autor del delito de secuestro fuera idéntico al que perpetrara el autor del delito de DFP, diferenciándose, únicamente, en la valoración jurídica que recibieran. Esta postura llevaría, más que a tener que reconocer que el delito de DFP es pluriofensivo, a admitir que es una modalidad de secuestro.

G) Consideraciones concursales

1. Lo que se pueda decir en materia de concursos de delitos y leyes viene condicionado por la interpretación que se ofrezca del delito de DFP. De manera que, teniendo en cuenta lo dicho, se concluye, en primer lugar, que entre un delito de DFP y uno de secuestro no es posible un concurso aparente de leyes. No rige aquí el principio en cuya virtud la ley especial prima sobre la general, pues no es esa la relación que existe entre uno y otro. No se insistirá más en que la privación de la libertad es el presupuesto del delito de DFP y no un elemento del comportamiento típico, pero esa es la razón por la que si a la detención ilegal del sujeto le sigue su “desaparición debidamente comprobada”, se trata de un concurso de delito. Que será un concurso *ideal*, en la medida en que el sujeto permanezca secuestrado mientras el funcionario público encargado sigue sin cumplir su deber de informar (concurso ideal entre dos delitos de efectos permanentes).

2. Con el delito de lesiones o de tortura es posible tanto el concurso *ideal* como el concurso real. El primero sucederá cuando se le causen lesiones o se torture al sujeto mientras permanece desaparecido. Lo segundo, concurso *real* de delitos, puede darse si las lesiones o la tortura se practican antes de la omisión del deber de informar. Por supuesto, no debe descartarse un concurso de delitos entre lesiones o tortura, secuestro y desaparición forzada de personas.

3. Por último, las relaciones concursales entre homicidio y DFP se limitan a dos modalidades. La primera es de *concurso real*, pues ahí donde se termina con la vida del desaparecido no cabe seguir hablando de lesión a su personalidad jurídica. Ello descarta no solo el concurso ideal, pues es imposible que con el mismo acto se cometan ambos delitos, sino que la perpetración del delito homicidio marcará la terminación del estado antijurídico que mantiene el autor de la desaparición; o dicho en otros términos: la sustracción jurídica del sujeto que implica la DFP presupone que tenga derecho a ser reintegrado a la protección jurídica.

La segunda posibilidad de relacionar la DFP y el homicidio es que este se cometa para ocultar aquel. El asesinato que regula el artículo 108.2 del Código Penal así lo permite (el que mata a otro para ocultar *otro* delito). Al encontrarse específicamente regulado, este particular caso de concurso *real* no exige acudir a las reglas generales del concurso de delito.

4. COMENTARIOS SOBRE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

1. El delito de DFP que regula el artículo 268 A del Código Penal colombiano tiene dos modalidades que se sancionan con la misma pena. En la primera se reprime al “particular que (perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley)²⁵ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley” con una pena de prisión de veinticinco a cuarenta años, multa de quinientos a dos mil salarios mínimos legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de cinco a diez años. En la segunda modalidad se reprime con la misma pena al servidor público o al particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel que realice la conducta anteriormente descrita.

Que ambos supuestos merezcan la misma pena podría dar a entender que el comportamiento, en ambos casos, genera el mismo reproche. Si fuera así, la calidad de servidor público sería totalmente irrelevante en la configuración del injusto, pues quien la tenga cometerá el mismo delito, podrá tener la misma pena y estará sujeto a las mismas circunstancias agravantes y atenuantes. Sin embargo, y dejando en claro que quien esto escribe está muy lejos de tener siquiera ligera autoridad para hablar de la ley colombiana y lo hace de manera intuitiva, entiende que es posible establecer una diferencia de grado entre el reproche que merece uno y otro.

2. A este respecto resulta crucial el argumento expuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C-317 de 02 de mayo de 2002, con arreglo al cual no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona. Así, si no se requiere emplazamiento sino, simplemente, falta de información, es porque el autor del delito de DFP tiene el deber de informar el paradero o situación de la víctima, y este deber surge incluso antes y con independencia de que se requiera su cumplimiento. El contenido de dicho deber, la forma en que surge y la forma en que se cumple varían si se trata de un particular o de un servidor público.

En efecto, en primer lugar, la Corte Constitucional en la sentencia mencionada asume la postura marcada por los instrumentos internacionales y por la juris-

²⁵ Frase declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-317 del 02 de mayo de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

prudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que la DFP es un delito pluriofensivo y a partir de esa característica se diferenciaría del secuestro. Sostiene la Corte Constitucional: “Mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos —tales como el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, el derecho a un juicio imparcial y un debido proceso, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ante la ley y el derecho a un tratamiento humano de detención, entre otros—, el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal”.

Lo que en principio permitiría trazar con suficiente claridad la línea que separa a la DFP del secuestro, lejos de conseguirlo, lo dificulta. Pues si bien la diferencia de los bienes jurídicos protegidos se asume en derecho internacional, no se concide con la legalidad del derecho interno. En otras palabras: para que la doctrina de la Corte Internacional sea utilizable como criterio de interpretación del tipo penal colombiano de DFP, este debe permitirlo. Y hasta donde se puede leer, el artículo 165 no exige una vulneración a la vida ni a la integridad, solo a la libertad individual y a la personalidad jurídica.

3. Así pues, cuando la DFP es cometida por un particular (C. P., art. 165, párr. 1°), hay que entender que la privación de libertad sí forma parte del comportamiento típico porque un particular no tiene derecho a privar a otro de la libertad. Se tratará, siempre, de una privación de libertad ilícita. Sin embargo, hasta aquí solo se ha equiparado la DFP cometida por un particular con el delito de secuestro del artículo 168. La lógica indica, entonces, que si fuera verdad aquella tesis de que la DFP se distingue del secuestro por ser un delito pluriofensivo, ello debería plasmarse en la interpretación que se hiciera de la locución “seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley”. Cuando se justificó la declaración de inexecutable de la frase “perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley”, la Corte Constitucional señaló al respecto que no hacerlo significaría: “no solo restringir el alcance de la garantía constitucional del artículo 12 Superior, sino que además con su aplicación también se violaría el principio de igualdad (Const. Pol., art. 13) pues los particulares que cometen el delito de desaparición forzada que no pertenezcan a un grupo, o que este grupo no sea armado o que sea un grupo armado que no esté al margen de la ley recibirían un castigo menor, toda vez que el secuestro está sancionado en el artículo 168 del Código Penal con una pena inferior a la prevista para el delito de desaparición forzada. Así, pues, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de las expresiones «perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley» el delito de desaparición forzada puede ser cometido por cualquier particular sin ninguna calificación”.

Sin embargo, si ahora el delito de DFP es un delito común, parece que, lejos de diferenciar la DFP del secuestro, se han equiparado, pues los particulares no tie-

nen un deber especial de informar del paradero o situación jurídica de la víctima y no se puede, entonces, pretender que “basta solamente la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, por cuanto según el artículo 33 Superior los particulares no están obligados a autoincriminarse”, ya que se requeriría una fundamentación para exigir que el particular que secuestrara a otro debiera informar su localización o situación.

En otras palabras: cuando se priva a otro de la libertad, se comete delito de *secuestro*. Si luego se le oculta y no se reconoce la privación o no se da información sobre su paradero, sustrayéndolo del amparo de la ley, se comete, además, *desaparición forzada de personas*. ¡Pero es que la sustracción de la víctima del amparo de la ley se da desde el momento en se le priva de libertad de manera ilegal!; en ese mismo momento en que, si no se debe esperar a que el autor sea requerido, tiene que informar.

4. De todo ello se sigue, al menos según el razonamiento aquí esbozado, que afirmar que el delito de DFP en la modalidad en que es realizado por particular se diferencia del delito de secuestro en que se vulnera una serie de bienes jurídicos y que se requiere la negativa de informar, no deja de ser una expresión vacía de contenido. Una última razón puede ayudar a explicar lo dicho: la tesis de la DFP como delito pluriofensivo tiene sentido cuando un tribunal de justicia internacional como la CIDH, le atribuye la infracción de DFP —no el delito— a un Estado —y no a una persona—, pues en esos casos se imputa la vulneración de un compromiso internacional asumido por el Estado. El incumplimiento de ese compromiso supone una serie de afectaciones, pero eso no autoriza a que la comisión del delito DFP que se imputa a los autores materiales sea pluriofensivo.

5. Pero, en caso de que el autor del delito de DFP sea un servidor público, puede ser interpretado de conformidad con la tesis del delito de infracción de un deber que se ha expuesto en el texto. Sobre ello ya se ha dicho bastante. En todo caso, procede sí una reflexión para demostrar su aplicación a la legislación colombiana: cuando el servidor público tiene el deber de informar el paradero o situación jurídica del sujeto es porque se ha supuesto, por injerencia, el compromiso de proteger su personalidad jurídica. Aquí sigue resultando irrelevante si él ha participado en la privación de la libertad —esta es un presupuesto del delito y no un elemento del tipo penal— y si la detención es legal o ilegal. Todo eso, por lo demás, ha sido reconocido por la propia sentencia C-317 de la Corte Constitucional.

5. BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, KAI: *El nuevo derecho penal internacional*, Lima, ARA Editores, 2004.

— *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2008.

— *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Obras completas*, t. II, Control social y otros estudios, Lima, ARA Editores, 2004.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación, *Informe final*, t. VI, Primera parte, El proceso, los hechos, las víctimas, Lima, CVR, 2003.
- GIL GIL, ALICIA: *Derecho penal internacional*, Madrid, Tecnos, 1999.
- MAZUELOS COELLO, JULIO: *Lecciones de derecho penal*, Parte especial, Lima, Edit. San Marcos, 1995.
- MEINI, IVÁN: “Delitos contra los derechos humanos”, en *Imputación y responsabilidad penal*, Ensayos de derecho penal, Lima, ARA Editores, 2009.
- MONTOYA VIVANCO, YVAN: “El delito de desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático-penales”, en *Cuadernos de Trabajo*, núm. 11, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- SATZGER, HELMUT: *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2009.
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, GIOVANNA: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Fondo Editorial, PUCP, 2004.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA: “Los delitos contra los derechos humanos en el nuevo Código Penal peruano”, en <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an199303.pdf>.

CAPÍTULO VI

URUGUAY

PABLO GALAIN PALERMO*

Doctor Europeo en Derecho Penal (Sobresaliente Cum Laude) en la Universidad de Salamanca (2006). Director del Área Portuguesa del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (desde 2007). Colaborador Científico del Área Latinoamericana del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (desde 2005). Profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica de Uruguay (2001). Profesor Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España, desde 2008). Miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Latinoamericano de la Fundación Konrad Adenauer (desde 2005). Conferencista, colaborador de diversas publicaciones especializadas y autor de varias obras.

* Agradezco los oportunos comentarios de Gastón Chávez, Gonzalo García, Teresa Manso, Héctor Hernández, Angélica Romero y Lautaro Contreras.

1. DESCRIPCIÓN FÁCTICA DEL FENÓMENO Y DERECHO APLICABLE

En el contexto de la guerra fría en Latinoamérica¹, el pacífico y democrático Uruguay², sufrió en la década del sesenta el accionar de movimientos revolucionarios que pretendían cambiar el modelo político vigente por medio de la lucha armada³, enfrentados a un gobierno decidido a combatir totalmente cualquier grupo subversivo o sedicioso⁴.

¹ Cfr. PIERRE DE SENARCLENS, “El problema de la legitimidad del poder”, en SIJAU, *Coloquio sobre Uruguay y Paraguay. La transición del estado de excepción a la democracia*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 1985, pág. 15.

² Hasta 1973 Uruguay era el país con la más fuerte tradición democrática de Latinoamérica. Cfr. LUIS GONZÁLEZ, *Political Structures and Democracy in Uruguay*, University of Notre Dame Press, 1991, págs. 1 y ss. Democracia que incomodaba a los regímenes autoritarios de sus vecinos Brasil y Argentina y que comenzaba a sufrir la presión de la política exterior de Estados Unidos en su lucha contra la expansión del comunismo. Cfr. JENNIFER HOLMES, *Terrorism and democratic stability*, Transaction Publishers, 2006, págs. 182 y ss.

³ El Movimiento de Liberación Nacional Tupamaros se oponía al régimen político vigente, con una lógica que mezclaba el espíritu de Robin Hood y la ideología marxista para poner en evidencia la corrupción política y el caos económico en que se encontraba el país. Su propuesta consistía en un cambio profundo por medio de las armas. Esta revolución pregonaba la dictadura del proletariado y conduciría a ella, como consecuencia de la lucha de clases. Cfr. ALFONSO LESA, *Estado de guerra. De la gestación del golpe del 73 a la caída de Bordaberry*, Montevideo, Fin de Siglo, 2007, págs. 19 y ss.

⁴ De forma directa mediante la reunión de fuerzas entre la policía y el Ejército (Fuerzas Conjuntas) e indirectamente brindando impunidad al accionar de grupos de ultraderecha que cumplían funciones similares a los paramilitares o, en algunas situaciones, los “escuadrones de la muerte”. Cfr. Grupo de Investigaciones Históricas, Sociales y Económicas, *Las raíces de la violencia y el Escuadrón de la Muerte*, Montevideo, Ediciones Tae, 1986, págs. 14 y 19. Cfr. también sent. 565 de 2007 de TPA de 3º turno. Grupos para-policiales que se entraban en el extranjero desde el gobierno de Pacheco Areco para combatir el terrorismo. En dictadura los militares eran instruidos para el combate de la subversión (*doctrina de la seguridad nacional*) en Fort Gulick (Panamá), Los Fresno (EE.UU.) y Escola Superior de Guerra (Brasil), y los policías, en la School of the Americas (EE.UU.). Cfr. JENNIFER HOLMES, *Terrorism and democratic stability*, cit., págs. 182 y ss.

En este contexto de “estado de guerra interno”⁵, “lucha total”⁶ o “guerra sucia contra la subversión o sedición”⁷ y durante el posterior régimen dictatorial⁸ se comete el crimen de desaparición forzada de personas, como una de las modalidades delictivas utilizadas por el denominado “terrorismo de Estado”, que operó en el Uruguay entre 1973 y 1984¹⁰.

⁵ En 1971 por decreto 566/71, Pacheco encomendó a las Fuerzas Armadas la lucha contra la sedición. Durante el gobierno de Bordaberry, el 14 de abril de 1972 el Parlamento aprueba el “estado de guerra interno”, se suspenden las garantías individuales y se sanciona la ley 14.068 de Seguridad del Estado y del Orden Interno de 10 de julio de 1972. Esta ley, además de crear nuevos delitos y aumentar las penas, admitió la competencia de la justicia penal militar para los delitos políticos (cfr. art. 1º).

⁶ Identificado el enemigo de la nación y obtenida la información necesaria, también era funcional a la *criminalidad de Estado* la desaparición total y absoluta de individuos mediante una privación de libertad persistente o mediante una eliminación física que no dejara rastro ni brindara noticia de lo sucedido. Esta modalidad formaba parte de la guerra total, la guerra contrasubversiva llevada a cabo por los franceses en Indochina y Argelia, un combate dirigido a exterminar al enemigo. Cfr. JUAN RIAL, *Seguridad y democracia en el contexto de los procesos de transición*, Agenda para la Consolidación de la Democracia en América Latina, IIDH-CAPEL, 1990, págs. 406 y s.

⁷ Cfr. CENTRO MILITAR-CENTRO DE OFICIALES RETIRADOS DE LAS FF.AA., 1960-1980. *La lucha contra el terrorismo*, Montevideo, Artemisa, 2007.

⁸ El 27 de junio de 1973 el presidente Bordaberry, devenido en dictador, emite dos decretos: uno que disolvió las juntas departamentales y creó en su lugar juntas de vecinos, y otro que disolvió el Parlamento y creó en su lugar el Consejo de Estado. Cfr. VIRGINIA MARTÍNEZ, *Tiempos de dictadura 1973-1985. Hechos, voces, documentos. La represión y la resistencia día a día*, Montevideo, Ed. De la Banda Oriental, 2007, pág.18.

⁹ Desde un punto de vista cuantitativo, en el territorio uruguayo solo se produjeron alrededor de treinta y dos desapariciones forzadas de ciudadanos uruguayos y seis desapariciones forzadas de ciudadanos argentinos. Si consideramos la actuación organizada dentro del Plan Cóndor, el número aumenta a 158 casos de ciudadanos uruguayos desaparecidos en Argentina, ocho casos en Chile, dos en Paraguay, uno en Brasil, uno en Colombia y otro en Bolivia. Cfr. Comisión para la Paz, *Informe final de 10 de abril de 2003*, anexos 3, 5 y 12. Por resolución 297 de 2007 de la Presidencia de la República, se encomendó a un grupo de investigadores de la Universidad de la República, Facultad de Humanidad y Ciencias de la Educación, la confección de una “investigación histórica sobre desaparecidos en cumplimiento del artículo 4º de la ley 15848”, en la que se documentaron 131 casos de desaparecidos (t. 1).

¹⁰ Los militares amparados por la “doctrina de la seguridad nacional” (“Seguridad nacional es el estado según el cual, el patrimonio nacional en todas sus formas y el proceso de desarrollo hacia los objetivos nacionales se encuentran a cubierto de interferencias o agresiones, internas o externas”, cfr. ley 14.157, art. 4º, Ley Orgánica Militar, D. O. 05.03.1974) y las acciones de represión conjuntas más allá de las fronteras nacionales (“la coordinación operacional de las cúpulas de los gobiernos de hecho que regían en Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Paraguay y Uruguay, denominada «Plan Cóndor», cuyo objetivo central era el seguimiento, vigilancia, detención, interrogatorios con apremios psico-físicos, traslados entre países y desaparición o muerte de personas consideradas por dichos regímenes como «subversivas del orden instaurado o contrarias al pensamiento político o ideológico opuesto o no compatible con las dictaduras militares de la región»”, cfr. sent. 037 de 26.03.2009 JLP de Primera Instancia de 19º Turno, “Silveira Quesada, Jorge Alberto. Ramas Pereira, Ernesto Avelino. Medina Blanco, Ricardo José Vázquez Bisio, Gilberto Valentín. Maurente, Luis Alfredo. Sande Lima, José Felipe un delito de privación de libertad”. - Ficha 2-43332/2005).

En lo que respecta al derecho aplicable, corresponde decir que antes del comienzo de la dictadura (1973), Uruguay estaba obligado a la protección de los Derechos Humanos de todos los ciudadanos que habitan su territorio, tanto por normas internacionales¹¹ como por normas internas¹². El ordenamiento internacional ya exigía la *imprescriptibilidad* de este tipo de crímenes contra la humanidad¹³, pero dichas normas fueron adoptadas en el orden nacional una vez finalizada la dictadura militar¹⁴.

¹¹ Esta obligación emana de diversos instrumentos internacionales de los que Uruguay forma parte y de los tratados firmados y reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional, que no solo obligaban al Estado uruguayo a la protección genérica de los derechos humanos, sino también a la persecución de quienes atentaran contra ellos. En ese sentido, Uruguay participó del ETMIN de 1945, tipificación confirmada por las resoluciones de la AGONU 3 (i) de 1946 y 95 (i) del mismo año, que demuestran la exigencia previa de respeto de los derechos y en particular la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad. Además, hay que considerar a las CG (1864, 1906, 1929, 1949), la CONU (1945), la DUDDHH (1948), la DADDH (1948), los PDCP (1966), el PAIIC-GIV (1977), la CADDHH (1978), el ECIDDHH (1980), que ya serían suficientes para generar obligaciones de cuidado de los Derechos Humanos en el Uruguay antes del comienzo y durante la dictadura cívico-militar, y un deber de persecución de los responsables de tales delitos. También hay que mencionar la CICGCLH de 1968 (aprobada por Uruguay por la ley 17.347 de 05.06.2001), que en el artículo IV indica: “Los Estados partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida”.

¹² En el orden interno por disposición de la Constitución uruguaya de 1967 (cfr. arts. 7°, 72, 332), los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad (cfr. art. 7°). En particular el artículo 72 establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías en ella contenida no excluye otros que sean inherentes a la personalidad humana o se deriven de la forma republicana de gobierno, y por imperio del artículo 332 de la Carta Fundamental, los preceptos que reconocen derechos y los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas no dejarán de aplicarse por falta de reglamentación, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

¹³ Cfr. ALFRED VERDROSS y BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht Theorie und Praxis*, Berlin, Zweite Auflage, Duncker & Humblot, 1981, pág. 262. Con independencia de que en Uruguay a los tratados internacionales solo se les reconozca el mismo rango jurídico que a la ley, por debajo de la Constitución. Cuando se trata de derechos humanos se debe escoger la norma que mejor los proteja, con independencia de su nivel jerárquico. Cfr. SANTIAGO GARDERES y GABRIEL VALENTÍN, *Bases para la reforma del proceso penal*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Serpaj, 2007, pág. 20; PABLO GALAIN PALERMO, “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Woischnick (Eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, 2006, pág. 416. Estas normas internacionales conforman una especie de “orden público internacional” que obligaba al Uruguay en cuanto a su naturaleza de normas imperativas para toda la humanidad, que como normas de *ius cogens* no necesitan, para ser válidas y exigibles, la aceptación expresa de un Estado en particular. Cfr. VERDROSS y SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, cit., pág. 263; LARRY MAY, *Crimes Against Humanity. A normative account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pág. 254.

¹⁴ Respecto a la *imprescriptibilidad* de los crímenes contra la humanidad, la CICGCLH, la Convención de ONU contra la TTPCID de 04.02.1985 (aprobada por Uruguay mediante la ley 15.798 de

En la doctrina uruguaya se discute arduamente si las normas internacionales tienen naturaleza *self executing* o *non executing*¹⁵, consideran; la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia que cuando la norma internacional crea figuras penales, no basta con la aprobación de un tratado internacional sino que por imperio del principio de legalidad (cfr. C. P., arts. 1, 85, C. de P. P., art. 2º) las normas internacionales tienen que ser adoptadas en el ordenamiento nacional¹⁶.

Cuando las personas comenzaron a desaparecer por obra del “terrorismo de Estado” no existía un tipo penal de desaparición forzada, sino algunos delitos comunes que conminaban con una pena a quienes privaran ilegítimamente de la libertad (C. P., art. 281), secuestraran (*id.*, art. 346)¹⁷, lesionaran (*id.*, arts. 316 y ss.) y dieran muerte (*id.*, arts. 310 y ss.), constituyendo, en algunos casos, una asociación para delinquir (*id.*, art. 150)¹⁸.

El tipo penal del crimen de desaparición forzada se legisló en el artículo 21 de la ley 18.026 de 25.09.2006 (D. O. de 4 de octubre de 2006) como un crimen de lesa humanidad, de comisión permanente e imprescriptible¹⁹.

El tipo penal dice: artículo 21.1.—“El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte, será castigado con dos a veinticinco años de penitenciaría”. Art. 21.2.—“El delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la

27.12.1985), la CIPST de la OEA de 06.12.1985 (aprobada por Uruguay mediante ley 16.294 de 11.08.1992), la Declaración de la ONU 47-133 de 1992 contra la desaparición forzada de personas (cfr. arts. 1.1, 6.1, 7º, 16 y ss.), la CIDFP de la OEA de 09.06.1994 (aprobada por Uruguay mediante ley 16.724 de 11.08.1995) y por último, en el artículo 29 ER (aprobado en Uruguay mediante ley 17.510 de 27.06.2002).

¹⁵ Sobre este punto en particular, cfr. GALAIN PALERMO, “Uruguay”, *op. cit.*, págs. 411 y ss.

¹⁶ *Ibid.*, pág. 412.

¹⁷ En Uruguay el secuestro es la privación de libertad de una persona para obtener un precio por su liberación.

¹⁸ Cfr. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ, “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Woischnick (Eds.), *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer-Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003, págs. 495 y ss.; GONZALO FERNÁNDEZ, “Uruguay”, en Simon Arnold y Woischnick (Eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México, UNAM, 2006, pág. 260.

¹⁹ Art. 7º. (Imprescriptibilidad).—“Los crímenes y penas tipificados en los títulos I a III de la parte II de la presente ley son imprescriptibles”.

víctima”. Art. 21.3.—“El juez podrá considerar como atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias: a) que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo menor a diez días; b) que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido”.

2. JURISPRUDENCIA

a. Se ha escogido la sentencia 1142 de 17.12.2007 del JLP de Primera Instancia 19° Turno²⁰ porque refiere al problema de la desaparición forzada de personas, crimen que es imputado *prima facie* para someter a los sospechados a juicio penal. Esta sentencia sometió a juicio penal y condenó *prima facie* a uno de los responsables directos del “terrorismo de Estado”²¹ bajo la imputación del delito de “desaparición forzada de personas” (cfr. ley 18.026, art. 21)²².

b. Los hechos concretos indican que el 16 de mayo de 2007, quince personas denunciaron a algunos de los altos mandos de la dictadura uruguaya por la existencia de varios traslados clandestinos en 1978 de personas detenidas en Argentina durante 1977 y luego “desaparecidas” en territorio uruguayo²³.

La investigación tuvo que sortear el escollo que significa la ley de “amnistía” (cfr. ley 15.848 de caducidad de la pretensión punitiva del Estado), que requiere una decisión expresa del poder ejecutivo que habilite la persecución penal de sujetos amparados por el perdón y el olvido²⁴.

²⁰ Expediente caratulado: “Troccoli, Jorge Néstor. Antecedentes. Álvarez Armellino, Gregorio Conrado. Larcebeu Aguirregaray, Juan Carlos”, Reiterados delitos de desaparición forzada IUE-2-20415/2007.

²¹ En este artículo hacemos constante referencia al “terrorismo de Estado”, tal como lo determinó el Informe Final de la Comisión para la Paz, párrafo 43 y como lo ha adoptado la jurisprudencia (sent. 2.146 de 20.12.2006, JLP de Primera Instancia de 7° Turno). Para una explicación más acabada de este concepto, cfr. PABLO GALAIN PALERMO, “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, 2009, pág. 392, nota 1.

²² Se ha escogido esta sentencia porque ella es la primera que somete a juicio al general Gregorio Álvarez, figura central de la dictadura uruguaya, que ocupó cargos de dirección en las FF.AA., principalmente el de comandante en jefe del Ejército (01.02.1978) y único dictador militar que tuvo el proceso *de facto* uruguayo (1981-1984).

²³ Algunos denunciantes de nacionalidad argentina vivieron el proceso inverso: fueron detenidos en Uruguay en 1978 y trasladados a Argentina.

²⁴ “Por auto número 094 de 28 de mayo de 2007 (fs. 254), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la ley 15.848, se remitió testimonio de la denuncia al poder ejecutivo, a los efectos de determinar si los hechos denunciados se encontraban comprendidos o no en las previsiones del artículo 1° de la citada norma. Por resolución número D/1290, del día 11 de junio de 2007 (fs. 257) se declaró «que el presente caso no se encuentra comprendido dentro de la hipótesis de caducidad de la pretensión punitiva del Estado, establecida en el artículo 1° de la ley número 15848 de 22 de diciembre de 1986»”.

c. En los considerandos de la sentencia se reconoce la dificultad de saber cómo fueron los hechos denunciados a causa del “silencio institucional” y del pacto de silencio que existe entre los “terroristas de Estado” y demás camaradas de armas (una especie de ley de *omertà* que se ha mantenido hasta la fecha)²⁵. El juez se refiere no solo al “derecho a conocer, a buscar la verdad, como actividad humana”, sino al “deber de todos de recordar lo acontecido, como obligación ética” y argumenta siguiendo las líneas de jurisprudencia de los tribunales encargados de la protección de los derechos humanos, principalmente las líneas argumentales ofrecidas por la CIDDHH en lo que hace relación al crimen de desaparición forzada²⁶. En ese sentido, sostiene que la desaparición forzada es un crimen de ejecución permanente mientras no se tenga conocimiento sobre la situación de la víctima²⁷.

d. En definitiva, el juez dispuso los procesamientos y prisión de los encausados por reiterados delitos de *desaparición forzada de personas*.

e. Contra dicha providencia se alzaron las defensas interponiendo los recursos de reposición, apelación en subsidio²⁸ y nulidad²⁹.

²⁵ La sentencia pone especial relevancia en el aspecto institucional (grupo criminal) en cuanto al contexto de actuación de los imputados. Véase que la participación de ambos agentes del Estado con funciones de mando, la sentencia la relaciona (sin mayor profundidad de análisis) con la teoría de la autoría mediata por medio de un aparato organizado de poder.

²⁶ Se apoya en las sentencias de la CIDDHH Castillo Páez y Bamaca Velázquez, en particular se refiere a los votos de los jueces Cançado Trindade y García Ramírez.

²⁷ Ante la consideración de retroactividad penal y la condición de delito de ejecución permanente de la desaparición forzada de personas, las defensas sostienen que la condición de permanencia no puede depender de la aparición con vida o del conocimiento exacto del fallecimiento de la persona desaparecida. Por otra parte, argumentan que normativamente la desaparición forzada es un delito instantáneo y no permanente. Para terminar, dicen que la realidad indica que los desaparecidos han fallecido.

²⁸ La defensa del imputado Larcebeau cuestiona la calidad y debilidad de la prueba incriminatoria (“De las actas sobre interrogatorios de personas denunciadas como desaparecidas que habrían aparecido en el Fusna. Lo único que prueban esas actas, es que esas personas fueron interrogadas en la República Argentina”) y rechaza la figura imputada a su defendido, porque no existía al momento de comisión del delito. Se dice que la sentencia de primera instancia es contraria a la Constitución porque viola principios esenciales sobre los que se asienta el sistema penal (“Esos principios son, entre otros, la responsabilidad por el acto propio y no por el mero resultado; el principio de no retroactividad de la ley: el principio de la aplicación de la ley más benigna. —principios que se disciernen fluidamente de la lectura del art. 10 de la Constitución, según el cual solo se responde por las acciones cuando estas son lesivas del orden público o el derecho de tercero—. Estas acciones, que son las únicas que caen bajo la autoridad de los magistrados deben estar descritas por la ley y con anterioridad a la realización del hecho para que puedan ser conminadas con una pena”), en particular, porque lesiona el *principio de irretroactividad*. “Por otra parte, si una ley posterior suprime el delito o atenúa la pena, el principio *favoris rei* (art. 72 de la Constitución, art. 9º del Pacto de San José de Costa Rica) determina que el imputado deberá beneficiarse con ello (C. P., arts. 15 y 16). Si, por el contrario, una ley ulterior crea nuevos delitos o aumenta la penalidad queda vedada la posibilidad de aplicación retroactiva (C. P., arts. 15 y 16)”. La defensa de Gregorio Álvarez denunció un “derecho penal para enemigos” aplicado a los ex represores por su condición

f. La sentencia 352 de 2008 del TPA de 2° Turno (ministro redactor José Balcaldi) modificó la imputación inicial del juez de primera instancia, negó la posibilidad de perseguir a los terroristas de Estado por crímenes de lesa humanidad tipificados en 2006 mediante ley 18026 y cambió la imputación penal por la de *reiterados homicidios muy especialmente agravados* (cfr. C. P., arts. 312.1³⁰ y 312.5)³¹.

g. El argumento principal para rechazar la primera imputación fue la falta de adecuación típica de los hechos al crimen imputado³² y la *irretroactividad* de la ley

de autores y no por lo que efectivamente se pueda probar sobre sus actos criminales. También cuestionó la existencia de un principio de legalidad internacional (porque “no es tan clara, ni unánime, que es en el mejor de los casos discutible, sobre todo en lo referente a la aplicación retroactiva de los tratados...”) y concentra sus críticas en el tipo penal de la desaparición forzada de personas. Si bien el tipo penal es rechazado por improcedente, las defensas se concentran en la crítica de esta figura penal, porque exige una autoincriminación que sería violatoria del principio *nemo tenetur*. El ministerio público se limitó a defender la solicitud de imputación por desaparición forzada de personas, sin necesidad de basarse en las normas del ordenamiento internacional, porque la permanencia de su comisión salva todos los inconvenientes de legalidad e irretroactividad (en cuanto a la posibilidad de acudir a normas internacionales para la imputación, sostuvo: “No acudiré estrictamente a normas de derecho penal internacional para fundamentar la imputación. No resulta necesario. Se trata en todo caso de aplicar una ley vigente en el territorio nacional a un delito que se está cometiendo aun hoy en día”). En lo que refiere a la prescripción: “[...] En cuanto a la prescripción, alegada también por los defensores, no son necesarios mayores desarrollos. El término no empezó aún a correr, la situación antijurídica permanece. El art. 21.2 dispone que el delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”). Por su parte, el juez competente, Luis Charles, por resolución 150 de 29 de febrero de 2008, mantuvo en todos sus términos la sentencia recurrida y franqueó la alzada al Tribunal de Apelaciones.

²⁹ En el sistema uruguayo generalmente se interponen conjuntamente los recursos de reposición y apelación subdiariamente; sin embargo, en esta ocasión, “el recurso de nulidad se interpone conjuntamente, dado que, a criterio de la defensa, el juzgado ha infringido la disposición del art. 101, num. 3 C. de P. P., esto es, «infracción a las normas que rigen la intervención y la sujeción del imputado, si disminuye las garantías de este».

³⁰ Homicidio cometido con graves sevicias, que pueden definirse como maltratamientos de orden físicos o psíquicos o medios crueles, lo que la sentencia deduce del sometimiento de los desaparecidos a constantes sesiones de tortura que derivaron en la muerte.

³¹ Homicidio que se comete “inmediatamente después de haber cometido otro delito [...] para ocultar el delito, para suprimir los indicios o la prueba, para procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delinquentes” (cfr. C. P., art. 312.5). Según la sentencia: “la conexión ideológica se da entre diversos maleficios cometidos contra las personas denominadas desaparecidas, que en concreto fueron asesinadas con la finalidad de ocultar o suprimir cualquier indicio de sus ilegítimas privaciones de libertad, o de sus posteriores reclusiones clandestinas, o de las lesiones que sufrieron, todo lo cual queda en evidencia con el hecho que finalmente se ocultaron sus restos, lo que, además, lleva ínsito que se persiguió con sus muertes procurarse la impunidad o procurársela a alguno de los delinquentes”.

³² Dice la sentencia: “En conclusión, no existe adecuación típica del comportamiento reprochado en la figura delictiva atribuida [...] en razón a que las víctimas fueron asesinadas”.

penal³³. La sentencia advierte del peligro de aceptar un derecho de excepción apoyado en la costumbre internacional, que no solo viola el principio de legalidad sino que provoca inseguridad jurídica³⁴.

h. Si bien esta causa penal no ha recibido una sentencia definitiva de condena, se prevé que esta sea la imputación final³⁵.

3. EXPLICACIÓN Y COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A) *Aspecto material*

1. El punto de partida para la aplicación del tipo penal de desaparición forzada (que es la estrategia utilizada por el Estado uruguayo en el juicio contra Álvarez y Larcebeu)³⁶ es la consideración de la aplicación de este tipo penal de forma selectiva, que decreta el desamparo de la ley de “amnistía” a los presuntos autores que tuvieron mayor responsabilidad dentro del aparato estatal utilizado como una “organización criminal” o “terrorista”.

Antes de ingresar al comentario de la sentencia y de analizar la redacción del tipo penal de desaparición forzada de personas establecido en el ordenamiento jurídico penal uruguayo, corresponde hacer algunas consideraciones generales. La totalidad de los crímenes de lesa humanidad tipificados por la ley 18026 de 2006 ha prescindido de los elementos de contexto, que son un componente básico para la comprobación de un crimen de lesa humanidad, según el patrón de valoración internacional³⁷. No podemos detenernos en el análisis detallado de cada uno de

³³ En tanto “las leyes penales que configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia” (cfr. C. P., art. 15).

³⁴ En cuanto a lo formal, se recurrió al aumento de un tercio del plazo de prescripción con base en el concepto de *peligrosidad* (cfr. C. de P. P., art. 123).

³⁵ La sentencia sugiere la imputación de un *homicidio político* (cfr. ley 18026, art. 20) que luego descarta por los mismos fundamentos de aplicación retroactiva de la ley penal en perjuicio del reo.

³⁶ Lo decimos en estos términos, porque para la persecución de este crimen el poder judicial tuvo que pasar por el “filtro” del poder ejecutivo, en aplicación de la ley de “amnistía” (cfr. ley 15.848, art. 3).

³⁷ Véase que durante la discusión del ER los elementos de este tipo de crímenes fueron arduamente discutidos, justamente por la ambigüedad que caracterizaba a tales delitos en la normativa internacional. En ese sentido, la concreción de los elementos del tipo de estos crímenes era esencial desde un punto de vista del principio de legalidad. Cfr. DARRYL ROBINSON, “The Elements of Crimes against Humanity”, en Roy S. Lee (Ed.), “The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence”, Ardsley, Transnational Publishers, 2001, págs. 58 y ss. Estos elementos son esenciales, para la interpretación de la CPI de los crímenes tipificados en los artículos 6° a 8° ER (cfr. ER, art. 9°). En el art. 7° ER se definieron elementos generales o contextuales que deben existir para considerar de lesa humanidad un acto; y por otra parte, define las conductas específicas que en caso de reunir dichos elementos generales pueden ser calificadas de crímenes de lesa humanidad. Cfr. MARÍA TORRES PÉREZ, *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, págs. 110 y ss. Las conductas espe-

estos, porque lo que aquí importa subrayar es que la ley 18.026 no respeta los *elementos generales* o *de contexto* a la hora de tipificar los crímenes de lesa humanidad³⁸ y tipifica tales crímenes como *actos aislados de determinados autores*³⁹.

cíficas tipificadas en el art. 7º ER tienen que darse dentro de los elementos generales o de contexto: a) comisión dentro de un ataque generalizado, b) comisión dentro de un ataque sistemático, c) contra una población civil, d) con conocimiento de dicho ataque, e) relación de causalidad entre los actos del acusado y el ataque.

³⁸ Este crimen solo puede ser cometido de forma generalizada o sistemática, ya sea por cumplimiento de una política o plan de acción, o mediante un ataque que cause una cantidad de víctimas de la población civil. Esa política no tiene por qué manifestarse explícitamente en una norma escrita, como sucedió con el decreto *Nacht und Nebel*, sino que puede ser una política constante de un sistema de terror estatal. Parte de la doctrina sostiene que el crimen de desaparición forzada tiene su origen en el decreto *Nacht und Nebel* de Hitler, de 07.12.1941, que permitía el arresto y la desaparición de los opositores al régimen como si se desvanecieran “en la noche o en la niebla”, sujetos de los que no se brindaría ninguna información sobre su paradero a efectos de intimidación de la población. Cfr. STEFANO MANCINI, “I Crimini contro l’umanità”, en Enrico Mezzetti (Ed.), *Diritto Penale Internazionale, II Studi*, Torino, Giappichelli Editore, 2006, pág. 212, nota de pie 66; ANA MOLINA, “La desaparición forzada de personas en América Latina”, en *Estudios básicos de Derechos Humanos VII*, San José, IIDH/ASDI, 1996, pág. 65, nota de pie 1. El cenit de la comisión de este crimen solo se produjo con las dictaduras militares en Latinoamérica. En Uruguay la criminalidad de Estado aplicó la política de “desaparición de enemigos” tanto por acciones como por omisiones, en cuanto puede darse en el caso concreto por acciones determinadas (identificar determinadas víctimas entre el movimiento obrero, estudiantil, político o guerrillero para que sean el objeto material del crimen, privarlas de libertad), o por omisión de determinadas personas de no impedir la comisión de tales acciones, cuando se tuvo conocimiento (o se debió haber tenido) y existía tanto la obligación de impedir como la capacidad de hacerlo.

³⁹ En cuanto a los denominados “actos aislados”, véase que ellos son elevados a la categoría de crímenes de lesa humanidad en exclusiva atención del sujeto agente. Cfr. críticamente, PABLO GALAIN PALERMO, “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, 2007, págs. 494 y ss.; MIGUEL LANGÓN, *Código penal y leyes penales complementarias de la república oriental del Uruguay*, t. II, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2007, págs. 58 y ss. Este hecho significa que la ley 18026 forma parte de una concepción político-criminal de expansión de la punibilidad, que bien puede enmarcarse en una política de lucha contra determinados enemigos y una clara manifestación en favor del derecho penal de autor, elevando a la categoría de crimen de lesa humanidad lo que en puridad de conceptos es un delito común cometido por un funcionario policial o militar contra personas detenidas o privadas de libertad. Véase que aquello que distingue a los crímenes de lesa humanidad de los delitos comunes, por más atroces que ellos sean, no es el sujeto activo sino la condición colectiva de la víctima o sujeto pasivo: la humanidad. Cfr. MIREILLE DELMAS-MARTY, *Tres desafíos para um direito mundial* (trad. de Hassan Choukr), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pág. 185. Estos aspectos fueron considerados en la sentencia de primera instancia: “La ocurrencia de delitos —cada uno violando [sic] gran cantidad de derechos humanos— cometidos durante el gobierno *de facto*, en el marco del terrorismo de Estado y en forma sistemática, masiva, planificada, como la desaparición forzada, los homicidios, las torturas, las prohibiciones de derechos políticos, sociales y gremiales, la libertad de expresión, la violación a la libertad ambulatoria, etc., comprenden las prácticas que el derecho internacional considera «crímenes de lesa humanidad», crímenes imprescriptibles y cuyo juzgamiento es irrenunciable por todos los Estados”. En cuanto a la especial gravedad que deben tener los crímenes de lesa humanidad, cfr. MICAELA FRULLY, “Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?”, en *EJIL*, 2001, vol. 12, 2, pág. 349.

El caso que se juzga en Uruguay cumple con los elementos generales materiales exigidos por el artículo 7° del ER⁴⁰, por haberse tratado de conductas cometidas en forma reiterada⁴¹, en el marco de una política sistemática de ataques para infundir terror en la población civil⁴². El tipo penal uruguayo (art. 21), sin embargo, prescinde de tales “elementos de contexto”, haciendo más amplia la aplicación de este crimen que en el orden internacional. Por ello, en lo que hace relación a los aspectos subjetivos, según las pautas del artículo 18 del Código Penal es suficiente para probar el dolo de los militares uruguayos enjuiciados, que ellos tuvieran la intención de “hacer desaparecer” por medio de *privar de libertad a una persona y negar brindar información sobre la situación de la víctima*, poniéndola fuera del ejercicio de sus derechos⁴³.

⁴⁰ Estos elementos exigen la existencia de un ataque, un vínculo entre los actos del agente y el ataque, que sea un ataque generalizado o sistemático, que el objeto del ataque sea una población civil y que el agente tenga conocimiento de la producción de dicho ataque. Estos elementos ya habían sido identificados por la jurisprudencia del TPY, Appeal Judgment, Case IT-96-23 & IT-96-23/1/A, Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković, 12 de junio 2002, párr. 85.

⁴¹ El ataque requiere un componente de violencia o de cualquier forma de maltrato contra la población civil, por lo que basta con ejercer una presión sistemática o general de conformidad con una política de Estado. Lo cual significa que no se requiere una naturaleza militar del ataque, sino de la promoción del ataque general o sistemático contra la población civil. Descarta cualquier ataque de un individuo aislado que no tenga relación con los ataques organizados propios de esa política de Estado. Cfr. TORRES PÉREZ, *La responsabilidad internacional*, cit, págs. 112 y ss.

⁴² Cfr. KAI AMBOS y STEFFEN WIRTH, “El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad”, en KAI AMBOS, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pág. 209; EDOARDO GREPPI, *I crimini di guerra e contro L'Umanità nel diritto internazionale. Lineamenti generali*, Torino, Utet, 2001, págs. 112 y ss. La CPI no ha definido todavía lo que se entiende por “población civil”; sin embargo, de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* surge que serían todos aquellos no combatientes. *Ibid.*, págs. 124 y ss. En el caso uruguayo, las víctimas no podían ser consideradas combatientes, sino que se trataba de personas que la dictadura consideraba “enemigos internos” bajo la clasificación de “sediciosos” o “subversivos”, sin que quede claro qué condiciones debía reunir una persona para ser catalogada “enemigo interno”. Si bien el término “sedicioso” puede ser derivado de aquel que atenta contra el orden institucional, véase que “subversión sería el conjunto de aquellos factores ajenos al estilo de vida autóctono y a la básica escala de valores morales, que deterioran el ordenamiento institucional, moral y económico nacional”. Cfr. JULIO MARÍA SANGUINETTI, *La agonía de una democracia. Proceso de la caída de las instituciones en el Uruguay (1963-1973)*, Montevideo, Taurus, 2008, pág. 318.

⁴³ La conciencia y voluntad de cometer el delito exigido por la normativa uruguaya para los comportamientos dolosos no exige la conciencia sobre los elementos de contexto. En cuanto al elemento subjetivo, LANGÓN solo acepta el dolo directo en los crímenes tipificados por la ley 18026, cfr. LANGÓN, *Código Penal*, cit., pág. 70. En la figura nacional no se exige la intención de cometer el ataque y la conciencia de que su ataque forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra esa población civil. En el caso concreto de los militares con poder de mando, aun sin que sea necesario probar que los acusados dieron órdenes concretas o que tenían conocimiento de todas las características del ataque o detalles concretos de las desapariciones forzadas, basta para configurar el dolo directo que ellos tuvieran la voluntad y la consciencia de tomar parte de la desaparición forzada de los opositores al régimen dictatorial desaparecidos por el accionar de las fuerzas subordinadas a su mando. Véase sobre el elemento subjetivo, TPY, Appeal Judgment, Case IT-94-1-A, Prosecutor vs. Duško Tadić, 15.07.1999, págs. 270 y ss.

2. No solo en cuanto a la ausencia de los elementos de contexto se diferencia el tipo penal del artículo 21.1 de la ley 18026 de la formulación del ER; acerca de los autores, la norma uruguaya se limita a incriminar a los agentes estatales o cualquier individuo con el consentimiento de uno o más agentes del Estado (*particular devenido en una especie de funcionario de hecho*), cuando en el ER también puede ser autor del delito una organización política⁴⁴.

3. La sentencia que se analiza no se detiene en la individualización del bien jurídico protegido por el tipo de desaparición forzada de personas, aunque focaliza el peso del injusto en la privación de libertad⁴⁵ que provoca una situación de *incertidumbre*⁴⁶.

En este comentario, entendemos que hay que determinar cuál es el bien jurídico que se protege, para que en un sentido teleológico pueda contestarse a la pregunta final: ¿cómo debería legitimarse la pena de este tipo penal tan polémico?⁴⁷. Para dicho efecto, y sin abandonar las exigencias dogmáticas de la teoría del bien jurídico, se entenderá, en principio, que se trata de proteger una pluralidad de bienes jurídicos individuales y las capacidades, seguridades o circunstancias (“realida-

⁴⁴ Organización política que la dogmática alemana acepta, siempre y cuando ella haya cometido los delitos asumiendo esencialmente funciones estatales. Dice GRAMMAR: “Die Verwicklung einer staatlichen Organisation ist zwingender Bestandteil der Definition; vor dem Hintergrund der jüngsten Erfahrungen von Neutralisierung staatlicher Gewalt stellt die Definition des Römischen Statuts dem zu Recht die Verwicklung «politischer Organisationen» gleich, sofern sie wesentliche staatliche Funktionen übernommen haben”. Cfr. CHRISTOPH GRAMMER, *Der Tatbestand des Verschwindenslassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, págs. 237 y ss.

⁴⁵ En su primera modalidad el tipo comienza a ejecutarse a partir de la privación de libertad: “tal y como está redactada la forma comisiva, el sujeto pasivo es la persona privada de libertad y no el desaparecido”. Dice la sentencia: “La defectuosa copia del Estatuto de Roma determinó que la hipótesis delictual quedara constituida por una suerte de privación de libertad calificada por la negativa a informar, omitiéndose poner el acento, enfatizar en que el sujeto pasivo debe estar «desaparecido»”.

⁴⁶ Por ello, el Tribunal da un paso más allá en el análisis del tipo objetivo e independientemente de cualquier problema de retroactividad de la aplicación de la ley penal, pone en tela de juicio la propia adecuación típica de los hechos a figura de la desaparición forzada de personas. Para diferenciar la desaparición forzada de personas del delito de privación de libertad, el peso del injusto se sitúa en la incertidumbre que apareja la desaparición, “es decir, no se sabe si la persona está detenida, donde está y si está viva [...] esto es, la incertidumbre referida a la existencia de una persona que abarca o comprende hasta la certeza de la detención misma”.

⁴⁷ En ese sentido, la mayoría de la literatura alemana y latinoamericana es de la opinión que solo se podrían criminalizar aquellas conductas socialmente dañosas para la convivencia social. Controvertido ha sido, sin embargo, qué es lo que debe entenderse por “conductas socialmente dañosas” (*sozialschädliche Verhalten*). Cfr. por todos WINFRIED HASSEMER y ULFRIED NEUMANN, “Vorbeurteilungen zu §1, Allgemeiner Teil”, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 1, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2005, nota marginal 108.

des”)⁴⁸ necesarias para el libre ejercicio de una vida social que asegure el libre ejercicio de los derechos humanos y la protección de estos⁴⁹.

La literatura internacional muestra una tendencia a relacionar lo protegido tanto con intereses difusos internacionales como también con bienes jurídicos colectivos aparentes⁵⁰, quizá debido a los innumerables derechos subjetivos y bienes jurídicos individuales involucrados⁵¹. Por ello, solo de manera secundaria se relaciona el bien jurídico con la protección de bienes jurídicos individuales⁵².

Somos de la opinión, sin embargo, de que la primera búsqueda se debe dar en un plano individual, no obstante dicha lesión y a modo de reflejo pueda —al mismo tiempo— significar un peligro para intereses sociales, como el Estado de derecho, el orden jurídico, la humanidad, etcétera. De la sola lectura del precepto legal es posible determinar —en un *primer nivel*— que la dañosidad social y por tanto, lo protegido se relaciona con la libertad, la integridad física, la vida, etc. En un *segundo nivel*, entonces, es posible individualizar un interés más amplio pero relacionado con los bienes jurídicos recién mencionados. Se trata, por un lado, de la capacidad individual o personal de ejercicio de los derechos de defensa para la salvaguarda de los bienes jurídicos del primer nivel y, por otro lado, desde una perspectiva colectiva, el interés de la sociedad en el normal funcionamiento de su administración de justicia. En consecuencia, la dañosidad social se entiende como la anulación de la *seguridad individual*, desde la perspectiva personal, y, desde la perspectiva de la sociedad —incluida la comunidad internacional— la anulación de la capacidad de la *administración de justicia* de ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de brindar protección.

⁴⁸ Cfr. ROLAND HEFENDEHL, *Kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2002, pág. 28.

⁴⁹ En este mismo sentido, cfr. CLAUS ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en Hefendehl, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, págs. 448.

⁵⁰ Cfr. OTTO TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i. B, Eberhard Albert Verlag, 1966, págs. 177 y ss.; 199 y ss.

⁵¹ *Ibid.*, págs. 201 y ss.

⁵² En esta tendencia se puede encontrar a TRIFFTERER, en cuya opinión lo protegido debería ser la existencia y la independencia de los Estados, la paz internacional y la seguridad de la humanidad tanto como los derechos humanos frente a lesiones que son capaces de poner en peligro o perturbar, a lo menos indirectamente, dichos bienes jurídicos. *Ibid.*, pág. 205. Dicha propuesta, sin embargo, trae aparejada un sinnúmero de complicaciones, principalmente relacionadas con la dificultad de imputar la lesión o el peligro a una conducta individual, como se ha tipificado a los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento penal uruguayo.

El tipo penal en estudio constituye un tipo penal pluriofensivo⁵³, que abarca la protección de la *seguridad individual*⁵⁴ y el *correcto funcionamiento de la administración de justicia*⁵⁵.

4. El legislador parece haber creado un delito especial en cuanto dice: “El que [...] siendo agente del Estado” y “El que [...] sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado”: construye un tipo penal que solo puede ser realizado por determinados autores.

De la simple lectura del tipo parece que la primera modalidad recogida en el artículo 21 fuera una combinación entre una acción y una posterior omisión, modalidad activa que requiere la privación de libertad seguida de la posterior negativa a brindar información, o lo que es lo mismo, el ocultamiento de parte del agente infractor, del paradero o situación de su víctima (omisión de lo que manda la norma), recogida de los distintos instrumentos internacionales que tipificaron el delito de desaparición forzada de personas⁵⁶.

La segunda modalidad del artículo 21 es omisiva, una creación auténtica del legislador uruguayo que parece extender el mandato de brindar información a cualquier agente de Estado (o particular con su autorización, apoyo o aquiescencia) que sin haber participado de la privación de libertad conozca sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, el paradero o suerte de la víctima⁵⁷.

⁵³ En líneas similares, GONZALO MEDINA, *La desaparición forzada de personas como forma calificada de detención ilegal cometida por funcionario público*, Santiago, Universidad de Chile, 2001, págs. 292 y ss.

⁵⁴ El concepto de *seguridad individual* debe ser entendido como el conjunto de derechos subjetivos y de capacidades defensivas de todo individuo frente a otros individuos y frente al Estado, para poder ejercer la defensa de los *derechos inherentes a la personalidad humana* (cfr. Const. Pol., arts. 7°, 10, 72 y 332).

⁵⁵ Concepto que debe ser interpretado como la anulación de la capacidad de la *administración de justicia* de ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de brindar protección a los individuos.

⁵⁶ Preámbulo de la Resolución 47/133 Asamblea General ONU, 18.12.92 (Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas); Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la OEA, Belén (Brasil), 09.06.1994; ER (art. 7.2.i).

⁵⁷ Frente a esta segunda modalidad de desaparición forzada, creemos que asiste razón a LANGÓN cuando dice que en los hechos se trata de una “forma especial del delito de omisión de funcionarios de denunciar delitos (C. P., art. 177) [...] como si el juez o el policía que no interviene ante un delito de homicidio, fuera imputado no por omitir denunciar (C. P., art. 177), sino por el homicidio propiamente dicho (C. P., art. 310)”. Como bien dice LANGÓN, en estos casos de omisión propia “la omisión de informar se transforma en acción de desaparecer” (cfr. LANGÓN, *Código Penal*, cit., pág. 77) sin ninguna limitación de los posibles sujetos activos “que llega a todo el espectro de funcionarios públicos y aun personas que sin serlo pudieron actuar con su apoyo” (la única limitación viene dada por el supuesto conocimiento de que los posibles sujetos activos deban tener respecto a la situación de la víctima. *Idem*). Esta modalidad aparece como todo un exabrupto del

Parece que esta segunda modalidad del tipo estuviera construida como un delito de infracción de deber, que como delito especial solo sería aplicable a los agentes de Estado (y a los *particulares* debidamente autorizados, como si se tratara de un funcionario de hecho). De esta forma, esta segunda modalidad del artículo 21 no hace otra cosa que elevar a la categoría de crimen de lesa humanidad lo que parece ser un delito de infracción de un deber autónomo: *la omisión de denunciar un delito*, que ahora rige no solo para funcionarios públicos (agentes del Estado), sino también para particulares considerados en el caso como si fueran funcionarios de hecho⁵⁸. Sin embargo, como se verá más adelante, la infracción del deber que se ha tipificado difiere de la simple omisión de denunciar un delito.

5. Como se pone de manifiesto en la sentencia de segunda instancia, el tipo penal en cuestión parece conducir a un problema de *inaplicabilidad* que tiene relación con la prohibición de autoincriminación⁵⁹. En la primera modalidad el tipo penal crea una aparente confusión entre la prohibición de hacer y la obligación de hacer, como si se tratara de un delito comisivo que no se consuma, sino que su ejecución deriva en un delito omisivo, que sería el que finalmente determinará el momento de consumación del delito, como si se tratara de una privación de libertad agravada⁶⁰. Su injusto penal se compone de la aparente fusión entre la violación de una prohibición (privar de libertad) y el incumplimiento de un mandato (brindar información sobre el privado de su libertad)⁶¹.

La primera modalidad del tipo exige una privación de libertad a una persona seguida de la negación a brindar información sobre el paradero de la víctima. Aquí pare-

legislador uruguayo, frente a la que LANGÓN sugiere que podría tratarse de la figura de encubrimiento de un delito de homicidio (*Ibid.*, pág. 79) e insiste en que la desaparición forzada de personas no es otra cosa que una modalidad especial de homicidio muy especialmente agravado (C. P., art. 312.5) o de encubrimiento de homicidio.

⁵⁸ Véase que a partir de la ley 18.026 el sistema uruguayo cuenta con una obligación genérica de brindar información (omisión o negación) ante la comisión de cualquier situación de desaparición forzada de una persona, cuando se trate de un *agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado*.

⁵⁹ Allí se dice que será merecedor de una pena el que “*procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte*”.

⁶⁰ Como ya se ha propuesto en algún trabajo, cfr. MEDINA, *La desaparición forzada de personas*, cit., págs. 291 y ss.

⁶¹ Véase que más allá de esta extraña sumatoria de comportamientos comisivos y omisivos que tienen que darse en forma consecutiva para configurar el injusto, según el empleo del término “seguido de”, parece que el tipo objetivo concentrara el núcleo del injusto en el incumplimiento del mandato de brindar información y no en la privación de libertad. Esta formulación del injusto atentaría contra la propuesta de considerar la desaparición forzada de personas una figura que solo agrava el delito de privación de libertad.

ce que el tipo exigiera una acción o, si se quiere, la creación de un riesgo relacionado con determinado bien jurídico (libertad de movimiento). Sin embargo, téngase en cuenta que la privación de libertad puede ser ilegítima o legítima (esto a la norma le es indiferente), porque la *ratio legis* no es evitar una privación de libertad (que ya se prohíbe en el art. 281 del C. P.), ni exigir a los funcionarios públicos la denuncia de los delitos sobre los que tuvieren conocimiento (mandato del art. 177, *id.*), sino que lo que pretende la norma es *evitar la omisión de un mandato* de parte de aquellos agentes del Estado (o *particulares* que actúen con la autorización, el apoyo o aquiescencia de agente estatal) que han realizado una privación de libertad en forma previa. El mandato es otro distinto del de denunciar delito porque *exige a determinados autores evitar la desaparición forzada de personas que están privadas de la libertad*.

En la segunda modalidad del tipo⁶² la obligación de brindar información puede legitimarse cuando se trata de funcionarios públicos que tienen un deber específico de colaboración para evitar el *encubrimiento* de un delito cuando han tenido conocimiento de la infracción, obligación que ya figura en el ordenamiento uruguayo de forma autónoma (cfr. omisión de los funcionarios en proceder o denunciar delitos, art. 177, C. P.), pero no correspondería esta legitimación (distinta de la situación del autor del delito de la primera modalidad del tipo), cuando se tratara de un *particular*, que ninguna obligación tiene de autoincriminarse⁶³.

⁶² “[...] o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte [...]”.

⁶³ Como hemos dicho en otra parte, “no está mal que el derecho penal fomente el arrepentimiento y el desistimiento de las conductas delictivas; lo que es inadmisibles es que las exija”. Cfr. GASTÓN CHÁVEZ y PABLO GALAIN PALERMO, *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Uruguay*, de próxima publicación por el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania. Véase que en lo que hace relación al particular solo se puede exigir esa obligación de *brindar información* en el contexto genérico de un mandato que exige una intervención activa para impedir un delito o para promover su persecución, que a diferencia de otros ordenamientos jurídico-penales, en Uruguay no existe de modo general. Como sucede en el ordenamiento penal español con el art. 450 CPE, donde cualquier persona queda obligada por el hecho de tener “posibilidad de intervención”, sin que por ello se trate de un deber específico. Cfr. ESTEBAN SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granda, Comares, 1999, págs. 44 y ss. Pero téngase presente que si aun existiera una norma de este tipo, ella solo permitiría imputar la desaparición forzada como si se tratara de un delito de omisión propia. Este delito tiene naturaleza de omisión propia o pura, y por ello, la responsabilidad por omisión se limita al reproche de la no actuación, “la simple inactividad del sujeto, sin que se llegue a extender su responsabilidad al delito no impedido”. Cfr. PEDRO RUBIO LARA, *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Madrid, Editorial Derecho Reunidas, Universidad Complutense de Madrid, 2003, pág. 85. El ordenamiento penal alemán también cuenta con un delito similar en el 138 StGB, un deber de denunciar los delitos graves planeados cuando se tiene conocimiento de ellos, que como consecuencia penal no implica una responsabilidad por el resultado no evitado mediante la denuncia correspondiente. Cfr. CLAUS ROXIN, “Injerencia e imputación objetiva” (trad. de Raúl Pariona), en *La Ley*, RP, 19, España, 2007, pág. 154. Sobre el tema en lo que hace relación al sistema uruguayo, cfr. CHÁVEZ y GALAIN PALERMO, *Strafbare Mitwirkung*, *op. cit.*

6. Una cuestión debatida en ambas sentencias es la difícil tarea de determinar el momento consumativo del tipo. Para ello plantearemos cuatro soluciones posibles (especialmente para la modalidad primera del art. 21), indicando sus correspondientes ventajas o inconvenientes, independientemente de la consideración del tipo penal como delito especial de lesión de un deber (cuarta interpretación), que en nuestra opinión, sería la interpretación más conveniente.

Una *primera interpretación* corresponde en exclusiva a la primera modalidad del tipo penal que combina este *hacer previo* (*privación de libertad*) con la *omisión de brindar información* (núcleo del injusto)⁶⁴. A propósito del comienzo de ejecución del tipo penal, esta modalidad activa indicaría que el tipo se comenzara a ejecutar con la privación de libertad y que la consumación se produciría en el instante en que por primera vez se negara la situación de “desaparición” de la víctima o se ocultara el paradero del desaparecido⁶⁵. De esta manera, el crimen se consuma de modo instantáneo pero mantiene sus efectos de modo permanente.

La condición de delito permanente solo influye al momento de la prescripción, “que solamente podría operar desde la fecha del cese de la actividad perturbatoria; en este caso, cuando se establece el destino o paradero de la víctima”⁶⁶. En ese sentido, el tipo penal del artículo 21 no resuelve las dudas acerca del momento de ejecución y consumación del delito cuando simplemente determina que la permanencia del crimen de desaparición forzada depende del esclarecimiento del destino o del paradero de la víctima. Esta exigencia del tipo, entonces, no tiene que ser interpretada como que el delito se sigue consumando mientras no se conozca el destino de la víctima, sino que ella es relevante en cuanto al cómputo del plazo de prescripción, que no se puede empezar a contar hasta que desaparezca el efecto antijurídico pretendido por el autor, esto es, la desaparición permanente de la víctima.

Del análisis de la sentencia se aprecia que el problema más grave que trae aparejado la imputación penal del crimen de desaparición forzada tiene que ver con la aplicación de un tipo penal que al momento del comienzo de ejecución del hecho no estaba vigente. La jurisprudencia se ha centrado en el problema que guarda relación con la exigencia de *lex praevia* para que no se lesione el principio de legali-

⁶⁴ La doctrina no descarta la posibilidad de que en los hechos puede llegar a producirse una especie de *concurso real* entre una comisión previa (privación de libertad) y una omisión (no indicar el paradero de la víctima), porque si se piensa en la desaparición forzada de personas ambas “conductas” deben darse en forma sucesiva, en cuanto típicamente ninguna de las dos (por sí sola) agota el *desvalor* del hecho. Sobre el tema, cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Grijley, 2004, pág. 26.

⁶⁵ De esa opinión, GIOVANNA VÉLEZ, *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Fondo Editorial, 2004, pág. 133. Según esta autora, se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes, de modo que el delito se consuma de modo instantáneo, mientras que lo permanente es el estado antijurídico de la desaparición. *Ibid.*, págs. 134 y ss.

⁶⁶ *Ibid.*, págs. 135.

dad, negando en líneas generales que ello pueda ser superado mediante la aplicación en el ordenamiento nacional de un principio de legalidad internacional⁶⁷.

El juez y el fiscal de la sentencia de primera instancia entienden que este crimen que comienza con la privación ilegítima de la libertad de la persona no deja de ejecutarse hasta que se informe el paradero de la víctima⁶⁸.

Frente a esta interpretación exegética se debe discordar, porque el peso del injusto no puede recaer en la circunstancia accidental de la aparición con vida de la víctima o de que brinde cualquier persona algún tipo de información sobre el paradero de la víctima, cuando estas circunstancias escapen de la esfera de dominio del autor.

Téngase en cuenta que la norma uruguaya ni siquiera exige un propósito determinado, en cuanto dice “y por cualquier motivo” se haga desaparecer a una persona. El problema en cuanto a la consumación de este tipo permanente no reside en la determinación del momento de la privación de la libertad, es decir, en responder en qué momento la persona es privada de libertad (este solo es el comienzo de ejecución del tipo en la modalidad primera, entendida como una combinación entre una acción y una omisión), sino que la pregunta que hay que responder es: *¿en qué momento el privado de libertad desaparece?*

La desaparición forzada de la víctima se produce en la primera oportunidad en que el autor “hace desaparecer” a la persona privada de libertad (omitiendo brindar información), lo que se consigue cuando aquel sustrae a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa de ellos y la pone en una situación de “desaparición actual” (por ejemplo, cuando se le impide ejercer el derecho constitucional de *habeas corpus*, cfr. Const. Pol., art. 17). En ese mismo momento el agente no solo lesiona la seguridad individual de la víctima, sino que le impide a la administración de justicia ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección de los individuos.

En la segunda modalidad, la primera negativa a informar es el momento del comienzo de ejecución de la desaparición forzada (que no se debería contar desde la privación de libertad) y de consumación del delito, que se comprueba según los plazos constitucionales o legales que exigen a todo funcionario público poner en conocimiento del juez competente la situación de cualquier persona detenida o privada de la libertad en sede administrativa. Si el delito no se consumara en ese

⁶⁷ Cfr. JOSÉ LUIS GONZÁLEZ y PABLO GALAIN PALERMO, “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, 2008, págs. 324 y ss.

⁶⁸ Como se ve, el juez y el fiscal uruguayos, siguiendo una línea de interpretación exegética, consideran el tipo objetivo de ejecución permanente (cfr. art. 21.2), permanencia que no deriva de la posibilidad de dominio del hecho del autor sino de una circunstancia que no depende de su exclusiva esfera de control.

plazo (v. gr. a las 24 o 48 horas a partir de la detención, cfr. Const. Pol., art. 16; C. de P. P., arts. 118, 124), en la primera modalidad, por ejemplo, no sería ineliminable la tentativa.

Según esta interpretación, en la modalidad primera del tipo de desaparición forzada lo que permanece en el tiempo no es la ejecución del tipo penal, sino los efectos procurados de “hacer desaparecer” a una persona en forma indefinida o permanente⁶⁹.

Como puede apreciarse, una interpretación de este calibre se enfrentará a dos pilares del derecho penal garantista, porque ella: a) no supera el duro escollo del *principio de irretroactividad* de la ley penal⁷⁰; y b) contradice a la *prohibición de auto-incriminación* (*nemo tenetur se ipso accusare*)⁷¹.

⁶⁹ Algunos llegan a confundir la naturaleza del delito permanente con el delito continuado. Según PÉREZ-LEÓN “la naturaleza de delito continuado o permanente de la desaparición forzada de personas, es decir que su comisión continúa mientras no aparece la víctima”, cfr. JUAN PABLO PÉREZ-LEÓN, “Las desapariciones forzadas de personas en el derecho internacional contemporáneo”, en *AEDI*, XXIII, Pamplona, 2007, pág. 374. También el anteproyecto uruguayo que derivó en la sanción de la ley 18026 confundía al delito continuado con el delito de ejecución permanente, circunstancia que no fue tenida en cuenta en la redacción final del artículo 21 (desaparición forzada de personas). Cfr. GONZÁLEZ y GALAIN PALERMO, “Uruguay”, cit., pág. 322. Obviando la confusión entre delito permanente y delito continuado, cabe decir que la permanencia en la ejecución no depende de la aparición de la víctima sino de la continuidad del autor con el dominio sobre el hecho de la desaparición. El dominio del hecho debe ser actual y esto es lo que torna al delito de ejecución permanente y lo diferencia de un delito instantáneo de efectos permanentes. De otra opinión es VÉLEZ, según quien la desaparición forzada de personas es un delito instantáneo de efectos permanentes, que se consuma “con la primera negativa o desde la primera vez que se oculta información sobre el paradero de la víctima”. Cfr. VÉLEZ, *La desaparición forzada de personas*, cit., pág. 133. En anterior trabajo sostuvimos una tesis similar, en la que el delito se consuma con la primera negativa y permanecen los efectos de la desaparición, agotándose la figura delictiva cuando los delitos consigan el propósito o fin del delito que son los que brindan la noción de permanencia a la figura típica. Cfr. GONZÁLEZ y GALAIN PALERMO, “Uruguay”, cit., pág. 323.

⁷⁰ Sin embargo, en la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos *Kolk and Kislyiy vs. Estonia* se determinó que la deportación de civiles de parte de los acusados desde Estonia a la antigua Unión Soviética en 1949, condenados por la justicia de Estonia en 2003 por un crimen de lesa humanidad, no violaba el principio de irretroactividad. La sentencia de la Corte de Estrasburgo dice que esta condena no viola el principio de irretroactividad (cfr. art. 7º ECHR) con base en la previa existencia de normas y principios del derecho internacional reconocidos por las naciones civilizadas y por la comunidad internacional (cfr. art. 6(c) Carta de Núremberg y principios de Núremberg, AGONU, Res. 95(1) de 1946). Los tratados de derechos humanos indican que una conducta puede ser perseguida penalmente si ella hubiese estado prevista en el ordenamiento nacional o internacional. En ese sentido “even if an act is lawful under national law, but punishable under international rules, its perpetrator may be prosecuted by a foreign or international court (or his own national court, after a change in regime or legislation) [...] when only international criminal rules are at stake, or when those rules conflict with national criminal law, the requirements of accessibility and foreseeability may legitimately diminish to the point of fading away”. En los casos en los que hay conflicto entre un ordenamiento nacional y los valores internacionales que sostienen la dignidad humana, deben prevalecer estos últimos en detrimento de la exigencia de previsibilidad y accesibilidad del *nullum crimen* y del derecho penal. Cfr. ANTONIO CASSESE, “Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR”, en *JICJ*, 4, 2006, págs. 410 y ss., 417.

⁷¹ Sin embargo, esta contrariedad con la prohibición individual de autoincriminación podría verse matizada con el siguiente razonamiento de GASTÓN CHÁVEZ, que propone poner el acento del

7. El tipo penal admite otras interpretaciones en el ámbito exclusivo de los delitos de omisión, independientemente de la consideración del tipo como un delito de infracción de deber, que es la que en este trabajo se adoptará. En ese sentido ensayaremos una *segunda interpretación* del tipo penal en el ámbito de la comisión por omisión u *omisión impropia*⁷².

mandato normativo de brindar información para romper un silencio institucional antes que individual. Véase que la gravedad ontológica del crimen se basa en que el sujeto activo cuando comienza con la conducta criminal sabe de antemano que cuenta con un marco de protección que le brinda impunidad mientras no rompa el silencio institucionalizado de un Estado que se ha pervertido en el cumplimiento de sus funciones esenciales, hasta el punto de volverse “terrorista”. El tipo penal de la desaparición forzada pretende romper ese silencio y también con la falta de información que es el efecto inmediato a la desaparición física de la víctima. El silencio y la falta de información son la consecuencia inmediata que sigue a la desaparición, un silencio que está implícito en la estructura misma de la conducta criminal. Cuando el tipo penal expresa: “seguida de la negativa a informar”, la obligación de romper el silencio se dirige en mayor medida a la institución criminal que cobija al agente (o que autoriza y promete impunidad al particular), de modo que el incumplimiento de ese deber de “brindar información” es la confirmación del marco primario dentro del cual los sujetos activos acuerdan su participación. La norma en cuestión no pretende lesionar la prohibición individual de autoincriminación, sino que se trata de romper con un silencio institucional. La desaparición forzada de personas no es una privación de libertad simple, frente a la que ninguna norma penal puede exigir al “secuestrador” que se autodenuncie, sino que se trata de aquella privación de libertad que se produce como antecedente inmediato para “hacer desaparecer” mediante el silencio y la negación de brindar información, dentro de una estructura que se sostiene en la clandestinidad. El tipo penal responde a un determinado período histórico en el que se produjeron la totalidad de las desapariciones forzadas, donde lo relevante no es el silencio del individuo (que tiene el derecho constitucional de callar y hasta mentir en su propia causa), sino el silencio de las autoridades “organizadas como un aparato criminal para infundir terror”, en cuyo seno el individuo cumple órdenes, es autorizado a delinquir y se le garantiza el encubrimiento y la impunidad (a cambio de su silencio). La gravedad ontológica de la figura no radica en el ocultamiento que hace el agente individual de la víctima (su paradero actual o el destino que le ha venido en “suerte”), en la circunstancia de que el individuo (conforme a su derecho de no inculparse) niegue u oculte el paradero o destino de su víctima, sino que la gravedad del injusto reside en que toda la institución que promovió su actuación se mantenga omisa. Y este hecho ajeno de encubrimiento bien se puede poner “a cargo” del sujeto que comete el delito, dado que, precisamente, este hecho ajeno posterior es la concreción de la promesa anterior, que sirve de presupuesto de la actuación y justifica la gravedad de esta. Este hecho ulterior no hace sino confirmar el pacto o el entendimiento previo de la protección institucional hacia el agente, mientras se mantenga el silencio. El marco de silencio posterior al delito no es otra cosa que la confirmación de la promesa o del presupuesto con base en el cual se gesta el delito. Esta posición sería favorable a una imputación penal similar a la coautoría por promesa de encubrimiento (cfr. C. P., art. 61.2) en donde lo relevante es el silencio prometido con fundamento en el cual se actúa. Cfr. GASTÓN CHÁVEZ, *El delito de desaparición forzada de personas en el artículo 21 de la ley 18026: una interpretación alternativa*, trabajo inédito. Esta propuesta de CHÁVEZ, como puede verse, explica el núcleo del injusto del tipo penal de desaparición forzada de personas y quita el peso de la contradicción con el principio de prohibición de autoincriminación recurriendo a la coautoría por promesa de encubrimiento.

⁷² La omisión impropia o comisión por omisión es ampliamente aceptada en el sistema penal uruguayo por la cláusula de equiparación entre el comportamiento activo y el omisivo (cfr. C. P., art. 3). Para aceptar este tipo de comisión por omisión, habría que entender la norma no como si se tratara de una prohibición de “desaparecer personas” que luego se combina con un mandato de

Téngase en cuenta que una parte de la doctrina sostiene que en los delitos de comisión por omisión se aplican las mismas exigencias que en los delitos de comisión⁷³. Si la figura se pensara de ejecución permanente, no basada en la aparición con vida de la víctima o la divulgación de su paradero, sino con base en un deber de salvaguarda constante del bien jurídico⁷⁴, para su comprobación e imputación

“brindar información”, sino directamente como un mandato que obliga a determinados autores a “evitar la desaparición de personas”. A esta interpretación coadyuvaría la exigencia típica de considerar el tipo penal de *ejecución permanente* (no con base en la fortuita situación de aparición del desaparecido o de la localización de sus restos, como se interpretó en la sentencia de primera instancia), si se aceptara como válido que se trata de un incumplimiento constante del mandato de parte de los obligados a “evitar la desaparición de personas”. No obstante, ello resulta imposible si el delito se consuma con la primera negativa a brindar información y lo permanente fuera el estado antijurídico de desaparición.

⁷³ Como dice SILVA SÁNCHEZ, “los delitos de omisión expresan, en general, la ausencia jurídicamente desaprobada de una intervención necesaria para la salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros y están caracterizados por la idea de solidaridad. La *commissio per omissionem* (el delito de omisión impropia) constituye, en este marco, una figura bifronte: por un lado es comisión; por el otro, omisión. De la comisión activa la distingue el hecho el que en ella no exista un movimiento corporal que ponga en marcha un curso causal lesivo. De la omisión propia, el que en ella se dé una situación compleja en la que el sujeto ha asumido previamente el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos determinados [...] Así que cabe afirmar que concurre un control sobre el proceso causal que es idéntico en el plano normativo —esto es, en el nivel de las estructuras materiales de imputación— con el de la comisión activa”. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, cit., pág. 290. Pero también hay posición de garante (comisión por omisión) y responsabilidad del superior jerárquico que tenía la obligación de controlar las acciones de sus subalternos, y frente a la privación de libertad con dolo de “desaparición de la persona” no realiza ninguna acción salvadora del bien jurídico o de interrupción del nexo causal. Nuevamente SILVA SÁNCHEZ: “Mi idea es, sin embargo, que la omisión no crea el riesgo, sino que el incumplimiento del compromiso adquirido de contener riesgos que provienen de otras fuentes, fundamenta un dominio sobre el riesgo (que entonces se hace típicamente relevante) perfectamente idéntico al que se obtiene con la comisión activa. Prueba de que la omisión no crea el riesgo en los casos que aquí nos interesan es que la responsabilidad en comisión por omisión puede concurrir con una responsabilidad comisiva activa (de quien sí creó el riesgo). Si se permite, entonces, que el riesgo tenga lugar y se realice en el resultado, este último se imputa al omitente”. *Ibid.*, nota de pie 10 y pág. 291.

⁷⁴ Como prosigue el tipo penal “[...] seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte”. La doctrina italiana, en un sentido naturalístico, entiende que el delito de ejecución permanente es en esencia un delito omisivo, puesto que en los delitos de acción la consumación es instantánea. Cfr. ALBERTO DALL’ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente. Nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1950, págs. 199 y 204; UBALDO GIULIANI, *La struttura del reato permanente*, Padova, Cedam, 1967, pág. 142. GIULIANI habla de delitos permanentes propios e impropios; los primeros serían los delitos instantáneos con efectos permanentes y los segundos son una subespecie del delito omisivo. *Ibid.*, págs. 142 y ss. De otra opinión es GRISOLIA, que sostiene que todos los delitos permanentes son de comisión instantánea. Cfr. GIOVANNI GRISOLIA, *Il reato permanente*, Padova, Cedam, 1996, págs. 16 y ss., y 35.

habría que probar la voluntad⁷⁵ de este *autor especial*, el *dominio del hecho del autor*⁷⁶ y su posibilidad actual de impedir la lesión del bien jurídico⁷⁷, a cuyo impedimento ese autor está obligado⁷⁸. El tipo penal no obliga a cualquier autor sino a un *autor especial*, y para que se constituya la obligación de salvaguarda sobre el bien jurídico hay que entender que la *privación de libertad de la víctima es una condición necesaria del tipo de desaparición forzada* de personas y que la omisión posterior de brindar información constituye la parte central o núcleo del injusto, que tiene que ser interpretada dentro del contexto específico de salvaguarda y deber de protección que se le exige a quien se ha puesto a sí mismo en una *posición de garantía respecto a un determinado bien jurídico*⁷⁹.

⁷⁵ Según WEIGEND JESCHECK: “En los delitos permanentes el mantenimiento de la situación anti-jurídica creada por la acción punible depende de la voluntad del autor, de modo que en cierta medida el hecho se renueva permanentemente”. Cfr. WEIGEND JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Parte general (trad. de Olmedo Cardenote), 5ª ed., Granada, Comares, 2002, pág. 281. “El delito permanente viene también a constituir una unidad típica de acción en sentido estricto. A través [sic] de aquel se crea una situación antijurídica que el actor mantiene y con cuya continuación el tipo se sigue realizando ininterrumpidamente”. *Ibid.*, pág. 766. Como dice FIGUEIREDO DIAS: “O crime não será instantâneo, mas antes duradouro (também chamado, embora como menor correção, permanente) quando a consumação se prolongue no tempo, por vontade do autor. Assim, se um estado antijurídico típico tiver uma certa duração e se protrair no tempo enquanto tal for vontade do agente, que tem a faculdade de pôr termo a esse estado de coisas, o crime será duradouro. Nestes crimes a consumação, anote-se, ocorre logo que se cria o estado antijurídico; só que ela persiste (o dura) até que um tal estado tenha cessado”. Cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal*, Parte general, 2ª ed., t. I, Questões fundamentais a doutrina geral do crime, Coimbra, Coimbra ed. 2007, pág. 314. La totalidad de la doctrina uruguaya coincide en que en los delitos de ejecución permanente la comisión es actual con efectos duraderos en el tiempo. Se habla de una acción duradera (privar de libertad, retener, asociarse, etc.), que depende de la voluntad del agente durante toda su ejecución. Todos los momentos de su duración pueden ser consumación, lo que consiste en un estado de consumación dilatado en el tiempo. En el caso del crimen de desaparición forzada, la perduración del estado antijurídico no depende de la aparición con vida de la víctima; este hecho no está ni puede estar bajo el exclusivo dominio del autor. Lo antijurídico permanece en el tiempo, porque el autor es el único que puede brindar la información acerca del paradero de la víctima y sobre esta obligación que impone la norma, es el autor quien tiene la potestad de decidir voluntariamente si interrumpe la ejecución y el estado de antijuridicidad permanente.

⁷⁶ De todos modos, véase que el hecho de la aparición con vida o de los restos mortales de la persona desaparecida por obra de terceros (policía, poder judicial, etc.) interrumpiría el dominio del hecho del autor y la permanencia de la ejecución.

⁷⁷ Dominio del hecho que ROXIN admite también en los delitos de omisión entendido como “posibilidad de intervención”, interpretado por el BGH como posibilidad de impedir el resultado. En definitiva, en estos casos el dominio del hecho pertenece a aquel que tiene la posibilidad real de impedir el resultado. Cfr. JAVIER SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, pág. 51.

⁷⁸ Esto también es reconocido por la doctrina italiana, a cuyos autores se refiere constantemente parte de la doctrina y casi la totalidad de la jurisprudencia uruguaya. En ese sentido, LEONE ya exigía en la primera mitad del siglo XX una diferenciación entre la permanencia del evento y la de la conducta, siendo esta la decisiva para ponerle fin al delito permanente. Cfr. GIOVANNI LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Nicola Jovene Editori, 1933, pág. 462.

⁷⁹ Siguiendo esta interpretación, el núcleo central del injusto de la desaparición forzada residiría en la omisión permanente y actual de no brindar información cuando se tuviera un dominio y cono-

Interpretando al tipo penal de esta forma, tanto para los agentes del Estado como para los que sin ser agentes públicos (*particulares*) tienen *la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado*, la omisión del deber de salvaguarda sería permanente y la lesión del bien jurídico individualizado como seguridad individual y normal funcionamiento de la administración de justicia actual y no implicaría una lesión del principio de legalidad (a partir del 04.10.2006, fecha de la publicación en el D. O. de la ley 18.026).

8. Sin embargo, si nos referimos a los exclusivos criterios brindados por la legislación uruguaya, esta interpretación no sería dogmáticamente correcta. Téngase en cuenta que en los casos que investiga la justicia penal uruguaya, el *comienzo de ejecución es previo a la tipificación de la conducta y de la pena*⁸⁰, por más que se aceptara que el tipo penal luego y hasta el día de hoy se siguiera cometiendo por omisión. Por otra parte, en lo que tiene que ver con la constitución de la *posición de garante por inferencia*, el hacer precedente de los autores y partícipes se produce en un momento previo a la existencia de la prohibición, por lo que tampoco se puede exigir una falta de motivación en una norma que no existía como tal⁸¹. Es decir, tampoco la inferencia que da lugar a la posición de garante tendría un respaldo normativo previo.

cimiento cierto sobre el estado de desaparición de la víctima, por haber participado de la privación de la libertad de esta. Este conocimiento vendría dado por la autoría (directa o mediata, cfr. C. P., art. 60), la inducción (cfr. C. P., art. 61.1, el sistema uruguayo considera coautor al inductor) o la participación (coautoría, complicidad, cfr. C. P., arts. 61 y 62) en la privación de libertad de la víctima, *hacer precedente* que pone a determinados sujetos en una posición de garantía respecto al bien jurídico por *inferencia*. La regla en cuanto al problema de la inferencia es la siguiente: “quien origina un riesgo especial tiene que cargar también con deberes de salvamento”. Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Acción y omisión en derecho penal* (trad. de Sanfíz Rey y Vera Sánchez), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 18. Esta interpretación limita el núcleo de posibles autores de este delito, a contrario de la norma extensiva y de responsabilidad objetiva que se tipifica en la segunda modalidad del artículo 21. La privación previa de la libertad sería en este caso solo una condición del tipo penal de desaparición forzada, que sirve de precedente a la omisión de actuar que no impide la lesión del bien jurídico seguridad individual y normal funcionamiento de la administración de justicia.

⁸⁰ También los elementos de contexto que caracterizan a los crímenes de lesa humanidad y dentro de cuyo marco se cometieron los hechos (ataque sistemático o masivo contra la población civil), si ellos fueran exigidos por la norma uruguaya.

⁸¹ Aun si se entiende la constitución de la posición de garante tal cual lo hace la más moderna doctrina alemana, en el caso de la inferencia, “como forma de expresión de la posición de garante por control”, “la simple causalidad del actuar precedente —que inicialmente era la razón para la configuración de esta posición de garante— no puede fundamentar un deber de evitación del resultado”, porque no es correcto “derivar deberes jurídico-penales de simples hechos del «ser» [...]”, se necesitaría de criterios jurídicos para delimitar el número de posibles autores por criterios distintos de la mera causalidad. En ese sentido, autores como RUDOLPHI exigen “una acción precedente antijurídica”, mientras que otros se contentan con una acción precedente especialmente peligrosa, “ubicando el deber de garante en la relación final de protección entre acción precedente y resultado”. Cfr. ROXIN, “Inferencia e imputación objetiva”, cit., págs. 154 y ss.

Este problema solo tiene solución acudiendo a una fundamentación basada en el derecho penal internacional⁸² y la existencia de normas superiores en el ordenamiento uruguayo⁸³, que por la gravedad de la conducta contra un interés de toda

⁸² De todas formas, téngase en cuenta que frente a este tipo de conductas tan graves que afectan toda la comunidad internacional, lo que tiene real importancia es contradecir por medio del derecho el sentido de la conducta, el hecho en sí mismo considerado de poner en riesgo a la propia especie humana, utilizando el aparato de Estado para tal cometido. Lo que es relevante para la subsistencia de una sociedad y de toda la humanidad es que ocasionar la muerte de al menos una persona con un objetivo de exterminio o dominación, o que la privación de libertad permanente sin brindar noticia del paradero (la desaparición física llevada a cabo por agentes estatales), sean considerados en todo tiempo y lugar un crimen y que sus autores no sean amparados jurídicamente. Lo que hace a la esencia del derecho penal como medio de control social no es que el hecho o la conducta de dar muerte con un objetivo de exterminio o dominación reciban en Uruguay, Afganistán, Estados Unidos o Alemania la calificación jurídica de *homicidio* (simple o muy especialmente agravado) o de *genocidio*; o que en el segundo caso, la privación de libertad y la desaparición de una persona sin que se brinde ninguna noticia de su paradero reciban la calificación jurídica de *delito de privación de libertad* o de *crimen de desaparición forzada*. Lo esencial para el derecho penal internacional es la protección del bien jurídico tutelado (la humanidad) y que tales conductas estén prohibidas por el orden internacional, y cuando se trate de las normas de *ius cogens*, en el orden nacional se investigue, se persiga y se castigue a sus autores, más allá de problemas de definición típica en el orden interno, cuando tales conductas ya han sido prohibidas por la comunidad internacional. Por supuesto que subsisten todas las críticas desde el punto de vista del principio de legalidad (en particular, sobre la determinación exacta y previa de la prohibición y de la pena, cuando la normativa internacional tiene que ser aplicada por los tribunales nacionales); pero cuando se trata de fundar una injerencia, la posición de garante en lo que hace relación a un bien jurídico al que la comunidad internacional tiene interés en proteger, la injerencia bien puede basarse en normas de *ius cogens*, definidas por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23.05.1969 (cfr. art. 53) como normas jurídicas superiores a la voluntad de los Estados. Cfr. JULIO MAZUELOS, *La consideración de la desaparición forzada o involuntaria de personas como crimen contra la humanidad*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, Belaterra, 1989, pág. 85. Esta especial naturaleza jurídica exige: a) el conocimiento de la materia de prohibición derivada de convenios internacionales o de la costumbre (principalmente a aquellos funcionarios estatales que ejercen el poder o que imparten órdenes en estructuras de gobierno organizadas verticalmente) y, b) la abstención de una actuación en contrario. Acerca de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición internacional existe a partir de la Carta de Londres de 1945: “other inhumane acts committed against any civilian population” (cfr. art. 6.c), pues recuérdese que la desaparición forzada de personas ya había sido practicada por el régimen nazi durante la segunda guerra mundial. Considérese también como posible fuente internacional del crimen de lesa humanidad la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio de abril de 1946 (cfr. art. 5.c), que podría considerarse la primera formulación del crimen contra la humanidad. Cfr. sobre el principio de legalidad en el derecho penal internacional, CHERIF BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, Giuffrè, 1999, págs. 66 y ss.; sobre las normas de *ius cogens*, *ibid.*, págs. 65 y ss.; sobre los crímenes de lesa humanidad, *ibid.*, págs. 112 y ss. Véase que la importancia de la normativa internacional y en particular de las normas de *ius cogens* se reconoce en la sentencia de primera instancia: “Por el hecho de ser tales, aquellas obligan a todos los Estados de la comunidad internacional, y a los nacionales de dichos países, en razón de que ninguna disposición interna puede contradecirla válidamente, independientemente de ser recogidos en instrumentos internacionales, su mera existencia importa imperatividad y universalidad [...] La evolución del concepto «crimen contra la humanidad» fue consolidándose en el ámbito internacional con una explícita participación y aceptación del Uruguay”.

⁸³ Cfr. notas de pie 13 a 16.

la humanidad pueden servir de base normativa que legitime únicamente la configuración de la posición de garante por inferencia⁸⁴.

Esta *segunda interpretación*, que trata de considerar al tipo penal una omisión impropia basada en una posición de garante por inferencia, fracasaría porque la propia descripción típica estaría determinando la inferencia (*los autores especiales que participan de la privación de libertad*), de modo que devendría innecesario este “hacer precedente” cuando el propio tipo penal establece la posición de garante. Además, si se acepta que la privación de libertad puede ser legítima y luego devenir en la desaparición cuando se niegue u oculte la información, en este caso ya no habría una inferencia ilegítima o antijurídica que fundamentara la posición de garante.

Además, en cuanto al momento de consumación, si se considerara que la primera negativa a brindar información sobre el paradero de la víctima no consuma el delito sino que lo empieza a ejecutar, al igual que la primera interpretación, la *tentativa* solo sería posible en los momentos previos a la primera negativa⁸⁵. Incluso si fuera el autor quien liberara a la víctima dentro del plazo que establece el tipo penal, ello no puede considerarse un desistimiento, sino que se trata de un comportamiento posterior a la consumación que le permite al agente obtener el beneficio de la atenuación de la pena ofrecido por el artículo 21.3⁸⁶.

9. Todavía en el ámbito de la omisión podría intentarse una *tercera interpretación* del tipo penal, esta vez como un tipo de *omisión propia o pura*. Para ello la norma debe ser interpretada nuevamente un mandato (“evitar la desaparición de personas”), cuyo injusto penal debería considerarse la obligación de brindar información para

⁸⁴ Esta parece la primera táctica del ministerio público al momento de la sentencia de primera instancia, en la que se basó en el desarrollo del derecho penal internacional a partir del final de la segunda guerra mundial, en los principios de los juicios de Núremberg y la jurisprudencia de la CIDH. Esta táctica varió al momento de contestar a los agravios de la defensa, como fue recogido en la sentencia de segunda instancia: “No acudiré a normas de derecho penal internacional para fundamentar la imputación. No resulta necesario. Se trata en todo caso de aplicar una ley vigente en el territorio nacional a un delito que se está cometiendo hoy en día”. Recuérdese que el recurso a una fundamentación basada en el derecho internacional ha sido rechazada por la jurisprudencia, porque la posibilidad de recurrir al derecho penal internacional y a sus principios acarrea en el sistema penal uruguayo el grave problema de tener que aceptar la costumbre como fuente de derecho, y ello está prohibido por el Código Civil, salvo cuando la ley se remite expresamente a ella (cfr. C. C., art. 9°).

⁸⁵ El sistema penal uruguayo considera el delito tentado siempre que el autor no haya realizado el tipo penal por “causas independientes a su voluntad” (cfr. C. P., art. 5°). A efectos de la punibilidad, ese delito tiene que ser considerado *consumado* (agotado en todos sus efectos) y no una tentativa acabada.

⁸⁶ Art. 21.3.—“El juez podrá considerar como atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias: 1) que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo no menor a diez días; 2) que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido”.

evitar la desaparición de personas. Este mandato de informar, para la primera modalidad, solo puede obligar a aquellos agentes del Estado o *particulares* (debidamente autorizados por los agentes del Estado) que participaron de la privación de libertad de la víctima. En ese sentido, la *privación de la libertad sería el presupuesto del mandato de informar*, pero no formaría parte de la conducta típica, porque ella sería tan solo el *presupuesto del deber*.

Si el tipo recibiera esta interpretación, la *posición de garante construida por injerencia* sería superflua o redundante, porque el mandato ya estaría claramente explicitado en el tipo penal, de modo que no existiría la necesidad de recurrir a la posición de garante.

Para la segunda modalidad, la omisión ha sido construida de un modo muy amplio, porque no parece estar limitada por aquellos que previamente hayan participado de la privación de libertad, sino que abarcaría a todos aquellos que hubieran tenido conocimiento de la “desaparición” de la víctima (lo que seguiría la lógica del *encubrimiento*).

Las consecuencias relativas al momento de consumación serían las mismas, en cuanto el crimen se ejecutaría instantáneamente en el mismo momento en que se incumpliera con la obligación de informar, lo que tampoco se condice con el carácter permanente que exige la norma. Pero además, la gravedad de la pena es de difícil legitimación en un delito de omisión propia (principio de proporcionalidad) porque el injusto de este tipo de omisión se vincula directamente a la no realización del mandato e indirectamente con el bien jurídico al que hay que evitar lesionar. Véase que en la primera modalidad la omisión se puede justificar en cuanto conste que los que omiten de alguna forma han participado de la privación de libertad de la víctima, pero en la segunda, ¿se puede exigir responsabilidad a aquellos agentes del Estado o particulares con autorización, apoyo o aquiescencia de agentes del Estado basado en la presunción que tienen información sobre el desaparecido? El nivel de la prueba en esta segunda modalidad no debería arrojar ninguna duda de que quien omite fuera poseedor de información precisa sobre la situación del desaparecido.

10. Finalmente una *cuarta interpretación* deviene necesaria cuando se ha desechado la justificación de la posición de garante en lo que hace relación al bien jurídico por cuestiones de injerencia (segunda interpretación), aunque podría subsistir por designio típico y cuando se hubiera interpretado el tipo penal como un delito especial. Véase que los autores especiales de este crimen de desaparición forzada de personas tienen una posición “funcionarial” precisa o se trata de *particulares* asimilados a un funcionario de hecho⁸⁷. En ese caso podría pensarse —siguien-

⁸⁷ Si no se interpretara el tipo como un delito de infracción de un deber, solo podrían ser autores aquellos que privaron de libertad ilegítimamente a una persona (en cualquiera de las modalidades de la autoría) o participaron de la privación de libertad por su exclusiva voluntad (dolo) y con dominio

do una posición funcional más radical— en una posición de garante⁸⁸ que no tuviera por qué depender de la injerencia⁸⁹ ni del dominio del hecho que el garante tenga sobre la desaparición⁹⁰, sino que ella se dedujera del *deber especial extrapenal*

objetivo-formal del hecho. Recordemos que lo subjetivo del dominio del hecho no se identifica con el dolo, sino con la realización del tipo. El dolo se proyecta sobre los elementos objetivos del tipo, mientras que lo subjetivo del dominio del hecho afecta al conocimiento de las circunstancias que permiten dominar y realizar el hecho. Cfr. JOSÉ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Comares, 1996, pág. 76. Véase que las sentencias analizadas se quedan a medio camino en la interpretación de la autoría por control de un aparato organizado de poder, que solo mencionan y no profundizan. En los hechos que se imputan (atendiendo al modo en que se imputan) no se debería sin un mayor análisis descartar el recurso a la categoría del “autor detrás del autor” o autor mediato por dominio de la voluntad en un aparato organizado de poder que actuara por fuera de la legalidad, porque quien ostenta el mando superior al tiempo de los hechos queda abarcado por la posición de garante, cuando se compruebe que la desaparición forzada de personas era cometida en forma sistemática por los mandos intermedios e inferiores, en tanto se trataba de una forma coordinada y ordenada de “lucha contra la subversión” o de mero control social en un Estado de dictadura en el que no rige el derecho. En estos casos, la prueba se traslada a comprobar la existencia de la organización criminal (el aparato organizado de poder), la fungibilidad de los autores inmediatos y la predisposición de ellos a integrar el aparato y cometer los delitos (que de alguna forma, se condice con la forma en que ambas sentencias imputan responsabilidad a los militares procesados, por la función de mando que ostentaban, razonamiento que sin embargo no realizan según la lógica del dominio de un aparato organizado de poder). Es decir, se trata de circunstancias muy especiales en las que hay un autor de atrás que controla la ejecución del delito por medio del propio aparato organizado, independientemente de la persona que ejecuta el delito (pues no existe prueba directa de la participación de ninguno de los imputados). En los hechos no se trató de instrumentos que actuaron en error o bajo alguna causa de exculpación, sino de hechos con dos autores: a) uno que domina las circunstancias del delito en cuanto a su condición de jefe de la organización y b) otro que se limita a ejecutar el delito. Cuando esta prueba no fuera posible, siempre que se den las condiciones de codominio funcional (planificación, ejecución, horizontalidad), puede ser comprobada la coautoría o la inducción, cuando sea posible demostrar entre el jefe y el ejecutor una relación directa en la que se influye directamente a la comisión del delito (o al menos una cadena de inductores). Pero, véase también, que si se aplica la categoría de los delitos de *infracción de un deber* para la imputación del superior jerárquico, no se necesitaría la categoría del autor mediato por dominio de un aparato organizado de poder, ni tampoco sería necesario recurrir a la teoría del dominio del hecho para fundar la imputación.

⁸⁸ En el caso de los empleados públicos, como lo son los agentes del Estado, “tienen que ser garantes desde luego (1) de la subsistencia mínima, (2) de la seguridad interior y exterior y (3) de los principios fundamentales del Estado de derecho”. Cfr. JAKOBS, *Acción y omisión en derecho penal*, op. cit., pág. 25.

⁸⁹ En la posición de garante por injerencia “lo relevante es la tarea de supervisión de un foco de peligro para la cual la simple causalidad de una actuación previa no constituye un requisito suficiente” porque “a diferencia de lo que ocurre en las categorías de las leyes y de los contratos, en la injerencia no se puede identificar una lesión de un deber especial meta (extra) penal anterior al juicio de equiparación penal”. Cfr. BERNARD SCHÜNEMAN, “El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión” (trad. de Beatriz Escudero), en García Valdés et al. (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008, pág. 1611.

⁹⁰ A diferencia de los delitos de infracción de un deber, en la injerencia no se requiere un estado especial del sujeto obligado, cuyo deber se deriva de un determinado comportamiento previo. Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal* (trad. de Cancio Meliá), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, págs. 12 y 14.

*derivado de su función concreta de funcionario*⁹¹, cuando se tuviera un deber específico de cumplimiento anterior a la formulación del tipo⁹². Téngase en cuenta la propuesta de parte de la doctrina penal de crear en el Código Penal delitos de omisión de garante para determinados grupos de casos (v. gr. omisiones de sujetos especialmente obligados en la función pública, etc.), de modo de frenar cualquier tendencia político-criminal a la extensión de imputaciones por comisión por omisión. En estos casos la posición de garante surge de entre el círculo de funciones asignadas al sujeto, siguiendo la lógica de que el Estado depende de que sus funcionarios asuman una función de protección sobre determinados bienes jurídicos. Al respecto se dice: “El fundamento de obligación de impedir el resultado (ataque por la acción delictiva de un tercero o impedimento de la situación de necesidad) no se deduce de la condición de funcionario del policía, *sino de que él ha asumido una correspondiente posición de protección*”⁹³. Esto significa que no cualquier agente del Estado o particular debidamente autorizado tendrán ese deber especial, sino que el deber se debe deducir del cargo y de las funciones desempeñadas al momento del delito.

A esta categoría pertenecería el crimen de desaparición forzada de personas, tal como ha sido tipificado en la normativa penal uruguaya, de modo que esta interpretación sería la única válida para las dos modalidades del artículo 21.

En cuanto a la aplicación de la norma, es tarea del aplicador inferir si existe un delito de infracción de deber del tipo penal de desaparición forzada de personas, que en todos los casos sirviera para construir una posición de garante por incumplimiento de un deber, acerca del caso concreto de desaparición forzada de una

⁹¹ La previa existencia de un mundo en común entre el bien jurídico y el autor, que no deriva de un comportamiento delictivo, sino que existía con anterioridad, según los deberes estatales que se derivan de la función (“institución”, en el lenguaje de JAKOBS). Véase que para reconocer los deberes positivos como deberes jurídicos hay que dirigir la mirada “en primer lugar a las instituciones y solo a través [*sic*] de estas, a su vez, a los cargos públicos”. Cfr. JAKOBS, *Acción y omisión en derecho penal*, op. cit., pág. 23. Aquí lo que se reprocha es el incumplimiento de un deber de salvaguarda, porque “el autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz”. Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. de Vera Sánchez), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, págs. 53 y ss. “Los delitos que resultan del ámbito de un deber positivo se llaman delitos de infracción de deber y solo pueden ser cometidos por el titular de un determinado *status*, por una persona obligada de forma positiva [...] La relación positiva no se compone tan solo de mandatos [...] sino también de prohibiciones”. En la construcción de JAKOBS, “la distinción entre acción y omisión, entre prohibición y mandato afecta tan solo a meras características técnicas de la lesión del deber (o bien del cumplimiento del mismo) y a la manera en que tal deber es recogido en el tipo penal”. Cfr. JAKOBS, *Acción y omisión en derecho penal*, op. cit., págs. 12 y ss.

⁹² Cfr. CLAUS ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7 Auflage, Berlin-New York, De Gruyter, 2000, págs. 354, 463 y ss.

⁹³ Cfr. FRANCISCO CASTILLO, *El delito de omisión impropia*, San José, Ed. Jurídica Continental, 2007, pág. 195.

persona⁹⁴. La consecuencia dogmática de aceptar la categoría de los delitos de infracción de un deber reside en que ellos solo pueden ser cometidos en autoría, en tanto que quien está obligado al cumplimiento de ese deber no puede ser partícipe de una obligación personal. El garante obligado por un deber especial “quebranta su deber ya por medio de la más mínima [*sic*] aportación activa o por la mera omisión”⁹⁵.

La formulación del tipo penal, *en su primera modalidad*, restringe el deber especial a los *agentes del Estado* o al *particular* (con expresa autorización o *funcionario de hecho*) que hubieren participado de la privación de libertad. La *segunda modalidad* no exige la participación previa en la privación de libertad, por lo que la lesión del deber podría considerarse demasiado amplia (como una responsabilidad objetiva por el hecho de ser agente del Estado o particular que actúa como agente de hecho), salvo que el deber pueda limitarse y se considere que solo pueda ser lesionado por aquellos que dependiendo de la situación concreta generadora del deber tengan la obligación específica de cumplimiento del deber. En ese sentido, la segunda modalidad tiene que ser restringida a un determinado número de posibles autores que tienen el deber específico de actuar. Ese deber solo atañe a los agentes del Estado o particulares (que actúan como agente de hecho) que hayan tenido —de alguna forma— relación con el hecho de la desaparición de la persona (v. gr., cuando se trate: a) de un miembro del grupo de operaciones clandestinas integrado por agentes estatales o autorizado por ellos, b) de miembros del aparato organizado de poder que actuaron en el marco del “terrorismo de Estado”⁹⁶, c) miembros del “escuadrón de la muerte” debidamente autorizados por agentes

⁹⁴ Este podría ser el caso para imputar el delito, por ejemplo, a los superiores en lo que hace relación a los delitos cometidos por sus subordinados, siempre que no se pudiera comprobar la participación de órdenes concretas u otro tipo de participación activa en el delito. Va de suyo que este tipo de delitos constituyen un delito especial, que admite la participación de *extranei* de un modo accesorio. Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, (trad. de Peñaranda Ramos), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pág. 43. Además, la infracción del deber del agente de Estado puede llevar a problemas de concurso en cuanto podría entenderse que el *intranseus* realiza dos injustos distintos, o como dice el Código Penal uruguayo en el concurso formal cuando “un solo hecho, constituya la violación de dos o más leyes penales”, siempre que “de la naturaleza de las leyes violadas o de las circunstancias propias del atentado, se desprenda la conclusión de que su intención consistía en violarlas todas” (cfr. C. P., art. 57), en el caso de que con su conducta procediera a la violación de un deber distinto del que se relacionara con la lesión del bien jurídico específico de la desaparición forzada. Si el concurso, fuese entre un delito especial de infracción de un deber y un delito común de dominio del hecho, según parte de la doctrina, no habría lugar al concurso, sino que deben aplicarse las reglas de la subsunción (*lex specialis derogat legi generali*) y en ese caso, el *intranseus* solo responde por el delito especial. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, *op. cit.*, págs. 265 y ss.

⁹⁵ Cfr. JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho*, *op. cit.*, pág. 108.

⁹⁶ Piénsese, por ejemplo, en los grupos represivos de la dictadura uruguaya como la Oficina Coordinadora de Operaciones Antisubversivas (OCHOA) y los agentes del Servicio de Información y Defensa (SID).

estatales, d) miembros del batallón militar o comisaría en cuya dependencia se detuvo, interrogó y luego “desapareció” la persona detenida, etc).

Considerado al tipo penal un delito de infracción de un deber, parece reñido con la propia categoría de los delitos de infracción de un deber que la violación de ese deber funcional (que se agotaría en la omisión del comportamiento debido) amparara en su seno la imputación de la desaparición forzada de una persona. Sin embargo, estos reparos perderían su fuerza argumental si lo que se incumpliera fuera el deber específico de “impedir o evitar la desaparición forzada de personas privadas de libertad”⁹⁷.

Las consecuencias dogmáticas sobre la consumación del tipo no varían en cuanto a las otras interpretaciones. El plazo de prescripción solo comenzará a correr cuando cese el estado antijurídico de la desaparición, lo que no depende de la per-

⁹⁷ Sin embargo, si el tipo no fuera considerado de *infracción de un deber* y si la autoría no dependiera de la *infracción de un deber específico* sino del dominio del hecho, autores de este tipo de crímenes solo podrían ser un *agente del Estado* o *aquel que sin serlo está autorizado en el caso concreto* (tiene el apoyo o aquiescencia por uno o más agentes del Estado), siempre y cuando hubieran participado como autores (en cualquiera de las formas de autoría) o partícipes en la privación de libertad de la víctima. Esto indica que el “mandato de actuación” (omisión) para impedir la lesión del bien jurídico rige solo para este tipo de autores, porque solo ellos pueden tener el dominio del hecho exigido por el tipo penal. Dominio del hecho que no corresponde a una actividad sino a una omisión impropia, una responsabilidad del sujeto que se encuentra en posición de garante que como explica ROXIN, “según las reglas de los delitos de infracción del deber, lo que hace de él un autor, sin importar si su contribución al hecho consiste en un hacer o un simple dejar ocurrir aquello por cuya no-producción el tiene que responder”. Cfr. CLAUS ROXIN, “La autoría mediata por dominio en la organización”, (trad. de Manuel Abanto), en CLAUS ROXIN, *Problemas actuales de dogmática penal*, Lima, Ara Editores, 2004, pág. 242. Esta especial condición del autor lo sitúa en una *posición de garante* respecto a la víctima, puesto que desde la primera formulación de NAGLER, la característica esencial de la injerencia para fundar la posición de garante es la creación de ese riesgo para con un bien jurídico ajeno, que origina la obligación de contener o evitar la lesión posterior, de la que se deviene responsable. Cfr. KLAUS KUGLER, *Ingerenz und Selbstverantwortung. Inhalt und Grenzen der Garantstellung aus vorangegangenen gefährdendem Tun*, Ruhr-Universität Bochum, 1972, pág. 1. Sobre la evolución dogmática de la posición de garante, cfr. GEORG FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 1992, págs. 42 y ss. De este modo el autor especial no respondería por la simple omisión de no indicar el paradero de la víctima, sino por la lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal de la desaparición forzada de personas. Dentro del núcleo de seguidores de JAKOBS, y de su teoría de equipar jurídico-normativamente a la acción con la omisión, SÁNCHEZ-VERA sostiene que en los delitos de omisión no siempre se espera en sentido jurídico penal una acción, sino que también puede esperarse una omisión, esto es, la omisión de no dañar esferas jurídicas ajenas. En los casos de injerencia “de la prohibición de dañar nace un mandato de impedir; pero se trata, de todas formas —a pesar de ser deberes de actuar—, de la misma prohibición común; el hecho de que el tipo penal esté formulado aparentemente como una prohibición no varía nada esta conclusión”. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *Delito de infracción de deber*, *op. cit.*, pág. 77. Como se puede ver, si no se interpreta el tipo penal como de lesión de un deber y si el deber de un modo específico no exige la *evitación de la desaparición forzada de personas privadas de libertad*, nos veríamos en la imposible situación de determinar la cuadratura del círculo y tendríamos que volver con nuestro razonamiento a cero.

manencia del agente estatal en el cumplimiento oficial de su función, ni de que este mantenga el dominio del hecho hasta la aparición con vida de la víctima o hasta que se sepa de su paradero o suerte.

11. En una consideración prospectiva, ambas modalidades contenidas en el tipo penal del artículo 21 resultan de difícil justificación dogmática; de allí que todas las interpretaciones que aquí se han intentado podrían llegar a ser insatisfactorias, al menos en lo que refiere a la consideración de la desaparición forzada de personas como un crimen permanente. Al parecer la formulación del tipo penal lleva a esta contradicción entre un delito que parece consumarse en forma instantánea y la exigencia típica de permanencia de la ejecución hasta que se brinde información sobre la situación del desaparecido. Pero además existen contradicciones notorias entre la exigencia típica de brindar información y el derecho a la no autoincriminación (aun cuando la autoincriminación se construya como un deber institucional). De modo que, entre otras cosas, será tarea futura de la doctrina y especialmente de la jurisprudencia nacional resolver la aparente contradicción entre este tipo penal y la norma constitucional que ofrece a cualquier ciudadano el derecho a no brindar información sobre hecho delictivo propio (cfr. Const. Pol., art. 20).

La prohibición de rango constitucional del *nemo tenetur* parece contradecir el injusto recogido en el tipo penal en cuestión y será la SCJ, en su caso, la que tendrá que pronunciarse sobre la constitucionalidad de este tipo de mandato para quien se le exige la “autoincriminación” como única vía de protección y salvaguarda del bien jurídico tutelado.

B) *Aspecto procesal y cuestión probatoria*

1. La sentencia de primera instancia se concentra en la justificación de la *imprescriptibilidad* del crimen imputado⁹⁸. No obstante, en cuanto al cómputo de la prescripción⁹⁹, las últimas sentencias que condenan a militares, policías y civiles que

⁹⁸ Según se expresa, en opinión compartida con el ministerio público, la *imprescriptibilidad* de este crimen se justifica por su gravedad ontológica, a la que se suma la impunidad subsiguiente de sus autores. No obstante, esta interpretación no es pacífica. En la doctrina latinoamericana también hay controversias: según ZAFFARONI, no hay ningún tipo de irracionalidad en la reacción punitiva contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años, “solo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delitos; por el contrario: si lo hiciese, sufriría un grave desmedro ético”. Cfr. EUGENIO ZAFFARONI, *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2005, pág. 266. De otra opinión, JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, “Crímenes internacionales y prescripción”, en Ambos, Malarino y Woischnik (Eds.), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005, pág. 115.

⁹⁹ Según el sistema penal uruguayo, la prescripción se interrumpe según los casos: por la orden judicial de arresto, por la simple interposición de la denuncia, o por cualquier transgresión penal, con excepción de los delitos políticos, culpables o faltas (cfr. C. P., arts. 120 y 121).

formaron parte del “terrorismo de Estado” tienen que lidiar con el problema del cómputo del plazo de prescripción, en cuanto imputan delitos comunes que se sujetan a las reglas generales (cfr. C. P., art. 117). En ese sentido, la sentencia de segunda instancia realizó una interpretación particular con el objetivo de elevar los plazos de prescripción en razón del recurso de la *peligrosidad*¹⁰⁰. La circunstancia de la peligrosidad es crucial para admitir la elevación en un tercio del período de prescripción, según admite el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal. El problema para la seguridad jurídica es que los distintos jueces de primera instancia y los tribunales de segunda instancia han interpretado esta norma de forma totalmente diferente, lo que ha causado verdaderas situaciones de inseguridad jurídica al momento de computar los plazos de prescripción, una vez descartada “al parecer y hasta el momento” la posibilidad de imputar a los “terroristas de Estado” los tipos penales derivados del Estatuto de Roma.

La importancia de este punto es tal que si la peligrosidad no fuera comprobada en el caso concreto que se analiza, posiblemente al cambiar la imputación del crimen de desaparición forzada por la del delito de homicidio muy especialmente agravado, no se podría perseguir a los presuntos responsables porque se habrían beneficiado con los plazos de prescripción¹⁰¹.

¹⁰⁰ Recuérdese que el Código Penal uruguayo, según el codificador, es un código de defensa social, y allí se confunde exprofesamente la culpabilidad con la peligrosidad. Es decir, aquello que en la mayoría de los códigos penales se entiende por culpabilidad como medida para la cantidad de pena, en el Código Penal uruguayo todavía se denomina “peligrosidad” (cfr. C. P., art. 86). Ello no significa que en la práctica los jueces sigan pautas diversas a la norma y se basen en la culpabilidad del sujeto para medir la pena, aunque tengan que referirse a la peligrosidad en cuestiones puntuales como los plazos para determinar la prescripción de los delitos (cfr. C. de P. P., art. 123). Cuando la defensa social es la meta política criminal de la justicia penal, es lógico que las razones de la prescripción no dependan de la posibilidad o la disposición de actuación de los órganos de la justicia penal, sino que respondan a la necesidad de lucha contra los autores peligrosos. La exigencia de investigar, perseguir y condenar a un individuo en un plazo razonable cede (o se torna más complaciente) en la normativa uruguaya frente a los delincuentes peligrosos.

¹⁰¹ Para el cómputo de la prescripción, en los delitos consumados el artículo 119 del Código Penal establece que el término de prescripción empieza a correr desde el día de la consumación, de modo que la posibilidad de perseguir penalmente esa conducta habría prescrito a los veinte años. En el cómputo de la prescripción, la mayoría de las sentencias suponen que durante el período comprendido entre el 27 de junio de 1973 y el 1º de marzo de 1985, no rigió el estado de derecho, razón por la que los cómputos comienzan a partir de la recuperación del sistema democrático de gobierno. Cfr. sent. 973, SCJ, de 15 de agosto de 2003. Según algunos jueces de primera instancia (cfr. providencia 394, de 16 noviembre 2005, JLP de 11 Turno) “la peligrosidad a tener en cuenta para el cómputo de prescripción debe ser actual, no la peligrosidad derivada del hecho o la del momento del hecho” (algunos jueces y tribunales de apelaciones de segunda instancia interpretan que el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal solo brinda pautas para la evaluación a los efectos de la elevación del tercio, que permiten determinar la peligrosidad del delincuente a quien se juzga o se va a juzgar. Allí sostiene que “no es la gravedad del hecho en sí mismo considerado o la naturaleza de los móviles, lo que determina *per se* dicha elevación [...] dicha peligrosidad, además, debe mantenerse actualmente, ya que la norma establece, en modo indicativo presente: «que se perfilen en concepto del juez como sujetos peligrosos», circunstancia que no se verifica actualmente”). Sin

2. La sentencia de segunda instancia parte de la base que se trató de un “Estado terrorista” que “coexistía con el otro, arreglado a la nueva institucionalidad”, contexto necesario para determinar la participación¹⁰² y responsabilidad de los imputados, en cuanto no “podían desconocer” los delitos cometidos por sus subordi-

embargo, también se ha interpretado que dicha peligrosidad es aquella del momento de comisión del delito, pero que además, siempre que se comete un delito de homicidio muy especialmente agravado, el autor debe ser considerado peligroso. Cfr. TAP, 2º Turno, sent. 70 de 29.03.2006 (Balcaldi, Corujo, Gómez Tedeschi), en LJU, caso 15303; TAP de 1º Turno (Balbela, Tommasino y Bolani). Cfr. *Anuario de derecho penal*, t. II, caso 211. En mi opinión, un sistema penal democrático debe admitir distintas formas de reacción según la gravedad de las conductas, y de alguna manera también se puede admitir que se reaccione de un modo más severo con los sujetos que hacen del delito su medio de vida, integran organizaciones criminales, grupos terroristas, etc. En esos casos, no existirían mayores inconvenientes en considerar la “peligrosidad” comprobada en el momento del delito y de allí derivar este cómputo más elevado del período de prescripción. No obstante, *en un sistema construido sobre la base de la defensa social y la lucha contra los enemigos peligrosos parece que el perfil de peligrosidad para considerar debiera ser el de la “peligrosidad actual”, de modo de mantener vigente el sentimiento de peligro por la ejecución de nuevos delitos*. Véase que en el caso uruguayo la gravedad del hecho, la naturaleza de los móviles y los antecedentes personales del autor [la influencia de los antecedentes personales como factor agravante de la situación material (cfr. C. P., art. 48) o procesal del autor (por ejemplo, elevando el plazo de prescripción o exigiendo un segundo proceso penal con prisión preventiva como regla) son la prueba cabal de que el *sistema penal uruguayo tiene rasgos de un sistema penal de autor*] ya son considerados en los plazos normales de prescripción (veinte años para delitos castigados hasta con treinta años de penitenciaría). Por ello *la elevación de estos plazos debería ser excepcional en cuanto fuera necesaria para la defensa de la sociedad en cuanto a un sujeto actualmente peligroso*. Hoy día los ex “terroristas de Estado” con más de 60, 70 y 80 años de edad, inmersos en un régimen democrático, retirados de la actividad militar, sin que exista la plataforma del aparato organizado clandestino de poder, difícilmente puedan ser considerados sujetos peligrosos en un análisis prospectivo. De otra opinión, la doctrina más reaccionaria, encarnada en Uruguay por BAYARDO BENGOA, ministro de Justicia durante la dictadura, defensor de las teorías de la peligrosidad basadas en un “estado peligroso” de determinados individuos. Según este autor, la peligrosidad surge del hecho cometido pero se mantiene como “estado peligroso” de cara al futuro, pudiendo llegar a predecirse que quien ha delinquido lo volverá a hacer. Como dice este autor: “[...] bajo el influjo de las condiciones de su estado peligroso, es probable que reiterase la conducta que ameritó la transgresión penal, y en el caso, se perfilan (motivación) el complejo de condiciones internas y externas del sujeto peligroso, tanto subjetivas (ideológicas) como objetivas (socio-políticas)”. Cfr. FERNANDO BAYARDO, *Derecho penal uruguayo*, t. III, Montevideo, FCU, 1976, págs. 138 y ss.

¹⁰² En el caso de Álvarez, se descarta una “responsabilidad de escritorio”; sin embargo, no se establece por cuáles fundamentos dogmáticos se descarta la autoría mediata cuando se dice que “daba órdenes” y “tuvo un total dominio del hecho a través [sic] del aparato estatal, independientemente de los ejecutores y las víctimas”. La sentencia dice que se ha comprobado “que la responsabilidad no es de escritorio sino material”, lo que no se condice con la prueba, en cuanto no hay ninguna prueba concreta que demuestre su participación concreta en alguna de las etapas de la ejecución de los homicidios que se le imputan. La participación material en los homicidios se deriva de su condición de “comandante en jefe del Ejército” a partir de 01.02.1978. Según testimonio de un terrorista de Estado condenado en otra causa, “la orden de los mandos era hacer desaparecer a todo muerto en interrogatorio” (fs. 3999). La sentencia recurre a conceptos de la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder que actúa por fuera de la ley para fundar una coautoría. Además, parece que la responsabilidad deriva por la mera función de mando: “si perdieron la vida en el Uruguay, personas detenidas clandestinamente a manos de militares en el contexto referido, mientras estuvo en ejercicio del cargo mencionado, tiene responsabilidad por ello”.

nados dentro del aparato criminal¹⁰³. Véase que para la imputación de responsabilidad el tribunal sigue la lógica del artículo 28 ER (responsabilidad del superior).

3. En Uruguay la prueba se valora según las reglas de la sana crítica, derivadas del lógico entendimiento, la experiencia y el sentido común.

En ambas sentencias, la fuerza de la prueba para la imputación personal puede decirse que apenas sobrepasa el umbral de los meros “elementos de convicción suficientes” que exige el artículo 118 del CCP? para decretar el sometimiento a juicio de una persona en virtud de su participación en un evento delictivo (una especie de semiplena prueba). Las sentencias que han condenado a los mandos de la dictadura reconocen que las pruebas incriminatorias de los “terroristas de Estado” están basadas en *meros indicios* “tomando en consideración la situación política que se vivía”, material probatorio que sin embargo “tiene la potencialidad para desvirtuar la presunción de inocencia”¹⁰⁴.

La sentencia de primera instancia prueba las desapariciones forzadas con testimonios¹⁰⁵, informes de las fuerzas armadas solicitados por el presidente de la República Tabaré Vázquez¹⁰⁶, indicios¹⁰⁷, documentos que comprueban desde la existencia

¹⁰³ La prueba se funda en sus funciones de mando y en el caso de Larcebeau en declaraciones que lo sindicaron “como partícipe de los interrogatorios” de las personas desaparecidas en centros clandestinos de reclusión de Uruguay y Argentina. Véase que para la imputación de la responsabilidad de ambos militares el tribunal sigue la lógica del artículo 28 ER (responsabilidad del superior), en cuanto se anuncia una posible condena por el mero ejercicio del cargo y de una función de mando al momento de los hechos.

¹⁰⁴ Cfr. sent. 136, 01-06-2007, TAP 2º Turno, fs. 80.

¹⁰⁵ Los testimonios pertenecen en su gran mayoría a ex detenidos que tuvieron algún contacto con los “desaparecidos” en algún momento de la reclusión en centros clandestinos. También a familiares directos de las víctimas. Son prácticamente muy pocos los testimonios de ex miembros de las fuerzas represoras, generalmente del escalafón inferior (cfr. fs. 891 y ss.), que reconocen algún aspecto de la denuncia originaria (o bien la existencia de los traslados, o la presencia de las víctimas en centros clandestinos de reclusión, o el sometimiento a torturas, etc.).

¹⁰⁶ “En el Informe elevado por el Comando General de la Fuerza Aérea, al Señor Presidente de la República con fecha 8 de agosto de 2005, se reconoció la existencia de dos vuelos clandestinos con detenidos uruguayos trasladados desde Buenos Aires a nuestro país con fechas 24 de julio y 5 de octubre de 1976”.

¹⁰⁷ En lo que hace a Gregorio Álvarez, “la orden 7438 de 3 de marzo de 1978 —emitida en su carácter de comandante en jefe del Ejército—, prohibiendo [*vis*] la información compartimentada, no es ilógico deducir coherentemente que no podía existir información desconocida ni secreta para él, por su condición de jerarca máximo del Ejército Nacional. Incluso por orden 777/78 como comandante en jefe asumió la responsabilidad por todos los hechos de sus subordinados vinculados a la lucha contra la subversión”, por la jerarquía militar que desempeñaba, integraba la Junta de Comandantes en Jefe (de la que dependía jerárquicamente el SID, por ejemplo) y que de acuerdo con el borrador de trabajo 5/81 —cuya copia adjuntó—, en cuyas condiciones asumió su presidencia *de facto*: “El esquema de relaciones entre el Presidente y las FF.AA. continuará siendo el mismo, en el sentido de que gobernará conjuntamente con la JCJ (Junta de Comandantes en Jefe) siendo necesaria la aprobación de J.OO.GG. (Junta de Oficiales Generales) para la determinación de las grandes líneas políticas”, lo que permite concluir razonablemente que por integrar en 1978 la Junta de Comandantes en Jefe, en su carácter de Mando, no podía desconocer la conducción de la política de gobierno en materia de directrices, coordinación y cooperación con otros gobiernos en la llamada

del Plan Cóndor hasta el accionar conjunto de las fuerzas represoras uruguayas y argentinas¹⁰⁸, el Informe final de la Comisión para la Paz¹⁰⁹, sesiones parlamentarias¹¹⁰, etc. Para la prueba de la existencia del crimen de lesa humanidad, la sentencia se basa en jurisprudencia internacional¹¹¹.

La prueba del homicidio de la sentencia de segunda instancia se basa en presunciones o ficciones de muerte¹¹², apoyadas en el Informe Final de la Comisión para la Paz u otras actuaciones judiciales o parlamentarias¹¹³.

“guerra contra la subversión“. Los indicios en contra del otro imputado (Larceabeu) no difieren y se relacionan con su posición de mando como oficial de Inteligencia del Fusna (diciembre de 1977-1980), cargo que lo obligó a un estrecho contacto con la Esma (Escuela de Mecánica de la Armada), uno de los peores centros de tortura en Argentina. “De su legajo personal y del Informe del Comando General de la Armada del 26 de setiembre de 2005, surge claramente que tuvo reiteradas actividades —incluso en Argentina— vinculadas a operaciones contra la subversión” (cfr. fs. 1174-1179).

¹⁰⁸ “En el Informe del Comando General de la Armada de fecha 26 de setiembre de 2005, se afirma que existió coordinación e intercambio de información entre el Cuerpo de Fusileros Navales (Fusna) y la Escuela de Mecánica de la Armada (Esma, Argentina), así como entre las Prefecturas Navales de ambos países”.

¹⁰⁹ Dice la sentencia: “la «Comisión Para la Paz» sostuvo que se han podido obtener conclusiones que demuestran, la detención clandestina de numerosos ciudadanos uruguayos en territorio argentino y su desaparición forzada y fallecimiento como consecuencia de torturas y ejecuciones a partir de procedimientos donde existieron en algunos casos, fundamentalmente, procedimientos contra «Grupos de Acción Unificadora» (GAU) y el «Partido por la Victoria del Pueblo» (PVP) —entre otros—, acciones represivas con distinto grado de coordinación y colaboración en fuerzas de ambos países”.

¹¹⁰ “Se pretendió “con el uso de las torturas, de los secuestros, de las desapariciones y de las muertes, revertir el orden y cambiar el Estado de Derecho por un régimen de terror” (Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes núm. 1856, t. 620, 7/11/1985)”.

¹¹¹ Caso Scilingo (genocidio, terrorismo y torturas), sent. 16-2005, Madrid, 19.04.2005, Audiencia Nacional, Sala de lo Penal Sección Tercera, Sumario 19/1997, Rollo de la Sala 139-1997, Juzgado C. Instrucción núm. 5.

¹¹² El posible cambio de la imputación de la desaparición forzada ya había sido previsto por el juez de primera instancia: “Por lo demás, el resultado de la instrucción a cumplirse, podrá arrojar luz sobre otros aspectos relevantes y determinar en consecuencia una modificación de la tipificación inicialmente adoptada, la que por su propia naturaleza es esencialmente reformable en cualquier etapa del proceso”. De esta forma se sigue la tesis de parte de la doctrina penal uruguaya (cfr. LANGÓN, *Código Penal*, *op. cit.*, págs. 78 y ss., de opinión contraria GONZÁLEZ y GALAIN PALERMO, “Uruguay”, *op. cit.*, pág. 321) y de la jurisprudencia más reciente (sents. 36 y 37 de 20.03.2009 JLP de 19 Turno; sent. 2146 de 20.12.2006 JLP de 7º Turno). Véase que se imputa homicidio porque “la realidad evidencia que la figura deviene inaplicable”, y luego afirma: “la realidad no admite calificativos, simplemente es, y la realidad nos dice de manera contundente que los que alguna vez estuvieron detenidos, pasando al *status* de desaparecidos, si no fueron blanqueados” (mediante el sometimiento a la justicia militar) “están muertos desde ya muchos años”. Dice la sentencia: “No media incertidumbre acerca de que esas personas están muertas, al [*sic*] punto [*de*] que hoy se rastrian los cuarteles en busca de sus restos”. Pero además dice que el destino o suerte de los desaparecidos ha sido la muerte; sin embargo, se imputa un delito de homicidio ignorando “detalles acerca de cómo y cuando ocurrieron sus muertes” y por si fuera poco se reconoce que “no se habrán encontrado sus restos, pero eso no habla de desaparecidos, sino de personas muertas de las que se ignora detalles de sus últimos días de vida, pero el destino se sabe” [*sic*]. Por último: “ignorar los detalles de cómo se cometió un crimen, incluso no encontrar el cadáver de la víctima, no significa que el delito no se haya cometido”.

¹¹³ Cfr. nota de pie 110, sent. 37 de 2009, Informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición Forzada de Personas de la República Argentina (págs. 265 y 266).

4. REFERENCIA AL CASO COLOMBIANO

a. Los hechos juzgados en la sentencia de primera instancia deben ser analizados según el Código Penal colombiano de 1936.

b. Tratándose del decreto-ley 100 de 1980, las conductas delictivas se encuadrarían en la figura típica del artículo 269, que trata del *secuestro simple*, agravado por las circunstancias de los artículos 270.2 (someter a la víctima a tortura física o moral o a violencia sexual durante el tiempo que permanezca secuestrado), 270.3 (si la privación de la libertad del secuestrado se prolonga por más de quince días) y 270.11 (cuando por causa o con ocasión del secuestro le sobrevengan a la víctima la muerte o lesiones personales). Inclusive podría aplicarse la agravante del artículo 270.8 (cuando el secuestro se realice con fines terroristas), en cuanto se trataba de terrorismo de Estado¹¹⁴.

c. Aplicando la normativa vigente en Colombia, ley 599 de 2000, las conductas sometidas a juicio encuentran adecuación típica en la figura del artículo 165 del Código de Procedimiento Penal (desaparición forzada), que castiga a los particulares, a los servidores públicos y a los particulares que actúen bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, que priven de la libertad seguido del ocultamiento y la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola al amparo de la ley¹¹⁵.

d. La norma colombiana acepta las mismas categorías de sujetos activos, en la que ingresan los imputados por la justicia uruguaya¹¹⁶; pero el tipo penal colombiano

¹¹⁴ Con este Código y con la Constitución de 1986 era problemático construir las posiciones de garante acerca de la salvaguarda de determinados bienes jurídicos, todo lo cual quedaba al arbitrio judicial. Este problema se entiende que fue corregido por la normativa vigente (C. P. 2000 y Constitución de 1991). Cfr. C. S. de J., Sala de Casación Penal, proceso 28.017 de 14.11.2007, pág. 49.

¹¹⁵ C. de P. C., art. 165: “El particular que *perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses”. Véase que la bastardilla ha sido declarada *inexequible* por la Corte Constitucional mediante sent. C-317 de 02 de mayo de 2002 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández). El resto del inciso se declara *exequible*, “bajo el entendido [de] que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona”.

¹¹⁶ El Estado, entonces, tiene una posición jurídica basilar de garante, que “no se limita a los actos cometidos por agentes oficiales, o sea a agentes *de iure* del Estado, sino que engloba también a los agentes *de facto* del Estado, como pueden ser catalogados los grupos de autodefensa. En efecto, el derecho internacional prevé expresamente esta responsabilidad estatal. Igualmente, el deber de garantía se extiende respecto de actos de particulares que vulneren el goce efectivo de los derechos humanos, aun cuando estos no actúen bajo la instigación, consentimiento o aquiescencia de funcionarios públicos”. Cfr. Corte Const., sent. C-370 de 18 mayo 2006.

no puede construirse como un tipo especial, en cuanto acepta la autoría de “cualquier particular”, lo que se corresponde a la fórmula “el que [...]” y no como dice la norma uruguaya, “el que [...] siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado [...]”.

e. Considerando que el tipo penal colombiano es más amplio que el uruguayo, se puede decir que cualquiera de las interpretaciones ofrecidas en este trabajo sería de recibo¹¹⁷.

5. FUENTES

A) Doctrina

AMBOS, KAI y WIRTH STEFFEN: “El derecho actual sobre crímenes en contra de la humanidad”, en KAI AMBOS, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.

BASSIOUNI, CHERIF: *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano, Giuffrè, 1999.

BAYARDO, FERNANDO: *Derecho penal uruguayo*, t. III, Montevideo, FCU, 1976.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y VALENZUELA, MANUEL: *Derecho penal latinoamericano comparado*, t. I, Parte General, Buenos Aires, Depalma, 1981.

¹¹⁷ Téngase en cuenta que el sistema penal colombiano acepta no solo la cláusula de equivalencia entre acción y omisión (C. de P. C., art. 25.1: *Acción y omisión*. “La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”), sino también la categoría de la comisión por omisión u omisión impropia (C. de P. C., art. 25.2: “Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal”). Para fundar la relación entre el omitente y el bien jurídico, el art. 25.2 del C. de P. C. establece: “A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”. La norma en cuestión parece resolver la *posición de garante* recurriendo a la obligación previa de proteger el bien jurídico y a la custodia previa de una fuente de riesgo según la legislación colombiana. Sin embargo, en un tercer inciso, que podría llegar a considerarse incluso redundante, el artículo 25 establece un *numerus clausus* de posiciones de garantía. Entre ellas, se aceptan situaciones similares a la injerencia y al hacer precedente. En ese sentido, el art. 25.3.4 del C. de P. C. deja en claro que habrá una *posición de garante por injerencia*: “Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente”. Pero también queda abierta la vía para considerar al tipo penal de la desaparición forzada de personas un delito de lesión de un deber cuando se tiene una obligación específica. Véase que: “Y si el derecho impone a una persona una obligación, y esta se sustrae a la misma con intención y querer o por omisión del deber de cuidado en el caso concreto, con lo cual produce una ofensa al ordenamiento jurídico, viola la posición de garante pues infringe sus deberes” (cfr. sent. de segunda instancia del 27 de julio de 2006. rad. 25536). Por otra parte, téngase en cuenta que la más alta jerarquía de la jurisprudencia colombiana acepta a la normativa constitucional y la internacional de los derechos humanos como fuente de la posición de garante por injerencia.

- CASSESE, ANTONIO: “Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law. The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR”, en *JICJ*, 4, 2006.
- CASTILLO, FRANCISCO: *El delito de omisión impropia*, San José, Ed. Jurídica Continental, 2007.
- Centro Militar y Centro de Oficiales Retirados de las FF.AA.: *1960-1980. La lucha contra el terrorismo*, Montevideo, Artemisa, 2007.
- Comisión para la Paz: *Informe final de 10.4.2003*, anexos 3, 5 y 12.
- CHÁVEZ, GASTÓN: *El delito de desaparición forzada de personas en el artículo 21 de la ley 18026: una interpretación alternativa*, trabajo inédito.
- CHÁVEZ, GASTÓN y GALAIN PALERMO, PABLO: *Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken in Uruguay*, de próxima publicación por el Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania.
- DALL’ORA, ALBERTO: *Condotta omissiva e condotta permanente. Nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1950.
- DE SENARCLENS, PIERRE: “El problema de la legitimidad del poder”, en SIJAU, *Coloquio sobre Uruguay y Paraguay. La transición del estado de excepción a la democracia*, Montevideo, Ed. de la Banda Oriental, 1985.
- DELMAS-MARTY, MIREILLE: *Tres desafios para um direito mundial* (trad. De Hassan Choukr), Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- FERNÁNDEZ, GONZALO: “Uruguay”, en Arnold, Simon y Woischnick (Eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México, Unam, 2006.
- FIGUEIREDO DIAS, JORGE: *Direito penal*, Parte Geral, 2ª ed., t. I, Questões fundamentais a doutrina geral do crime, Coimbra, Coimbra ed. 2007.
- FREUND, GEORG: *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 1992.
- FRISCH, WOLFGANG: “Wesentliche Strafbarkeitsvoraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung”, en Eser, Kaiser y Weigend (Hrsg.), *Von totalitärem zu rechtsstaatlichem Strafrecht*, Freiburg, Max Planck Institut, 1993.
- FRULLY, MICAELA: “Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?”, en *EJIL*, 2001, vol. 12, 2.
- GALAIN PALERMO, PABLO: “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Woischnick (Eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, 2006.
- “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Justicia de transición. Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, 2009.

- “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, 2007.
- GARDERES, SANTIAGO y VALENTÍN, GABRIEL: *Bases para la reforma del proceso penal*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Serpaj, 2007.
- GIULIANI, UBALDO: *La struttura del reato permanente*, Padova, Cedam, 1967.
- GONZÁLEZ, LUIS: *Political Structures and Democracy in Uruguay*, Paris, University of Notre Dame Press, 1991.
- GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS: “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Woischnick (Eds.), *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer-Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2003.
- GONZÁLEZ, JOSÉ LUIS y GALAIN PALERMO, PABLO: “Uruguay”, en Ambos, Malarino y Elsner (Eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, 2008.
- GRAMMER, CHRISTOPH: *Der Tatbestand des Verschwindenslassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.
- GREPPI, EDOARDO: *I Crimini die Guerra e contro L’Umanità nel Diritto Internazionale. Lineamenti generali*, Torino, Utet, 2001.
- GRISOLIA, GIOVANNI: *Il reato permanente*, Padova, Cedam, 1996.
- Grupo de Investigaciones Históricas, Sociales y Económicas: *Las raíces de la violencia y el Escuadrón de la Muerte*, Montevideo, Tae ed., 1986.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS: “Crímenes internacionales y prescripción”, en Ambos, Malarino y Woischnik (Eds.), *Temas actuales del derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- HEFENDEHL, ROLAND: *Kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2002.
- HEFENDEHL, ROLAND (Ed.): *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- HASSEMER, WINFRIED: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1973.
- HASSEMER, WINFRIED y NEUMANN, ULFRIED: “Vorbemerkungen zu §1, Allgemeiner Teil”, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, en *Nomos Verlagsgesellschaft*, 2 Aufl., 1, Baden Baden, 2005.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ: *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Comares, 1996.

- JAKOBS, GÜNTHER: *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal* (trad. de Cancio Meliá), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. de Sánchez Vera), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- *La competencia por organización en el delito omisivo* (trad. de Peñaranda Ramos), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- *Acción y omisión en derecho penal* (trad. de Sanfíz Rey y Vera Sánchez), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- JESCHECK y WEIGEND: *Tratado de derecho penal. Parte general* (trad. de Olmedo Cardenete), 5ª ed., Granada, Comares, 2002.
- KUGLER, KLAUS: *Ingerenz und Selbstverantwortung. Inhalt und Grenzen der Garantenstellung aus vorangegangenen gefährdendem Tun*, Universität Bochum, Ruhr, 1972.
- LANGÓN, MIGUEL: *Código Penal y leyes penales complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. II, Montevideo, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2007.
- LEONE, GIOVANNI: *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, Nicola Jovene Editori, 1933.
- LESA ALFONSO: *Estado de guerra. De la gestación del golpe del 73 a la caída de Bordaberry*, Montevideo, Fin de Siglo, 2007.
- MANCINI, STEFANO: “I Crimini contro L’umanità”, en Mezzetti, Enrico (Ed.), *Diritto penale internazionale, II Studi*, Torino, Giappichelli Editore, 2006.
- MARTÍNEZ VIRGINIA: *Tiempos de dictadura 1973-1985. Hechos, voces, documentos. La represión y la resistencia día a día*, Montevideo, Ed. De la Banda Oriental, 2007.
- MAY, LARRY: *Crimes Against Humanity. A normative account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- MAZUELOS, JULIO: *La consideración de la desaparición forzada o involuntaria de personas como crimen contra la humanidad*, Belaterra, Universidad Autónoma de Barcelona, 1989.
- MOLINA, ANA: *La desaparición forzada de personas en América Latina, Estudios básicos de Derechos Humanos VII*, San José, IIDH/ASDI, 1996.
- PÉREZ-LEÓN, JUAN PABLO: “Las desapariciones forzadas de personas en el derecho internacional contemporáneo”, en *AEDI*, xxiii, Pamplona, 2007.
- RIAL, JUAN: *Seguridad y democracia en el contexto de los procesos de transición. Agenda para la Consolidación de la Democracia en América Latina*, IIDH-CAPEL, 1990.
- ROBINSON, DARRYL: “The Elements of Crimes against Humanity”, en Roy S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, Ardsley, 2001.

- ROXIN, CLAUS: “Injerencia e imputación objetiva” (trad. de Raúl Pariona), en *RP*, 19, España, La Ley, 2007.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7, Berlin-New York, Auflage, De Gruyter, 2000.
- “La autoría mediata por dominio en la organización” (trad. de Manuel Abanto), en ROXIN, CLAUS, *Problemas actuales de dogmática penal*, Lima, ARA Editores, 2004.
- RUBIO LARA, PEDRO: *Omisión del deber de impedir determinados delitos o de promover su persecución*, Madrid, Editorial Derecho Reunidas, Universidad Complutense de Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ-VERA, JAVIER: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.
- SANGUINETTI, JULIO MARÍA: *La agonía de una democracia. Proceso de la caída de las instituciones en el Uruguay (1963-1973)*, Montevideo, Taurus, 2008.
- SCHÜNEMAN, BERNARD: “El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión” (trad. de Beatriz Escudero), en García Valdés *et al.* (Coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid, Edisofer, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *Estudios sobre los delitos de omisión*, Lima, Grijley, 2004.
- SOLA RECHE, ESTEBAN: *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Granada, Comares, 1999.
- TORRES PÉREZ, MARÍA: *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- TRIFFTERER, OTTO: *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Freiburg i. B., Eberhard Albert Verlag, 1966.
- VÉLEZ, GIOVANNA: *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Fondo Editorial, 2004.
- VERDROSS, ALFRED y SIMMA, BRUNO: *Universelles Völkerrecht Theorie und Praxis*, Berlin, Zweite Auflage, Duncker & Humblot, 1981.
- ZAFFARONI, EUGENIO: *En torno a la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2005.

B) *Jurisprudencia*

- Sentencia 1142 de 2007 del JLP de Primera Instancia 19 Turno.
- Sentencia 352 de 2008 del TPA de 2º Turno.
- Sentencia 037 de 2009 JLP de Primera Instancia de 19 Turno.
- Sentencia 565 de 2007 de TPA de 3º Turno.
- Sentencia 2146 de 2006, JLP de Primera Instancia de 7º Turno.
- Sentencias 36 y 37 de 2009 JLP de 19 Turno.

Sentencia 2146 de 2006 JLP de 7° Turno.

Sentencia 136, 2007, TAP 2° Turno.

Sentencia 973, SCJ, de 2003.

Sentencia 394, JLP de 11 Turno, de 2005.

Sentencia 70, TAP, 2° Turno, de 2003.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Casación Penal, Proceso 28017 de 2007.

Corte Constitucional, sent. C-370 de 18 de mayo de 2006.

TPY, Appeal Judgment, Case IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković, 12.06.2002.

TPY, Appeal Judgment, Case IT-94-1-A, Prosecutor vs. Duško Tadić, 15.07.1999.

SEGUNDA PARTE

**ANÁLISIS DE DERECHO HUMANITARIO,
DERECHO COMPARADO Y DERECHO
PENAL INTERNACIONAL**

CAPÍTULO I

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ

Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas, Venezuela. Quinto puesto de su promoción (1990). Especialista en Ciencias Penales y criminológicas, en la Universidad Central de Venezuela, Caracas. Tesis mención publicación (1998). Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Sobresaliente *cum laude* (2000). Participo en una investigación post-doctoral, en el Institut für Strafrecht und Rechtstheorie, Albert Ludwig Universität, en Freiburg i. Br., Alemania (2004-2005). Además, fue becario postdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt y del Servicio Alemán de Intercambio Académico —DAAD— (Alemania) del Instituto Internacional de Sociología Jurídica y del Instituto de Cooperación Iberoamericana (España) y de la fundación Gran mariscal de Ayacucho (Venezuela).

Actualmente, es profesor e investigador de derecho procesal, penal en la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas-Venezuela) y de derecho penal en la Universidad Central de Venezuela (Caracas-Venezuela). Ha participado como profesor invitado en la Universidad de León (León-España), Universidad de Zulia (Maracaibo-Venezuela) y Universidad de Carabobo (Valencia-Venezuela).

* Este breve escrito constituye el avance de un trabajo más elaborado que realizo actualmente para el libro colectivo anual del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, sobre la jurisprudencia de la CIDH. Se abordan, desde el punto de vista del derecho penal y del derecho penal internacional, los aspectos más relevantes desarrollados por la jurisprudencia de la CIDH sobre el crimen de desaparición forzada de personas.

1. ASPECTOS GENERALES

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de desaparición forzada de personas se refiere a ciertos puntos de carácter general a los cuales aludiremos brevemente antes de pasar a analizar los elementos constitutivos de este delito. Así, la CIDH aborda lo relativo a las fuentes aplicables para determinar la responsabilidad internacional del Estado en el caso de desaparición forzada de personas, cuestión importante para la tipificación del delito en la legislación interna de los Estados parte. También pone de relieve la obligación del Estado parte del sistema interamericano de protección de DDHH de tipificar este delito en su derecho interno conforme a unos estándares internacionales. Por último, como otro punto general digno de ser analizado, la CIDH califica la desaparición forzada como delito de lesa humanidad.

A. En cuanto a los dos primeros puntos, la jurisprudencia de la Corte considera que para determinar la responsabilidad del Estado en materia de desaparición forzada de personas no basta recurrir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino también, y especialmente, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹.

La consecuencia fundamental de acudir a esta fuente se vincula con la obligación que tienen los Estados parte de tipificar internamente el referido crimen con base en el artículo II de la citada Convención². En tal sentido, dispone el referido artículo:

“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de 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”.

¹ Así, por todas, Caso Gómez Palomino vs. Perú (22 de noviembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 94. La Convención especial aludida fue aprobada durante el vigesimocuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994.

² Caso Gómez Palomino, cit., párr. 96.

Resulta interesante pensar cómo debería ser la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en los países que han aprobado, además de la referida Convención regional, el Estatuto de Roma de la CPI (?), especialmente porque este último instrumento define de forma distinta el delito de desaparición forzada de personas. Así, establece su artículo 7(2)(i): “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 informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Entre ambas disposiciones existen claras diferencias. Así, la norma de la Convención regional expresa que el autor solo puede ser un agente del Estado, o una persona que obre con la autorización, apoyo o aquiescencia de él. Por su parte, la definición del Estatuto contiene, como posibles autores del delito, al Estado u “organización política”; por tanto, parece prever la posibilidad de que miembros de una organización subversiva enfrentada al Estado, paramilitar o guerrillera, pudieran cometer este hecho punible.

La definición de la Convención también implica que no se dé información del paradero de la persona, lo cual se interpreta en sí mismo como un impedimento del “ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. Según esto, la conducta de dejar a una persona por breve tiempo al margen del amparo de la ley, porque no se da información sobre su paradero, podría ser calificada como desaparición forzada de personas. Por su parte, la definición del Estatuto entiende la circunstancia de dejar al margen de la ley al detenido como un elemento subjetivo del injusto, es decir, como un fin perseguido por el autor del delito, el cual no es necesario lograr. En consecuencia, si la intención es hacer aparecer al detenido algunas horas o días después, no podría hablarse de desaparición forzada de personas, al faltar la intención de sacar del amparo de la ley a la víctima por un período prolongado. En resumen, literalmente interpretada, la tipificación de la Convención no implica la permanencia en el tiempo de la conducta, ni siquiera como intención ulterior perseguida por el autor. En cambio el Estatuto, si bien no requiere que dicha permanencia se realice realmente, sí exige que el autor la persiga. Más adelante volveremos sobre este aspecto.

La jurisprudencia reiterada de la CIDH, después de la entrada en vigencia de la Convención regional sobre desaparición forzada, ha sostenido la necesidad de que se tipifique como delito autónomo. Así, expresa, no basta recurrir para el castigo de esta conducta a delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio, ya que la desaparición forzada de personas constituye “un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del

detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreado otros delitos conexos”³. Este mandato de criminalización se concreta, como veremos posteriormente, en la elaboración de unos estándares mínimos que deben ser cumplidos por el Estado parte al momento de tipificar el referido delito de desaparición forzada de personas⁴.

Lo anterior lleva a considerar si la CIDH está facultada para imponerles a los Estados la obligación de tipificar el referido delito. En efecto, el artículo XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas faculta a la CIDH a conocer de casos de desaparición forzada, y por tanto a aplicar la referida Convención⁵. La Corte puede entrar a conocer si el déficit de punibilidad que exista en un país de la práctica de desaparición forzada de personas constituye una violación de los derechos consagrados en el Pacto de San José o una infracción a la propia Convención especial. Ahora bien, la CIDH ha hecho mucho más que eso, hasta el punto de exigir una forma de tipificación concreta. Si bien un órgano supranacional, especialmente si tiene como función la protección de los derechos humanos, puede realizar mandatos de incriminación a los Estados parte de una Convención, o en nuestro caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, consideramos que la forma de tipificación no debe ser obligatoria. Incluso, estrictamente hablando, es muy discutible que un Estado parte deba tener un delito denominado *desaparición forzada de persona* para el castigo de esta práctica, sin que pueda recurrir al concurso real de delitos (v. gr., homicidio y privación ilegítima de libertad) para sancionar esos casos. En efecto, la falta de punibilidad debería determinarse más bien por la ausencia de voluntad política en la persecución de dicho crimen más que por la ausencia de tipificación misma.

En la jurisprudencia de la Corte se nota un afán de controlar hasta el último detalle la forma de tipificación del delito de desaparición forzada de personas del Estado

³ *Ibid.*, párr. 92.

⁴ *Vid.*, como ejemplo, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (22 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 92. En esta sentencia expresa la CIDH: “El derecho internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el derecho internacional a prevenir, erradicar y sancionar” (*Idem*, párr. 92). Incluso en este caso, la Corte atribuye carácter de *ius cogens* a la prohibición de desaparición forzada de personas, así como el deber de investigar y sancionar a sus responsables (*Ibid.*, párrs. 84 y 93).

⁵ *Vid.* al respecto, CECILIA MEDINA QUIROGA, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2003, pág. 127.

parte. La Corte debería limitarse a establecer unos criterios generales que al menos permitieran evitar la impunidad, sin dictar directrices concretas en cuanto a los requisitos típicos del delito. Así, por ejemplo, indicarles a los Estados parte cómo debe entenderse el carácter ilegal de la detención parece ser una exageración, además porque la CIDH lo hace de forma errada, complicando la posible interpretación del tipo. Igualmente, la laxitud con que la Corte parece entender este delito puede resultar muy perjudicial para el principio de legalidad de los delitos y de las penas, en su aspecto de *lex stricta*, principio fundamental en el Estado de derecho.

B. La CIDH también ha definido la desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad, para lo cual cita incluso el Estatuto de Roma⁶. En este punto cabría preguntarse si la calificación de delito de lesa humanidad dada por la Corte tiene como fin que cada Estado parte, al tipificar este delito, le otorgue la misma naturaleza, lo cual pudiera tener relevancia a los fines de la imprescriptibilidad, prohibición de indultos y amnistías, etcétera.

También, pudiera pensarse que el carácter de lesa humanidad atribuido por la CIDH implica que el referido delito deba ser cometido en el contexto de un ataque “generalizado o sistemático” contra la población, elemento característico de los delitos de lesa humanidad establecidos en el Estatuto de Roma. Sin embargo, dado que el objetivo de la orden de tipificación que hace la CIDH a los Estados es evitar la práctica de la desaparición, sancionando cualquier acto al respecto, es lógico suponer que la CIDH no restrinja la desaparición forzada a los casos cometidos de forma general y sistemática. Esta conclusión, además, ha sido confirmada expresamente en alguna sentencia, como indicaremos posteriormente. Por tanto, la calificación de la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad, que hace la CIDH, no pasa de ser una mención rimbombante para subrayar que se trata de un delito muy grave.

2. ASPECTOS SUSTANTIVOS (ELEMENTOS DEL CRIMEN)

Como dijimos, la CIDH no se ha limitado a hacer recomendaciones de carácter general sobre la desaparición forzada de personas, sino que, por el contrario, ha dictado pautas referidas tanto al fin que debe cumplir la represión de este crimen como en lo relativo a la estructura (elementos) que debe contener el tipo penal de desaparición forzada de personas. A continuación nos referiremos a dichos criterios:

A) *Bien jurídico protegido*

La jurisprudencia de la CIDH reiteradamente ha sostenido que la desaparición forzada de personas es un delito “pluriofensivo”, una violación múltiple. Así, la

⁶ Caso Goiburú, cit., párr. 82.

Corte, en sus primeras sentencias sobre el tema, ha definido este delito como “una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención”⁷. Se trata, afirmaba la CIDH, de “un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto...”⁸. Además, sostuvo la Corte, dicho delito es una forma de “tratamiento cruel e inhumano”⁹, e incluso una violación del derecho a la vida por implicar frecuentemente “...la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron...”¹⁰.

Las consideraciones anteriores parecen cometer el error de definir los intereses lesionados por la desaparición forzada de personas, en virtud de lo que usualmente ocurre en la realidad, sin realizar un análisis jurídico-normativo de dicho crimen. Obviamente, a esta crítica pudiera responderse que la CIDH, en esos casos, determinó cuáles derechos humanos concretos resultaron lesionados por la práctica de la desaparición forzada, para así declarar la responsabilidad internacional del Estado. Es decir, sus conclusiones no estaban dirigidas a la posible tipificación de ese delito. Además, también las consideraciones que hace la CIDH pudieran explicarse por el hecho de que en el momento de las primeras sentencias aún no se había aprobado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada; de allí que la CIDH solo podía recurrir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se ensayaban posibles soluciones al respecto¹¹. También pudiera explicarse este tratamiento fáctico porque, en suma, dicho órgano tiene como fin determinar la responsabilidad internacional del Estado parte y no la de un sujeto en particular, lo cual facilita un tratamiento laxo del fenómeno de la desaparición forzada de personas.

En posteriores sentencias la Corte ha reiterado el carácter de violación múltiple de este delito¹², aunque se puede apreciar un matiz algo más jurídico para determinar los intereses lesionados por él. Así, se afirma que dicho delito viola la libertad personal (“privación arbitraria de la libertad”) y “pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido...”¹³. También se expresa

⁷ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (29 de julio de 1988. Fondo), párr. 155; igual, Caso Godínez Cruz vs. Honduras (20 de enero de 1989. Fondo), párr. 163.

⁸ Caso Velásquez Rodríguez, cit., párr. 155.

⁹ *Ibid.*, párr. 156.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 157.

¹¹ Al respecto, *vid.*, MEDINA QUIROGA, *op. cit.*, pág. 123.

¹² V. gr. Caso Blake vs. Guatemala (24 de enero de 1998. Fondo), párr. 65; Caso Goiburú, cit., párrs. 82 y ss.; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (12 de agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 112.

¹³ Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (25 de noviembre de 2000. Fondo), párr. 128.

que la desaparición forzada afecta la libertad personal, la integridad y la seguridad personales, y “pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos”¹⁴.

Por tanto, la desaparición forzada de personas implicaría la combinación de un aspecto lesivo, referido a la libertad personal, y un peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida. Es importante subrayar este último aspecto, ya que no sería necesaria la lesión de la vida, es decir, la muerte del detenido, para que se configurara este delito. En tal sentido, la referida Convención regional sobre desaparición forzada de personas prevé la posibilidad de que los Estados parte puedan establecer atenuantes de pena si los responsables contribuyen “a la aparición con vida de la víctima” (art. III, párr. 2º)¹⁵. Se confirma entonces que el injusto penal de la desaparición forzada de personas se mantiene aun en el caso de que posteriormente aparezca con vida la víctima. Para la consumación de este delito no es necesaria la muerte de la persona, aunque sí, nos parece, su puesta en peligro¹⁶.

La determinación del interés protegido en la desaparición forzada de personas es de suma importancia, especialmente porque ayuda a establecer el alcance de la conducta requerida para la configuración de este delito y el momento de su consumación. Estos aspectos obligan a analizar si el delito de desaparición forzada de personas supone una presunción de que la conducta previa de privación ilegítima de libertad acarrea *per se* un serio peligro para la vida, integridad física, etc., del detenido¹⁷, o si más bien, una vez afectada la libertad personal, habría que compro-

¹⁴ Caso Gómez Palomino, cit., párr. 92; Caso Blake, cit., párr. 66.

¹⁵ Así, MEDINA QUIROGA, *op. cit.*, págs. 126 y ss.

¹⁶ “Algunas veces la desaparición forzosa es conceptualizada como una violación agravada del derecho a la vida, debido a las violaciones de otros derechos cometidas con el afán de perpetuar la impunidad de los autores, así como por las consecuencias que tiene la desaparición de una persona en los derechos fundamentales de otras, en particular de los familiares de la persona desaparecida. Si bien esta apreciación es correcta en la mayor parte de los casos, es menester recordar que la desaparición no siempre entraña una violación consumada del derecho a la vida. La muerte de la víctima, como indica la última frase del artículo 1.2 de la Declaración (*scil.* Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas), no es elemento de la definición de la desaparición” (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, 2004, pág. 129).

¹⁷ Según MEDINA QUIROGA, la CIDH concibió, en sus primeros tres casos, la desaparición forzada como una presunción de violación del derecho a la vida (*op. cit.*, págs. 124 y ss.). También, puede citarse el caso Castillo Páez vs. Perú (3 de noviembre de 1997. Fondo), en la cual se expresa: “La Corte considera demostrada la violación del artículo 4º de la Convención que protege el derecho a la vida, ya que el señor Castillo Páez fue detenido arbitrariamente por agentes de la Policía del Perú; que dicha detención fue negada por las mismas autoridades, las cuales, por el contrario, lo

bar si efectivamente los demás bienes jurídicos fueron realmente puestos en peligro (peligro concreto), por dicha privación de libertad. La diferencia de matiz no es gratuita, y acarrea interesantes consecuencias. Incluso, sobre este punto un sector doctrinal ha sostenido, desde hace tiempo, que un delito semejante constituye una “tipicidad de mera sospecha”¹⁸.

Al respecto consideramos que debe descartarse la posibilidad de entender este delito como una presunción de muerte, o de peligro para la vida, derivada de la privación ilegítima de libertad. Entenderlo así sería concederles la razón al sector doctrinal que lo califica como “delito de sospecha”. Al respecto, creemos que este delito, en la definición que de él hace la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, pudiera entenderse como un tipo de peligro abstracto, en el sentido de que una privación de libertad sin suministrar información del paradero del detenido, ni permitirle ejercer el control de su detención, representa un *hecho estadísticamente peligroso* para los demás intereses (integridad física, seguridad personal y vida). Pero como el peligro abstracto, el peligro estadístico, no implica una presunción legal de peligro que no pueda desvirtuarse por prueba en contrario¹⁹, es descartable la existencia de dicho peligro si los autores de la privación ilegítima de libertad garantizan los demás derechos de la víctima, sobre todo la vida e integridad física de la persona que tienen detenida, aunque no ofrezcan detalles de su paradero. Así, piénsese en el caso de una privación ilegal de libertad practicada por agentes del Estado sobre un presunto delincuente, de tal forma que aun cuando no ofrezcan información sobre su paradero, su vida nunca corra peligro, en razón de que los funcionarios necesitan que el detenido se infiltre en la organización criminal a la cual pertenece y así capturar a los miembros de esta. Este es también el caso de los llamados, en Venezuela, “ruleteos” que realiza la policía al detener a alguien y llevarlo de comisaría en comisaría sin ofrecer información, pero luego aparece la víctima unas horas después de la detención. Si bien se trata de una práctica ilegal, una privación ilegal de la libertad, no constituye desaparición forzada de personas, por no ser una conducta apta, desde un punto de vista *ex ante*, para poner en peligro el resto de los intereses mencionados. Como desarrollaremos más adelante, el Estatuto de Roma sortea perfectamente todo este problema al exigir un especial elemento subjetivo del injusto en la tipificación de este crimen.

ocultaron para que no fuese localizado, y que desde entonces se desconoce su paradero por lo que se puede concluir que, *debido al tiempo transcurrido desde el 21 de octubre de 1990 a la fecha, la víctima ha sido privada de la vida...*” (párr. 71, bastardilla nuestra).

¹⁸ Por toda la doctrina tradicional, ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1962, págs. 808 y ss.

¹⁹ Así, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Barcelona, Reppertor, 1998, págs. 62 y ss. y 209 y ss.; *vid.*, también JUAN MODOLELL GONZÁLEZ, *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, 2001, págs. 240 y ss.

B) *Conducta típica*

1. Como hemos expresado, la CIDH ha puesto especial acento en la afectación de la libertad personal como conducta central de la desaparición forzada de personas, impidiéndole así a la víctima ejercer el control de la detención²⁰.

Sobre el carácter ilegal de la detención, ha expresado la jurisprudencia de la Corte que dicha detención no debe ser necesariamente ilegal *ab initio*: “Al limitar la privación de libertad en este contexto a aquellas situaciones en que esta sea ilegal, excluyendo así formas legítimas de privación de libertad, la tipificación del delito se aparta de la fórmula mínima convencional. Cabe resaltar que la fórmula contenida en la Convención Interamericana señala como elemento básico la privación de libertad, «cualquiera que fuere su forma». Es decir, no resulta relevante la forma en que se hubiese producido: lícita o ilícita, violenta o pacífica, por ejemplo”²¹. Esta afirmación es totalmente errada, ya que cuando la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas alude, como posible elemento del tipo, a cualquier forma de privación de libertad, se refiere a la modalidad de ejecución de la privación, es decir, a la manera en que se ejecuta, en modo alguno a su carácter ilegal, el cual está sobreentendido. En efecto, no puede existir este delito sin una privación ilegítima de libertad previa o concurrente. Es obvio que la privación de libertad legítima puede convertirse posteriormente en una privación ilegal (v. gr., una persona detenida en flagrancia no es puesta a la orden de un tribunal en el lapso legal establecido), pero solo cuando la ilegalidad de la detención comienza es cuando estrictamente podrá hablarse, si concurren el resto de los elementos, de una desaparición forzada de personas.

En cuanto a la mencionada ilegalidad de la detención, el artículo 7(2)(i), del Estatuto de Roma de la CPI define la desaparición forzada de personas como una “aprehensión, detención o secuestro de personas”, sin aludir expresamente al carácter ilegal de ella. Sin embargo, tal ilegalidad se deduce de la conducta descrita posteriormente: “la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas”, según expresa el Estatuto. La forma en que este describe la conducta de detención resulta más consona con la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas, en el sentido de que la ilegalidad deriva de la falta de información, de negarle a la víctima la posibilidad de controlar su detención, independientemente de que la privación de libertad haya comenzado siendo lícita o ilícita.

2. La falta de información sobre el paradero de la persona detenida es también considerada por la CIDH un elemento del crimen de desaparición forzada: “Un

²⁰ Caso Velásquez Rodríguez, cit., párr. 155; Caso Godínez Cruz, cit., párr. 163; Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras (5 de marzo de 1989. Fondo), párr. 148.

²¹ Caso Heliodoro Portugal, cit., párr. 192; en igual sentido, Caso Blanco Romero y otros vs. Venezuela (28 de noviembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 105.

elemento esencial de la desaparición forzada es la negativa de reconocer la privación de libertad. Este elemento debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se le relaciona, como por ejemplo el secuestro, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo”²².

Resulta interesante pensar en las consecuencias de esta “falta de información” en la estructura del delito de desaparición forzada. Es decir, ¿esta falta de información convertiría la desaparición forzada de personas en un delito de omisión? Incluso, ¿en un delito de comisión por omisión en virtud de un actuar precedente ilícito? Además, ¿sería necesario un requerimiento formal a los autores sobre el paradero de la víctima para que se diera este elemento? En este momento solo queremos dejar estas interrogantes en el aire, las cuales requieren mayor estudio para su respuesta.

3. Vinculado a lo anterior, la Corte añade como característica fáctica de la desaparición forzada la prolongación de la conducta traducida en “...el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan...”, hechos que constituyen “por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano...”²³. Aunque en estas afirmaciones la CIDH no parece referirse a la prolongación como elemento del delito, estas podrían llevar a pensar que en este delito la permanencia en el tiempo fuera un elemento fundamental de la conducta típica. Por tanto, si la desaparición se aborta a los pocos días de haberse privado ilegalmente de la libertad al detenido, solo habría tentativa. Incluso, en otra sentencia la Corte ha sostenido que ese aislamiento prolongado, la situación de incomunicación en la cual se encuentra el detenido, produce una “situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención”²⁴.

En todo caso, la prolongación de la privación de libertad, como elemento del tipo, contradeciría el artículo II de la citada convención regional sobre desaparición forzada, el cual nunca alude a ella. Al respecto, nuevamente resulta más coherente la definición contenida en el Estatuto de Roma, la cual reconduce dicha prolongación a un elemento subjetivo del injusto²⁵. Así, establece la parte final del

²² Caso Heliodoro Portugal, cit., párr. 198; Caso Gómez Palomino, cit., párrs. 103 y ss.

²³ Caso Velásquez Rodríguez, cit., párr. 156; igualmente, Caso Bámaca Velásquez, cit., párr. 150; Caso Godínez Cruz, cit., párr. 164; Caso Fairén Garbí, cit., párr. 149.

²⁴ Caso Bámaca Velásquez, párr. 150.

²⁵ Según la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la definición de la desaparición contenida en el Estatuto “es semejante a la de la Convención Interamericana, con un elemento subjetivo adicional que figura en la última frase del artículo 7.2.i)...” (*op. cit.*, pág. 131). No obstante, consideramos que hay más diferencias que ese solo elemento subjetivo entre las dos definiciones. Además, ese elemento subjetivo añadido cambia radicalmente la interpretación del tipo penal, como demostraremos *infra*.

referido artículo 7(2)(i) que la privación de libertad y la consiguiente falta de información sobre las personas deben haber sido realizadas “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”. Por consiguiente, se trata de un fin que debe perseguir el autor cuando realiza la conducta, pero que no es necesario lograr para la consumación del delito. Se trataría de un delito de “tendencia interna trascendente”, en el cual el tipo penal exigiría la presencia de un determinado fin en el autor cuando realizara la conducta, pero cuya consecución no es necesario lograr efectivamente para la consumación del tipo²⁶.

4. La jurisprudencia de la CIDH ha considerado que la responsabilidad internacional del Estado se ve agravada, en el caso de la desaparición forzada de personas, cuando esta “forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”²⁷, circunstancia que parece conducir a la CIDH a fundar su calificación como delito de lesa humanidad²⁸. Sin embargo, la consideración del elemento sistemático como simple agravante implica que para la CIDH un caso aislado de desaparición forzada también puede ser considerado delito, cuestión explicable en el derecho interno y en lo que hace a la responsabilidad internacional del propio Estado.

5. Así mismo la Corte ha sostenido que la privación de libertad y la negativa de dar información son modalidades “concurrentes”, no “optativas”²⁹: “[...] la normativa internacional requiere que ambos elementos estén presentes, tanto el de la privación de libertad, cualquiera fuere su forma, como el de la negativa de proporcionar información al respecto”.

C) *Sujeto activo*

A primera vista parece que el sujeto activo de este tipo penal solo pudiera ser un funcionario público que actuara en ejercicio de sus funciones, es decir, un funcionario u órgano del Estado. Al respecto, ha sostenido la jurisprudencia comentada que los autores o partícipes de este hecho pueden ser agentes del Estado, o personas que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado³⁰. La

²⁶ Al respecto, *vid.* MIR PUIG, *op. cit.*, pág. 263 (142); igualmente, EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal* (trad. Rodríguez Muñoz), t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, págs. 343 y ss.; HERIS JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humboldt, 1996, pág. 319.

²⁷ Caso Goiburú, cit., párr. 82.

²⁸ *Id.*

²⁹ Caso Heliodoro Portugal, cit., párr. 196.

³⁰ Caso Gómez Palomino, cit., párrs. 100 y 101; igualmente, Caso Blanco Romero y otros, cit., párr. 105. En este último caso, la CIDH señala que el delito de desaparición forzada de personas debe abarcar “la sanción de «personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado», y no limitarlo a «la autoridad pública» o «persona al servicio del Esta-

propia Convención regional sobre desaparición forzada restringe el sujeto activo de este delito a agentes del Estado y a personas que obren con su apoyo y aquiescencia. Por tanto, según lo anterior, sujeto activo de este delito nunca podría ser un miembro de una organización sublevada contra el Estado, esto es, grupos guerrilleros que buscan derrocar al Gobierno. El Estatuto de Roma, al definir el crimen de desaparición forzada de personas, va más allá al concebir que el sujeto activo pueda pertenecer a una “organización política”.

El delito comentado implica una ilegalidad de la detención, por menoscabar derechos del detenido. Por ende, presupone que la persona que lleva a cabo la privación de libertad tiene un deber jurídico especial de informar sobre el paradero del detenido y permitirle a este el controlar su detención. Se trata entonces de un delito de infracción de deber, en el sentido tradicional del término, ya que el autor tiene un deber extrapenal con respecto al sujeto privado de libertad. Dicho deber restringe el ámbito de la autoría a las personas que están obligadas a cumplirlo³¹. Incluso, esta posición se consolida con mayor fuerza en la definición que hace el artículo 2º de la Convención Interamericana, la cual se refiere al impedimento de ejercer “los recursos legales y... las garantías procesales pertinentes”. Estos deberes parecen que solo pudieran concurrir en órganos del Estados y no en grupos sublevados contra este.

No obstante, si ello fuera así, ¿por qué se previó que el sujeto activo pudiera obrar con aquiescencia del Estado, por ejemplo, un grupo paramilitar tolerado por este, o en complicidad con él, para declarar la guerra sucia contra insurgentes? En efecto, puede decirse que estos grupos tampoco tuvieran un deber respecto al detenido, como lo tiene estrictamente un órgano del Estado. Sin embargo, en este último supuesto el apoyo o la aquiescencia del Estado sería lo que generara su responsabilidad y fundamentara el deber respecto de la persona detenida.

D) *Carácter permanente de la desaparición forzada de personas*

Un punto central en la definición del delito de desaparición forzada radica en el carácter permanente que se le atribuye. En efecto, como hemos señalado, tanto la jurisprudencia de la CIDH como diversas normas internacionales consideran que la desaparición forzada implica una “violación múltiple y *continuada*” de va-

do». Por otra parte, la CIDH determinó en el caso Blake (cit., párrs. 75 y ss.) que patrullas civiles creadas como grupos de autodefensa debían ser consideradas como agentes del Estado, al actuar con la aquiescencia de este: “En consecuencia, la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a este los actos por ellas practicados” (*Ibid.*, párr. 78).

³¹ Al respecto, CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho* (trad. de Cuello y Serrano), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, págs. 385 y ss.

rios derechos de la Convención³². Aunque la Corte y la Convención Interamericana (art. III) empleen la frase “delito continuado”, el término correcto que se debiera utilizar sería el de “delito permanente”, ya que en derecho penal, el primer término mencionado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo.

Por otra parte, la Corte ha expresado que “...a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha... En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto [sic] dicha violación hubiera continuado...”³³. En consecuencia, una primera razón para darle carácter de delito permanente responde a la validez temporal de la ley y poder fundamentar la competencia de la Corte³⁴.

En cuanto a la definición de la permanencia, la Corte sostiene que “la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo solo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima”³⁵. En el ante-

³² Caso Velásquez Rodríguez, cit., párr. 155; Caso Bámaca Velásquez, cit., párr. 128; Caso Gómez Palomino, cit., párr. 92; Caso Goiburú, cit., párrs. 81 y ss.; Caso Heliodoro Portugal, cit., párrs. 34, 106 y ss.

³³ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, cit., párr. 34.

³⁴ No obstante, en algún caso la CIDH se ha manifestado contradictoriamente a propósito del carácter “continuado” de la desaparición forzada de personas, concretamente para afirmar su competencia sobre hechos acaecidos antes del reconocimiento de la competencia de la Corte (vid. al respecto, caso Blake, cit., párrs. 53 y ss.; comentarios de las sentencias sobre este caso, *vid.*, MEDINA QUIROGA, *op. cit.*, págs. 132 y ss.; igualmente, MARGARET POPKIN, “El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *ratione temporis*”, en *Cejil*, núm. 1, 2005, págs. 45 y ss; PABLO SAAVEDRA ALESSANDRI, “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Martín, Rodríguez y Guevara (comps.), *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, México, Fontamara, 2004, págs. 288 y ss.).

³⁵ Caso Heliodoro Portugal, cit., párr. 112; *vid.* también, en la misma sentencia, párr. 109. En el caso Goiburú, cit., la CIDH da a entender que el artículo 17.1 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992, “agrega un elemento más, ligado al deber de investigación, al señalar que el delito de referencia debe ser considerado permanente mientras su autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos” (párr. 83). Parece entonces, según el texto citado, que el delito fuera considerado permanente no solamente cuando la persona no hubiera aparecido, sino también cuando, aun habiendo aparecido, el caso no se hubiese esclarecido. Obviamente, esta última conclusión no puede ser acogida en el ámbito penal.

rior párrafo la Corte erróneamente entiende que la desaparición forzada no constituye un delito que se consuma en el momento de la privación de libertad, aunque la propia consumación se extienda en el tiempo, sino que la referida privación sería solo el comienzo de ejecución del delito. Por ende, según esta afirmación, una desaparición abortada después de la privación de libertad debería castigarse solo como tentativa. Más aún, de acuerdo con el párrafo transcrito, el delito terminaría cuando se conociera la suerte y el paradero de la víctima. Este párrafo parece devolvernos al problema planteado *supra*, relativo a la permanencia como elemento de este delito. Personalmente consideramos que la confusión en que incurre la CIDH parte de no concebir este crimen como un tipo de “tendencia interna trascendente”, en el sentido de que el autor persigue que la víctima quede al margen del amparo legal de forma permanente, pero esto no tiene por qué lograrse para la consumación del tipo penal.

3. BIBLIOGRAFÍA

JESCHECK, HEINS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS: *Lehrbuch des Strafrechts*. AT, 5ª ed., Berlin, Duncker & Humboldt, 1996.

MEDINA QUIROGA, CECILIA: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2003.

MEZGER, EDMUND: *Tratado de derecho penal*, t. I (trad. de Rodríguez Muñoz), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Barcelona, Parte general, Reppertor, 1998.

MODELELL GONZÁLEZ, JUAN: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, Livrosca, 2001.

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, 2004.

POPKIN, MARGARET: “El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *ratione temporis*”, en *Cejil*, núm. 1, 2005.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1962.

ROXIN, CLAUS: *Autoría y dominio del hecho* (trad. de Cuello y Serrano), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000.

SAAVEDRA ALESSANDRI, PABLO: “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en C. Martín; D. Rodríguez y José Guevara (comps.), *Derecho internacional de los Derechos humanos*, México Fontamara, 2004.

CAPÍTULO II

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO

Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa

KAI AMBOS / MARÍA LAURA BÖHM

Prof. Dr. KAI AMBOS

Nacido el 29 de marzo de 1965 en Heidelberg, Alemania. Realizó estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Albert Ludwig de Freiburg (Alemania), en Oxford (Gran Bretaña) y en München (Alemania). Primer examen estatal (1. Staatsexamen) 1990 en München, segundo examen estatal de juez (2. Staatsexamen) 1994 en Baden Württemberg/Tribunal provincial de Freiburg. Obtuvo su doctorado el 9 de diciembre de 1992 en la Universidad de München (Prof. Dr. Schüler Springorum), donde también tramitó su trabajo post-doctoral (Habilitation, con los Profs. Dr. Volk y Simma; involucrados también los Profs. Drs. Roxin, Schöck y Schünemann) que terminó en julio de 2001. Obtuvo la venia legendi para las materias Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Derecho Internacional y Derecho Comparado. Entre 1991 y 2003 se desempeñó, inter alia, como responsable de las áreas Derecho Penal Internacional (incluyendo Derechos Humanos) e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, en Freiburg, y como prof. asistente en la cátedra del Prof. Dr. Albin Eser. El 7 de mayo de 2003 fue nombrado catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg August de Göttingen. Es Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. El 24 de marzo de 2006 fue nombrado Juez del Tribunal Estadual de Göttingen. El 30 de abril de 2008 fue elegido Decano para Estudios (Studiendekan) de la Facultad de Derecho.

MARÍA LAURA BÖHM

Nacida en Buenos Aires en 1975, es abogada por la Universidad de Buenos Aires (1999) y Magister en Criminología por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Bs. As., 2003). Trabajó en diversos cargos en la Defensa Pública Oficial ante Tribunales Orales Criminales (Bs. As., 1995-2003). Entre 2004 y 2008 fue becaria de la Fundación Konrad-Adenauer. Obtuvo el título de *Diplom-Kriminologin* del Instituto de Investigación Social en Criminología (Universidad de Hamburgo, 2006), para el cual realiza actualmente su investigación doctoral. Desde octubre de 2008 se desempeña como asistente de investigación en la cátedra del Prof. Kai Ambos en la Universidad Georg August de Göttingen. Entre sus publicaciones cuentan contribuciones a revistas especializadas y trabajos colectivos de Argentina, Alemania y España; así como la coordinación de la obra colectiva *Políticas de Seguridad* (junto a Mariano H. Gutiérrez). Principales intereses de investigación: Derecho penal y modelos de seguridad, Sociología jurídico-penal de la postmodernidad, Derecho penal internacional.

OBSERVACIÓN PRELIMINAR

El siguiente estudio se basa en los informes individuales de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú y Uruguay publicados en este libro. Los países mencionados fueron seleccionados por la importancia práctica y normativa (derecho aplicable y jurisprudencia) que ha tenido y tiene en ellos el crimen de la desaparición forzada de personas. A diferencia de la situación colombiana, en los otros casos la práctica de la desaparición forzada ha tenido lugar sistemáticamente durante las dictaduras militares de las décadas del setenta y del ochenta del último siglo, es decir, antes que existiese una codificación internacional de esta práctica (la primera fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, CIDFP, de 1994). Esta sola circunstancia plantea problemas en común a todos estos ordenamientos y a la jurisprudencia que se sienta respecto de estos hechos¹.

En este capítulo se desarrollará en primer término un análisis comparativo de los informes nacionales reunidos en este volumen (1). Se presentarán así someramente los hechos (A) y el derecho aplicable (B) en los distintos casos nacionales, y la figura del secuestro como delito ordinario alternativo que fue considerado o aplicado por la jurisprudencia de los distintos países en casos de desaparición forzada de personas (C). Nos adentramos a continuación en las distintas interpretaciones que los comentadores realizan de la figura penal de desaparición forzada de personas en sus diversas formulaciones, tanto en su ámbito material (D) como procesal (E). En el último punto de esta primera parte se bosquejarán los problemas de la tipicidad más destacables (F). A continuación (2) se realizará una exposi-

¹ Sobre la “impunidad universal” de las violaciones de derechos humanos en general, aplicable al caso de los hechos de desaparición forzada de personas, véanse KAI AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005 (versión original en alemán: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004), pág. 33; *id.*, “Impunidad, CPI y Colombia”, en Fundación País Libre-Fundación Honrad Adenauer (Eds.), *CPI, Instrumento de paz para Colombia*, Bogotá, 2004, págs. 205 y ss.; *id.*, “Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional”, en RBCC (Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais), núm. 49, julho-agosto de 2004, págs. 48 y ss.; *id.*, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999; *id.*, “‘Impunidad’, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen, und Grenzen der Weltweiten Straflasigkeit von Menschenrechtsverletzungen”, en *Kritische Vierteljahreszeitschrift*, 1996, págs. 355 y ss.; CRISTOPH GRAMMER, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pág. 1.

ción de las fuentes A) y la jurisprudencia sobre desaparición forzada de personas en el ámbito del derecho penal internacional en la problemática penal material (B) y procesal (C). Para finalizar, se plantearán pautas para la formulación e interpretación de la figura y se propondrá un tipo modelo de la desaparición forzada de personas como conducta individual del crimen de lesa humanidad que incluya las formulaciones y problemas relevados en los distintos ordenamientos nacionales e internacionales (3).

1. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

A) *Hechos*

La desaparición forzada de personas, antes de ser analizada como una figura penal, debe entenderse como una estrategia de lucha y supresión de la oposición política². Con la denominación *desaparición forzada* se hizo referencia originariamente a la práctica que empezó en 1962 en Guatemala³ y se extendió al resto de Latinoamérica fundamentalmente durante las décadas de 1970, 1980 y principios de la década de 1990⁴ como parte de los planes estatales de “guerra contra la subversión”⁵. Estos programas fueron llevados a cabo casi exclusivamente por dictaduras y gobiernos militares *de facto*⁶ (el Plan Cóndor es un dato clave en este contexto)⁷. Si bien la técnica de “desaparecer” personas fue ampliamente utilizada por la anti-

² Sobre el desarrollo histórico fáctico y normativo de la desaparición forzada de personas, *vid.* por todos GRAMMER, *Der Tatbestand*, *op. cit.*, págs. 3, 7 y ss.

³ Cfr. sobre la desaparición forzada de personas en Guatemala, el Informe del Comité Pro-Justicia y Paz de Guatemala, *Situación de los derechos humanos en Guatemala: 1984*, Guatemala, diciembre de 1984; GRAMMER, *Der Tatbestand*, *op. cit.*, pág. 8; TULLIO SCOVAZZI y GABRIELLA CITRONI, *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Martinus Nijhoffs Publishers, 2007, págs. 10 y ss., 18 y ss., 87 y ss.

⁴ Cfr. SONIA PARAYRE, “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en IIDH, vol. 29, 1999, pág. 26; véase GIOVANNA FERNÁNDEZ VÉLEZ, *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pág. 40.

⁵ Cfr. GRAMMER, *Der Tatbestand*, *op. cit.*, págs. 7 y ss. [“Unterdruckungsmethode (“método de sometimiento”)”, pág. 8].

⁶ En general sobre la historia del contexto y los hechos de desapariciones forzadas de personas en Latinoamérica, véase Amnistía Internacional, *Desapariciones, passim*; GRAMMER, *Der Tatbestand...*, *cit.*, págs. 9 y ss.

⁷ Cfr. sobre el plan Cóndor, PATRICE MCSHERRY, *Predatory States. Der Operation Condor and Covert War in Latin America*, Boulder, CO: Rowman & Littlefield, 2005; Cecilia Menjívar y Néstor Rodríguez (Eds.), *When States Kill. Latin America, the U. S., and Technologies of Terror*, Austin, TX, University of Texas Press, 2005; SILVIA BORZUTZKY, “The politics of impunity: The Cold War, State Terror, Trauma, Trials and Reparations in Argentina and Chile” en *Latin American Research Review*, vol. 42, núm. 3, october 2007; NAOMI ROHT-ARRIAZA, *The Pinochet Effect. Transnational justice in the age of human rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005, págs. 150 y ss. El caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, CorIDH, sent. de 22 septiembre 2006, serie C, núm. 153, fue el primer caso en que la Corte juzgó hechos cometidos en el contexto de la Operación Cóndor. Véase sobre este caso SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, *cit.*, págs. 180 y ss.

gua Unión Soviética en la década del treinta del siglo pasado⁸, fue conocida a partir de prácticas de desaparición en el Tercer Reich alemán⁹, y aun continúa vigente en numerosos países¹⁰, puede afirmarse sin duda que la extensión temporal y

⁸ KAI CORNELIUS, *Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, págs. 116 y ss., realiza un detallado estudio de las prácticas soviéticas de detención sin información sobre ella, y critica (pág. 401) que se identifique en general la desaparición forzada de personas con Latinoamérica y que se quiera ver el primer antecedente en el decreto emitido por Hitler en 1941 (véase al detalle *infra* nota 9), ya que la antigua Unión Soviética habría hecho uso habitual de esta práctica de detenciones que llevaban al Gulag (acrónimo ruso de “*Glávnoye Upravlieniye Ispravitel’no-trudovij Lagueré*” [Dirección General de Campos de Trabajo], que existía desde mucho antes que Hitler hubiera llegado al poder. Como consecuencia de las prácticas de detención soviéticas, entre 1930 y 1953 fueron detenidas en cárceles y campos de trabajo y rehabilitación 11,8 millones de personas, de las cuales entre 1,6 y 1,7 millones murieron durante el encierro (*ibid.*, pág. 403). Más del noventa por ciento de las ejecuciones llevadas a cabo por la extinta Unión Soviética entre 1937 y 1938 (632.000 de 683.000) tuvieron lugar sin haber habido proceso ante jueces, sin testigos y sin defensores (*ibid.*, pág. 403). CORNELIUS reconoce sin embargo que no ha habido respecto de las prácticas soviéticas un juicio, como sí en Alemania, que las hubiera hecho visibles (*ibid.*, pág. 401). Cfr. también críticos sobre el “olvido” respecto de las prácticas soviéticas MICHAEL KLONOVSKY y JAN VON FLOCKEN, *Stalins Lager in Deutschland 1945-1950. Dokumentation, Zeugenberichte*, München, dtv, 1993, pág. 14.

⁹ Por medio del decreto secreto del 7 de diciembre de 1941, conocido luego a partir de los Juicios de Nürenberg como “Nacht-und-Nebel-Erlass” (Decreto Noche y Niebla), Hitler ordenó el secuestro de aproximadamente siete mil sospechosos de resistencia desde Francia, Bélgica, Holanda y Noruega y su traslado secreto a Alemania, a fin de evitar que en caso de ser sometidos a juicio y condenados a muerte fuesen convertidos en mártires por sus nacionales. De acuerdo con el decreto, estas personas podían ser detenidas por simples sospechas y ser “desvanecidas”, de modo que no pudiera obtenerse información sobre su paradero y situación. El fin de la medida era sembrar el terror mediante una “intimidación efectiva” de la población y de los familiares, ya que era de esperar que el miedo paralizase toda acción opositora. Cfr. sobre este decreto CORNELIUS, *Vom spurlosen Verschwindenlassen...*, *op. cit.*, págs. 85 y ss.; Amnistía Internacional, *Desapariciones*, Barcelona, Edit. Fundamentos, 1983, pág. 8; MESEKE, *Der tatbestand*, cit., pág. 229 y s.; SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 4 y ss.; DARRYL ROBINSON, “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, pág. 56. En el mismo sentido CHRISTOPHER HALL, “Article 7” (parcial), en Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., München, C.H.Beck, 2008, nota marginal 73, remite a este decreto como primer documento en que se dispuso la desaparición forzada de personas, y señala que habría sido fruto de la admiración que profesaba Hitler al terror generado por Stalin y al sistema de arrestos secretos utilizado por este. El primer juzgado y condenado por el delito de desaparición forzada de personas —en cumplimiento del decreto Nacht und Nebel— fue el mariscal de campo Wilhelm Keitel, en los Juicios de Nürenberg, juicio por el cual se hicieron visibles y conocidas estas prácticas del Tercer Reich. Cfr. sobre este primer caso MANFRED NOWAK, *Questions of Disappearances*, UN.Doc.E-CN.4-2002-71, págs. 7 y 27; CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 401; GERHARD WERLE y WULFF BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 6-2, München, C. H. Beck, 2009, núm. 85, nota al pie 277. Véase también la sentencia del Tribunal Militar Internacional del 1º de octubre de 1946, en *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher*, t. I, 1947 (págs. 189 y ss. para la sentencia contra Keitel y págs. 324-328, donde se especifica el veredicto).

¹⁰ Cfr. los informes más recientes que dan cuenta de la actual y continua utilización de esta práctica en el mundo: Amnesty International, *United States of America-Jordan-Yemen-Torture and secret detention: Testimony of the “disappeared” in the “war on terror”* (AI Index: AMR 51-108-2005, 4 Aug 2005); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, “Alleged secret

territorial de esta práctica en Latinoamérica hace de la desaparición forzada de personas un fenómeno con características regionales y temporales indudablemente ligadas a las dictaduras militares latinoamericanas del último tercio del siglo pasado¹¹. Si bien en este trabajo nos concentramos en Argentina¹², Brasil¹³, Chile¹⁴, Colombia¹⁵,

detentions in Council of Europe member states”, Information Memorandum II, Rapporteur: Mr. Dick Marty, AS-Jur (2006) 03 rev, 22 Jan. 2006; Reporte de Christos Pourfourides, Enforced Disappearances (Council of Europe Disappearances Report), Council of Europe, parl. Ass., Doc. 10679, 19 Sep. 2005, paras. 14.19 [donde se trata de desapariciones en Azerbaiyán, Belarús, Turquía, Rusia (República Checa) y Ucrania]; Amnesty International, *Urgent Action (Sri Lanka)* “Disappearance” —fear of torture or ill-treatment— health concern: Professor Sivasubramaniam Raveendranath (m), AI Index: ASA 37-035-2006, 20 Dec. 2006. Véase también SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 62 y ss., sobre la extensión de estas prácticas en Europa, Asia y África.

¹¹ Así también WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., págs. 868 (para esta y próximas referencias consúltese la obra en español de este autor: *id.*, *Tratado*). Con referencia sobre “prácticas aisladas”, en que no se trata de un actuar sistemático en el marco de doctrinas de seguridad nacional, sino como medidas de seguridad interior. Véase GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., págs. 16 y 18. Véase también como casos más actuales y de distinto tenor del contexto latinoamericano, el de las desapariciones forzadas realizada en el marco de la *war on terror*, en SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., cap. I. 6.

¹² En Argentina la dictadura militar que gobernó el país entre 1976 y 1983 dejó un saldo de al menos 8.960 personas desaparecidas, según los datos relevados en el informe *Nunca Más*, de la Conadep (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas). Cfr. también GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., pág. 10, con más literatura en nota 36. Sobre la desaparición forzada de personas en Argentina véase también MARCELO SANCINETTI y MARCELLO FERRANTE, “Argentinien”, en Albin Eser y Jörg Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, t. 3, Freiburg, Iuscrim, 2002; SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 15 y ss., 75 y ss. Sobre el Juicio a las Juntas (militares), véase GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., págs. 68 y ss. con más literatura en nota al pie 123.

¹³ En Brasil se registran 144 desaparecidos políticos durante la dictadura que rigió entre 1964 y 1985, de acuerdo con los datos relevados en *Dossiê Ditadura Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil (1964-1985)*; cfr. también el informe *Brasil: nunca mais*, Petrópolis, Arquidiocese de São Paulo, 1985.

¹⁴ En Chile al acabar el régimen militar había —al menos— 3178 desaparecidos, según los datos relevados en el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago de Chile, t. II, 1991, pág. 883; en el *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política*, Santiago de Chile, 1996, pág. 565, de la Corporación Nacional de Reconciliación y Reparación (informe que complementó los datos del Informe de la Comisión de 1991). Una detallada investigación sobre el caso chileno y en particular sobre la figura de Augusto Pinochet, véase en ROHT-ARRIAZA, *The Pinochet Effect*, cit. Cfr. también, GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., pág. 10, más bibliografía en nota 29. Para un informe detallado acerca de las reacciones jurídica y política que tuvieron lugar en Chile tras el paso del sistema dictatorial al sistema democrático, véase SALVADOR MILLALEO HERNÁNDEZ, “Landesbericht Chile”, en A. Eser, U. Sieber y J. Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Parte 11 (Chile-Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008, págs. 23-447.

¹⁵ En general sobre la desaparición de personas en Colombia, véase AA.VV., *Memorias del Seminario internacional sobre desaparición forzada. Derecho penal y Procesos restaurativos: Dilema y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano*, Bogotá, Fundación Social, 2006, en especial págs. 53 y ss., 115 y ss. Cfr. GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 13 con más indicaciones bibliográficas en nota 63.

Perú¹⁶ y Uruguay¹⁷, debe tenerse presente que también Bolivia, El Salvador, Haití, Honduras y México conocieron holgadamente esta práctica¹⁸. Algunos hechos particulares y su tratamiento al momento de la imputación, juzgamiento o extradición de los presuntos responsables se detallan a continuación de acuerdo con los aspectos dogmáticos que en cada caso cabe subrayar.

B) *Derecho aplicable*

Cada uno de los países comparados dispone de una normativa diferente respecto de la desaparición forzada de personas (en adelante “desaparición forzada”). Por ello es necesario realizar una breve reseña de la situación jurídica en cada uno de estos ordenamientos internos a fin de tener una acabada idea de la diversidad de tipos y dificultades que se presentan al momento de intentar hacer la unificación interpretativa dogmática de esta figura penal.

En Argentina la desaparición forzada como conducta individual del crimen de lesa humanidad fue incorporada al ordenamiento nacional en enero de 2007 mediante la ley 26200, que dispone la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y remite en el artículo 2° al artículo 7°, apartado 1° i) y apartado 2°, i) de dicho estatuto. El tipo penal es así el mismo establecido en el ECPI, mientras que como pena se establece en el artículo 9° de la ley 26200 entre 3 y 25 años. La CIDFP¹⁹ y la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF)²⁰ fueron incorporadas al derecho interno en 1995 y 2007, respectivamente. Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), sus disposiciones pueden ser directamente aplicadas en tanto sean suficientemente precisas.

¹⁶ En Perú le son atribuidos al Estado 4414 casos de desapariciones forzadas entre los años 1980 y 2000, tal como se encuentran registrados y documentados en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, t. VI., CVR, pág. 74. En general para el estudio del caso peruano, véase GIOVANNA VÉLEZ FERNÁNDEZ, *La desaparición forzada*, op. cit. Cfr. así mismo, GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 11 con más indicaciones bibliográficas en nota 40.

¹⁷ En Uruguay se registraron un total de 131 casos, según los datos relevados en la “Investigación histórica sobre desaparecidos en cumplimiento del artículo 4° de la ley 15848” (t. i). En general sobre el proceso de transición política y jurídica tras la última dictadura, véase GONZALO FERNÁNDEZ, “Landesbericht Uruguay”, op. cit., en A. Eser, U. Sieber y J. Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionprozesse*, Parte 11 (Chile-Uruguay), Berlin, Duncker & Humboldt, 2008.

¹⁸ Cfr. el cuadro elaborado por el grupo de trabajo de la ONU sobre personas desaparecidas en el lapso 1980 y 2000, en el cual los países latinoamericanos ocupan —con excepción de Irak y Sri Lanka— los primeros puestos en cuanto a cantidad de personas desaparecidas.

¹⁹ Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. En general sobre la Convención véase REED BRODY y FELIPE GONZALEZ, “Nunca Más: An Analysis of International Instruments on «Disappearances»”, en *Human Rights Quarterly*, 19, 1999, págs. 265-405.

²⁰ Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A-RES-61-177, res. del 20 de diciembre de 2006.

Brasil y Chile, por su parte, no tienen tipificada la figura de desaparición forzada de personas en sus ordenamientos internos ni han ratificado la CIDFP, por lo que tampoco les es exigible tal tipificación.

En Colombia se establece en el artículo 12 de la Constitución Política de 1991 la prohibición de desaparición forzada de personas²¹. Esta prohibición fue tipificada penalmente mediante la ley 589 del 6 de julio de 2000, que incorporó esta figura al Código Penal dentro del título III (“De los delitos contra la libertad individual y otras garantías”) como artículo 268A y fue luego reproducido en el vigente Código Penal del año 2000 (ley 599 del 24 de julio de 2000) como artículo 165, que dispone lo siguiente:

“El particular que *perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1000) a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

”A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior”^{22 y 23}.

Respecto del ordenamiento interno colombiano, cabe subrayar que la Constitución Política fue reformada (mediante aceptación expresa de la Corte Constitucional) a fin de aceptar pautas establecidas por el ECPI que sin dicha reforma resultaban inconstitucionales y que fueron aceptadas exclusivamente a los efectos de aplicar el ECPI en Colombia²⁴.

²¹ “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

²² Modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 (D. O. 45602 del 7 de julio de 2004): Art. 14.—“Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° de la presente ley [...]”. Las causales de agravación y atenuación están previstas en los artículos 166 y 167, respectivamente.

²³ Sent. C-317 de 2 de mayo de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. La frase en bastardilla fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional colombiana, ya que restringía al extremo el ámbito de protección establecido ampliamente en el artículo 12 de la Constitución Política, dado que particulares que no pertenecen a ningún grupo, o a ningún grupo armado, o a ningún grupo armado al margen de la ley no podrían ser considerados autores, aunque realizasen la conducta descrita.

²⁴ Véase al respecto el texto de LÓPEZ DÍAZ en este volumen.

En Perú se tipificó la desaparición forzada de personas en 1991 en el artículo 323 del Código Penal, dentro del capítulo II “Delitos de terrorismo”, del título “Delitos contra la tranquilidad pública”. Los delitos de terrorismo fueron, sin embargo, derogados del Código Penal por decreto-ley 25475 del 5 de mayo de 1992 e insertados en una ley especial que no incluía la desaparición forzada de personas. Esta última figura fue vuelta a incorporar al Código Penal por decreto ley 25592 del 26 de junio de 1992, como artículo 320 y bajo el título de los “Delitos contra la humanidad”. El texto es básicamente el mismo de 1991, con el agregado de que la desaparición debe ser “debidamente comprobada” (lo cual no resulta acorde con los estándares internacionales)²⁵. El mencionado artículo 320 estipula:

“El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2”²⁶.

En Uruguay la figura de desaparición forzada se tipificó como crimen de lesa humanidad en el artículo 21 de la ley 18026 del 25 de septiembre de 2006²⁷, donde se establece como delito de tipo permanente (mientras se desconozca el destino de la persona desaparecida) e imprescriptible²⁸. El artículo 21 de dicha ley dispone:

“21.1.: El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte, será castigado con dos a veinticinco años de penitenciaría. 21.2.: El delito de desaparición forzada será considerado como [sic] delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. 21.3.: El juez podrá considerar como [sic] atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias: a) que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo menor a diez días; b) que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido”.

²⁵ Véase sobre este aspecto *infra* nota 197 y texto principal.

²⁶ Por aplicación del artículo 29 del Código Penal peruano, que establece un máximo de 35 años para las penas privativas de la libertad temporal, este máximo debe ser entendido para la desaparición forzada de personas precisamente.

²⁷ Ley 18026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, sancionada el 25 de septiembre de 2006 (publicada D. O. 4 oct-006 – núm. 27091).

²⁸ En la misma ley se establece en el artículo 7° que “los crímenes y penas tipificados en los títulos I a III de la parte II de la presente ley son imprescriptibles”, por lo que la desaparición forzada de personas queda abarcada por esta disposición.

Ya con anterioridad a esta ley Uruguay había aprobado la CIDFP (1995) y el ECPI (2002). Precisamente en cumplimiento del compromiso asumido internacionalmente fue sancionada la ley que tipificó la figura de la desaparición forzada de personas.

C) *¿Secuestro como delito ordinario alternativo?*

Antes de adentrarnos en el análisis material de la figura de la desaparición forzada, conviene acentuar que en varios de los casos de jurisprudencia analizados en los informes nacionales no se ha recurrido a esta figura al momento de realizar las imputaciones correspondientes o al momento de juzgar sobre ellas. La lógica explicación reside en que, como acaba de exponerse, la desaparición forzada no era una figura penal tipificada en ninguno de los ordenamientos nacionales al momento de comenzar la ejecución de los hechos en cuestión. En los casos analizados respecto de Brasil (pedido de extradición por desaparición forzada de personas, extradición 974-5 y extradición 1079) y Chile (caso Liquiñe) se recurre expresamente al análisis de los hechos a partir de la figura del secuestro o privación ilegítima de la libertad vigente al momento de los hechos. Mientras que en el primer caso destacan las diferencias propias de ambas figuras y se rechazan por tanto los pedidos de extradición por la falta de correspondencia de los ordenamientos²⁹, se condena en el segundo por secuestro agravado³⁰. También en Perú se evaluó la correspondencia entre el secuestro y la desaparición forzada de personas y se realizó la distinción entre ambas figuras, fundamentalmente a partir del bien jurídico protegido, que es múltiple, en el caso de la desaparición forzada de personas pero no en el secuestro³¹. Al profundizar estas diferencias se cita en la sentencia un fallo de la Corte colombiana³², en el cual destaca además que la desaparición forzada —a diferencia del secuestro— requiere dos actos, a saber: la privación de la libertad (que puede ser legal *ab initio*, a diferencia del secuestro)

²⁹ Véase el texto de ALFLEN DA SILVA en este volumen. En lo fundamental se sostiene que mientras que el secuestro puede ser cometido por cualquier persona, la desaparición forzada de personas es un delito especial y que el tipo subjetivo del secuestro no requiere una intención especial que, como se verá más adelante, sí es requisito fundamental de la desaparición forzada de personas. Sobre el requisito de la doble criminalidad en el derecho de extradición, véase KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, *op. cit.*, § 10 nota marginal 75 con más referencias.

³⁰ Véase el capítulo de GUZMÁN DALBORA en este volumen. Importante es que no obstante las numerosas pruebas secundarias e indicios de las ejecuciones de los detenidos, no se pudo condenar por homicidio ya que la jurisprudencia chilena exige para esta condena que el cadáver o los restos sean reconocidos y el fallecido, identificado, y en este caso los cuerpos habían sido arrojados al río y arrastrados por la corriente.

³¹ Así lo decidió la Sala Penal Nacional en el caso Castillo Páez: “Mientras la tipificación de la desaparición forzada busca la protección de una multiplicidad de bienes jurídicos [...] el secuestro solamente protege el bien jurídico de la libertad y autonomía personal”. (Sent., Consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos, pág. 29). Véase el texto de MEINI en este volumen.

³² Corte Const. de Colombia, sent. C-317 de 2002 (M. P. Clara Inés Vargas).

y la negativa a reconocer dicha privación o de dar noticia al respecto (elemento que no está presente en modo alguno en el secuestro, ya que la obligación de informar sobre el secuestro implicaría una flagrante violación al derecho de no incriminarse —*nemo tenetur se ipsum accusare*—, establecido en todas las legislaciones aquí revisadas).

D) *Derecho material de la desaparición forzada de personas*

a) *Bien jurídico*. Respecto del bien jurídico protegido, las opiniones pueden ser divididas en dos grupos.

ALFLEN DA SILVA y LÓPEZ DÍAZ entienden que se trata de la protección de *múltiples derechos esenciales* (idea que claramente sigue la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorIDH, como se verá luego). Entre los bienes mencionados se encuentran conjunta o alternativamente mencionados la vida, la integridad física, la libertad, el derecho a no ser sometido a tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, etc. LÓPEZ DÍAZ subraya que si bien se ven afectados múltiples bienes jurídicos, el bien jurídico principalmente afectado es el de la libertad, por lo que para definir la ley aplicable a los hechos investigados es fundamental que la ley que se aplique haya estado vigente al momento de empezar la ejecución, que es precisamente el momento en que se priva de la libertad³³.

Un segundo grupo, que entre los comentadores reunidos en este tomo se ve representado fundamentalmente por GALAIN PALERMO y por MEINI, sostiene que efectivamente hay muchos y muy básicos bienes jurídicos que pueden ser afectados por la desaparición forzada de personas (la libertad, la vida, la integridad física, etc.). Estos autores ponen de resalto, sin embargo, que no son esa multiplicidad de bienes (que se encontrarían en un primer nivel) los que están siendo protegidos por esta figura penal y que la caracterizan y hacen necesaria. Se supone, como subraya MEINI, que una nueva figura penal debe cubrir un vacío y no ser sancionada como mera agravante de figuras ya existentes (como podría ser en este caso su relación con la figura del secuestro o de la privación ilegítima de la libertad, que tienen por bien jurídico protegido la libertad individual). Este comentador evalúa con todo detalle y descarta los distintos bienes jurídicos que no son protección específica de la figura de la desaparición forzada de personas. Así, explica, no se trata de la vida, ya que el delito puede consumarse aunque la víctima no muera, y, por otro lado, desde el momento en que la persona desaparecida muere —si es que se diese este caso— el delito de desaparición forzada de personas cesa. El concepto jurídico de desaparecido no es, según MEINI, sinónimo de “desconocimiento del destino del sujeto”, sino de “desconocimiento de su ubicación en tanto sujeto a quien se protege jurídicamente su personalidad”. Es decir, la desaparición

³³ Cfr. LÓPEZ DÍAZ en este mismo volumen.

ción forzada de personas —como también sostiene LÓPEZ DÍAZ— solo se ejecuta en tanto haya una víctima viva. La vida no puede ser entonces el bien jurídico protegido. Tampoco lo es la integridad física o psíquica de la persona desaparecida, ya que si bien estos bienes se ven generalmente afectados por el delito de desaparición forzada de personas —y en tal caso deberían ser aplicadas las reglas del concurso ideal de delitos—, este crimen también puede ejecutarse sin que tales lesiones a la integridad física o psíquica se concreten. Tampoco se protege en forma específica la libertad individual, ya que (como se vio por ejemplo en el art. 230 del C. P. peruano) la desaparición forzada no requiere que la privación de la libertad sea ilegal *ab initio*, pudiendo tratarse de una detención por delito cometido en flagrancia o con base en orden fundada del juez.

En la desaparición forzada, dice GALAIN PALERMO —que no niega como MEINI la pluriofensividad del delito—, se trata más bien de las *capacidades, seguridades o circunstancias que son necesarias para el libre ejercicio de la vida social*, que asegura a su vez el libre ejercicio de los derechos humanos y la protección de estos³⁴. En este nivel, por tanto, característico de la protección que se pretende mediante la figura de la desaparición forzada de personas, el bien jurídico se muestra en una doble expresión. En lo *personal* se ve afectado el ejercicio de los derechos para la salvaguardia de los derechos del primer nivel antes mencionado, y en lo *colectivo*, se ve afectado el interés social en el normal funcionamiento de la administración de justicia. Si bien MEINI no diferencia estos dos niveles, sus reflexiones complementan las ideas expuestas, ya que sostiene que con la figura de la desaparición forzada de personas opera una *sustracción jurídica de la víctima de la protección que merece como persona*; la infracción del deber supone en sí misma la posibilidad de que ello suceda. Si se parte entonces de que el delito de desaparición forzada se ejecuta mediante la infracción de un deber que supone la sustracción jurídica del sujeto, el bien jurídico protegido sería entonces la *personalidad jurídica*. Esta abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detracción del sujeto del sistema jurídico, lo que directamente afecta el bien jurídico de la administración de justicia en el aspecto colectivo.

b) *Elementos generales o de contexto*. Este requisito tiene directa vinculación con el carácter de *crimen de lesa humanidad* de la desaparición forzada. El concepto *lesa humanidad*, como es definido en el artículo 7° ECPI, se refiere a hechos cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático, que se realiza con la participación o tolerancia —*de iure* o *de facto*— del poder público, y que tiene por destinataria a una población civil. Los tres elementos que conforman el contexto que hace de un delito un crimen de lesa humanidad son, por tanto: a) la sistematicidad o generalidad del ataque; b) la participación del poder público, y c) la

³⁴ En este sentido puede leerse también la jurisprudencia uruguaya, que subraya que no se trata solo de la privación de la libertad, sino que el factor de “incertidumbre” es lo que caracteriza al delito y debe ser evitado. *Vid.* al respecto el artículo de GALAIN PALERMO en este volumen.

comisión de los hechos en agravio de una población civil³⁵. Estos elementos constituyen el contexto en que deben cometerse los hechos descritos como desaparición forzada, para que pueda tenerse efectivamente por constituido el delito como crimen de lesa humanidad; en caso contrario, constituiría solamente un crimen individual. La pregunta es si una construcción como crimen individual, es decir, sin elemento de contexto, merece ser calificado como desaparición forzada con todas las consecuencias de un crimen internacional, o sea, imprescriptibilidad, jurisdicción internacional, prohibición de la amnistía, etcétera. Sobre este punto volveremos más adelante [*infra* 2. B) b)].

Como pudo advertirse de los ordenamientos nacionales citados, el así llamado “elemento de contexto” de la figura de la desaparición forzada es únicamente requerida por aquellos ordenamientos que han incorporado sin modificaciones el texto del ECPI, como es el caso de Argentina. En los tipos penales legislados en Colombia, Perú y Uruguay no se hace en cambio mención alguna a los elementos de contexto. Al no exigirse que los hechos sean cometidos en un contexto especial para poder ser considerados desaparición forzada, la aplicación de la figura se amplía considerablemente, pierde un elemento de gravedad sustancial y plantea por tanto dificultades si se pretendiese sostener el carácter de crimen de lesa humanidad. Así lo entiende por ejemplo GALAIN PALERMO, cuando en crítica al ordenamiento uruguayo considera que este crimen solo puede ser cometido en forma generalizada o sistemática, como exige el ECPI, pero subraya que no es necesario que este elemento de contexto se manifieste explícitamente en una norma escrita³⁶. También LÓPEZ DÍAZ considera que el delito de desaparición forzada de personas es de lesa humanidad que solo puede ser imputado en caso de que los hechos hayan sido cometidos en forma generalizada o sistemática, lo cual a su criterio no fue el caso de los hechos de la “Toma del Palacio” por ella analizados³⁷, ya que se habría tratado de hechos particulares que solo pudieron afectar a quienes se encontraban en ese momento en ese edificio³⁸. En caso de que la actual figura penal colombiana hubiese estado vigente al momento de (comienzo de) los hechos, debería colegirse por tanto que los hechos en cuestión sí encuadraban en la conducta descrita por el tipo penal del artículo 165 del Código Penal, pero que tal adecuación no implicaba que se estuviera ante un delito de lesa humanidad. El ordenamiento colombiano vigente, por tanto, no se correspondería con las exigencias del ECPI (que exige precisamente que el crimen en cuestión sea im-

³⁵ *Vid.* sobre el elemento de contexto con más detalle AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7, notas marginales 182 y ss.; *id.*, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 168 y ss. Véase también el capítulo de MEINI en este volumen.

³⁶ *Vid.* el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen.

³⁷ *Vid.* la referencia al caso en su capítulo en este volumen.

³⁸ Esta interpretación nos parece discutible, dado que en 1985 la práctica de las desapariciones tenía lugar en forma generalizada en el marco del combate de la guerrilla. *Vid.* JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Crímenes de lesa humanidad*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1998, pág. 261.

prescriptible, sea sometido a jurisdicción internacional, etc.). Esta falta de correspondencia resulta por demás llamativa, si se tiene presente que la ley 589 del 6 de julio de 2000, que sancionó por primera vez la figura penal de la desaparición forzada de personas, precisamente tuvo por objetivo cumplir con el mandamiento del ECPI al tipificar en el ordenamiento interno los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

c) *¿Delito especial?* En los ordenamientos nacionales la desaparición forzada de personas es sancionada mayoritariamente (en concordancia con la figura en el ámbito internacional) como delito especial, es decir, un delito que solo puede ser cometido por quienes revisten una calidad especial. Así se sanciona en Perú en el artículo 320 del Código Penal (“El funcionario o servidor público”) y en Uruguay en el artículo 21.1. del Código Penal (“siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado”). La calidad especial del tipo penal de la desaparición forzada de personas refleja claramente la naturaleza de las prácticas que dieron origen a tal tipificación. Precisamente en el contexto de dictaduras latinoamericanas las desapariciones forzadas se dieron fundamentalmente en manos de agentes estatales. Así también lo ponen de manifiesto los casos comentados, en que se trata en su totalidad de hechos cometidos por uniformados. Los comentaristas explican que el carácter especial de este delito está estrechamente relacionado con la estructura típica misma. Dado que se trataría de un delito de infracción del deber³⁹, solo puede ser cometido por quien tiene un deber extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad⁴⁰. Al respecto subraya incluso MEINI que la mera condición de agente estatal o de servidor público no es suficiente para poder ser autor de este delito, sino que también debe comprobarse que el sujeto en cuestión sea competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del sujeto. Es decir, no cualquier funcionario público puede ser autor del delito, aunque —según la jurisprudencia peruana, partidaria de la teoría de la unidad del título de imputación y por tanto de la responsabilidad del *extraneus* en delitos especiales— sí cualquiera puede ser cómplice. Así, según MEINI, aunque quien intervenga en la detención sea un funcionario público, si no tiene la obligación de informar sobre el paradero o situación del sujeto, no podrá responder como autor del delito: sería más bien cómplice de la desaparición forzada y en todo caso autor de secuestro agravado por actuar como funcionario público (C. P. peruano, art. 152.3).

El ordenamiento de Colombia, por su parte, se aparta de la idea del delito especial ya que extiende la posibilidad de autoría a cualquier persona, es decir, también a los particulares sin vinculación alguna con el Estado o con agrupación política alguna. El tipo penal preveía como autores exclusivamente a “grupos armados al margen de la ley” (C. P., art. 165), lo cual, tras una revisión constitu-

³⁹ Sobre esto en detalle *infra*.

⁴⁰ Véase la posición de MODOLELL GONZÁLEZ en este volumen.

cional, este artículo fue declarado inexecutable⁴¹. De esta manera el tipo penal se encuentra hoy descrito en una forma amplia que no restringe el ámbito de posibles autores; lo cual resultaría concordante con el artículo 12 de la Constitución Política, que prohíbe la desaparición forzada de toda persona, independientemente de quién sea el autor de tal desaparición. LÓPEZ DÍAZ considera esta ampliación a la vez atractiva y problemática, ya que los particulares no tienen el deber constitucional ni legal de dar información o de autoincriminarse, como sí los agentes públicos, y por tanto no pueden ser obligados a ello. Por esta razón entiende LÓPEZ DÍAZ, al igual que MEINI al analizar el tipo colombiano, que si un particular cometiese un hecho tal como está descrito en el artículo 165 del Código Penal, no se trataría de desaparición forzada de personas, sino de secuestro⁴². La amplitud del tipo penal colombiano presenta por tanto inconvenientes que no se encuentran en los demás ordenamientos nacionales ni en el ordenamiento internacional, como será desarrollado oportunamente.

d) *Conducta típica*. En cuanto a la conducta propiamente dicha, la mayoría de los ordenamientos y de los comentaristas coinciden en que se trata de un delito que puede subdividirse en dos fases, a saber: la primera corresponde a la *privación de la libertad*, y la segunda, a la *no información sobre esta situación de privación de la libertad*. Estas dos fases —que coinciden con las previstas en los ordenamientos y jurisprudencia internacionales⁴³— se describen e interpretan de distintas maneras.

La pregunta central bien apuntada por GALAIN PALERMO es: ¿En qué momento el privado de libertad desaparece? Compartimos su respuesta: la desaparición se consuma precisamente cuando el autor “hace desaparecer” a la persona privada de libertad al omitir brindar información y sustraer de este modo a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa (nivel personal de afectación del bien jurídico) e impedir que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección (nivel colectivo de afectación del bien jurídico).

Ahora bien, ¿en qué consisten y en qué forma se conectan ambas fases desde el comienzo de ejecución y la consumación del delito?⁴⁴. Los elementos indicados

⁴¹ Cfr. *infra* nota 23 y texto principal.

⁴² Véanse las consideraciones de ambos comentaristas en sus respectivos textos en este volumen.

⁴³ Sobre la interpretación de los elementos del tipo objetivo en el ordenamiento penal internacional véase *infra* 2. B).

⁴⁴ A esta pregunta responde GALAIN PALERMO con cuatro posibles interpretaciones, de las cuales acepta y adopta como propia la cuarta, que es la que consideramos en el texto principal. Las otras tres interpretaciones pueden resumirse como sigue: *Primera interpretación*: el tipo penal de desaparición forzada de personas comienza a ejecutarse con la privación de la libertad y se consuma con la primera negación de esta situación. Se trataría así de un delito instantáneo con efectos permanentes. Si se aplicase esta interpretación al caso de desaparición por él comentado, se estaría violando el principio de irretroactividad. En una *segunda interpretación* plantea el comentador que po-

en las normativas nacionales e interpretadas por la doctrina y sus comentadores son los siguientes:

a) *Privación de la libertad*. La privación de la libertad exigida por los ordenamientos colombiano [“El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma (...)”, C. P., art. 165]; peruano [“(...) que prive a una persona de su libertad (...)”, C. P. art. 320] y uruguayo [“El que de cualquier manera y por cualquier motivo (...) procediere a privar de libertad a una persona (...)”, ley 18026, art. 21.1] puede ser interpretada de dos formas: esta privación de la libertad puede entenderse, así lo sostiene LÓPEZ DÍAZ, como primera conducta exigida del tipo, y por tanto como conducta con la que empieza la ejecución del hecho. Una segunda interpretación, sostenida por GALAIN PALERMO y MEINI, es entender a esa privación de la libertad como presupuesto y no como elemento del comportamiento típico. Este estaría en este caso conformado únicamente por la segunda fase del delito, mientras que la privación debe verse más bien como la situación en que dicho comportamiento típico tiene lugar. Ya sea que se sosten-

dría tratarse de un delito de omisión impropia o comisión por omisión, en el que se establece un mandato que obliga a determinados autores a “evitar la desaparición de personas”. Se trataría así de un delito (tal como es exigido por el tipo) de ejecución permanente, ya que se trataría de un incumplimiento constante durante el tiempo que no se evitara esa desaparición. En este caso la cuestión central residirá en la prueba de la voluntad del autor especial (véase la literatura en que basa GALAIN PALERMO esta afirmación en su texto en este volumen); esta idea, por otra parte, se ve corroborada por la jurisprudencia chilena analizada por GUZMÁN DALBORA, a cuyo texto remitimos), ya que la permanencia en la ejecución no puede depender de que sean hallados los restos o no, sino del dominio voluntario del hecho de parte del autor. En esta interpretación la privación de la libertad de la víctima sería una condición necesaria del tipo de desaparición forzada de personas, estando el núcleo central del injusto en la omisión posterior de brindar información. Con esta interpretación la omisión del deber de salvaguarda sería permanente, la lesión al bien jurídico (individual y social) sería actual al momento del juzgamiento, y por tanto no habría lesión al principio de legalidad (no habría lesión al principio de legalidad porque se estaría aplicando la ley 18026, publicada el 4 de octubre de 2006, es decir, con anterioridad a la imputación y al juicio). Sin embargo, en esta interpretación, el conocimiento acerca de la situación de “desaparición” (que pone en posición de garante por inferencia) estaría dado por la participación de alguna forma en la privación de la libertad, lo que reduce el número posible de autores (en contra de la norma extensiva corroborada por la posibilidad de la segunda variante) y exigiría además que ese ponerse —por inferencia— en posición de garante hubiese tenido lugar —como todo comienzo de ejecución—, ya en vigencia del tipo penal que la estipulara (consúltese la nota 81 en el texto de GALAIN PALERMO). Esta interpretación tampoco resulta convincente, dado que la misma descripción típica estaría determinando la inferencia, sin ser necesario que se recurriera al “hacer precedente” para configurarla, lo que se ve reafirmado además por la posibilidad de que la privación de la libertad fuera legítima, lo que impediría hablar de una posición de garante fundada en una inferencia ilegítima. Una *tercera interpretación* podría postular que se tratara de un delito de omisión propia o pura, para lo cual la norma debe ser interpretada, al igual que en el caso anterior, como el mandato de “evitar la desaparición de personas”, en el que la privación de libertad no formaría parte de la conducta típica, sino su condición necesaria. Esta interpretación iría en contra de la idea de permanencia dada por el tipo penal, ya que sería de consumación instantánea.

ga una u otra interpretación, en ningún caso se exige que dicha privación de la libertad sea ilegítima *ab initio*.

b) *No información sobre la privación de la libertad*. Respecto de esta segunda fase, los ordenamientos nacionales difieren entre sí, previendo distintos requisitos para la acción delictiva.

En el ordenamiento peruano, la descripción de la segunda fase reza: “[...] ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada [...]” (C. P., art. 320). MEINI sostiene que el tipo penal debe ser interpretado en el sentido de un incumplimiento de deber. El delito de desaparición forzada de personas implicaría así —y es así también desarrollado en la jurisprudencia nacional— el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado a fin de garantizar los derechos reconocidos en la CIDFP⁴⁵. Subraya así mismo el comentador que es determinante el que el deber no se cumpla en la forma y plazos establecidos en cada caso por la ley, por lo que no es necesario que el funcionario sea emplazado para que le pueda ser exigido el informar. Así lo ha entendido también la Corte Constitucional de Colombia —a la que precisamente MEINI hace referencia para fundar su opinión—: “No es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona”⁴⁶. Esta posición es también compartida por LÓPEZ DÍAZ y explicada por ella a partir del artículo 33 de la Constitución colombiana, que prohíbe la obligación de autoincriminarse⁴⁷.

En el ordenamiento colombiano la figura presenta además un elemento en esta segunda fase que no se explicita en las figuras de los otros países: “Seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley” (C. P., art. 165). El *sustraer del amparo de la ley*, sin embargo, no debe ser considerado requisito adicional, sino una expresa mención del núcleo del injusto que, como bien expresaron GALAIN PALERMO y MEINI, se refiere a la posibilidad de acción y ejercicio de derechos y al efectivo funcionamiento de la administración de justicia.

De igual manera, se interpreta el ordenamiento de Uruguay, que dice: “[...] seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte [...]” (ley 18026, art. 21.1). La idea de esta norma es evitar la

⁴⁵ *Vid.* el capítulo de MEINI en este volumen.

⁴⁶ *Vid.* Corte Constitucional, sent. C-317 de 2 mayo 2002.

⁴⁷ “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. Véase al respecto el capítulo de LÓPEZ DÍAZ en este volumen.

omisión de un mandato⁴⁸. Y este mandato es distinto de denunciar el delito, ya que se está exigiendo a determinados autores evitar la desaparición forzada de personas privadas de la libertad. En su segunda variante [“o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte (...)”]⁴⁹ se prevé el delito únicamente como delito de omisión y se extiende la obligación de brindar información a cualquier agente estatal o particular con su apoyo que no haya participado de la privación de libertad pero conoce sobre el hecho de la privación o sobre el destino del privado de la libertad. GALAIN PALERMO acepta que pueda exigirse a un funcionario público brindar información, ya que tiene un deber específico de colaboración para evitar así cometer el delito de encubrimiento (aunque esta figura ya se encuentra prevista en forma autónoma en el ordenamiento uruguayo), pero no acepta en cambio esta exigencia respecto de un particular, que no puede ser obligado a autoincriminarse. Esta segunda variante, por tanto, no tendría razón de ser. Sí consideramos relevante, sin embargo, que si la segunda fase del delito ha sido considerada suficientemente importante como para poder configurar el delito por sí misma, pondría de manifiesto que precisamente esta segunda fase del delito fuera la central para la configuración de la desaparición forzada de personas —idea que también resaltan los comentadores aquí reseñados—. GALAIN PALERMO postula por tanto que se trata de un delito de *omisión impropia*, en que la posición de garante subsiste por designio típico y el tipo es así un delito especial. La posición de garante se conformaría a partir del deber especial extrapenal que emerge del papel concreto de funcionario⁵⁰ —o asimilable a funcionario—, función que sería anterior a la tipificación de la desaparición forzada de personas. Se reprocha no cumplir un deber de salvaguarda, y este deber se debe deducir del cargo y de las funciones desempeñadas al momento de la comisión de los hechos. Como consecuencia de esta interpretación, debe sostenerse que este delito solo puede ser cometido en autoría, dado que el menor incumplimiento al deber transforma al garante en autor⁵¹.

c) *Carácter permanente*. En cuanto al delito de desaparición forzada de personas como incumplimiento de deber, las opiniones y la jurisprudencia son por tanto coincidentes. No así en cambio respecto de la permanencia de este incumplimiento —y por tanto de la permanencia del delito— en el tiempo.

⁴⁸ Sobre esta idea y lo que sigue, cfr. el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen.

⁴⁹ La formulación del Código Penal uruguayo se asemeja en esta doble posibilidad de comisión del delito a la formulación del § 7, 1° párr., 7 VStGB, que ya había sido sancionado en 2002, y a la descripción dada en los Elementos de los Crímenes del ECPI (ICC-ASP-1-3 0260338s.doc 127, adoptados el 9 de febrero de 2002). Véase al respecto *infra* nota 132.

⁵⁰ *Vid.* la fundamentación funcionalista de esta interpretación en el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen, nota al pie 88 y texto principal.

⁵¹ Para un detallado análisis sobre la autoría y la accesoriedad en este caso, *vid.* el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen, nota al pie 94 y texto principal.

La jurisprudencia y la opinión mayoritaria sostienen que la ejecución del delito es permanente en tanto el destino de las personas desaparecidas no haya sido esclarecido, sin que importe si el autor continúa o no en dominio voluntario del hecho. MEINI, por ejemplo, admite que haya conducta criminal en tanto perdure el estado antijurídico, esto es, en tanto no se conozca —por cualquier tipo de medio— el destino de la persona desaparecida. En consecuencia, entonces, el tipo penal de la desaparición forzada de personas puede ser imputado aun cuando al momento de la privación de la libertad tal tipo penal aún no había sido sancionado, dado que precisamente el injusto continúa y permanece incluso tras la entrada en vigencia del tipo penal específico. GALAIN PALERMO sostiene que el delito se consuma con la primera negación a brindar información, pero que los efectos del injusto son permanentes y que se extienden aún más allá de la finalización del ejercicio concreto de la función pública. El comentador entiende que no puede hacerse depender el injusto de la circunstancia accidental de que la víctima aparezca con vida o de que alguien informe sobre ella. Para quienes sostienen que se trata de un crimen de ejecución permanente, esta permanencia dependería más bien, según GALAIN PALERMO, de que el autor continuara en dominio del hecho de la desaparición. El dominio del hecho debe ser actual, y esto es lo que torna al delito de ejecución permanente. Esta interpretación resulta a primeras vistas análoga a la opinión sentada por la jurisprudencia chilena⁵² cuando, como se vio, hace depender plenamente del autor del secuestro —y no de las circunstancias fortuitas que puedan dar conocimiento sobre tal secuestro— la eventual permanencia del delito. Sin embargo, hay aquí una diferencia sustancial que reside fundamentalmente en la estructura típica de la desaparición forzada de personas y en la propia interpretación seguida por GALAIN PALERMO. En el caso chileno se determinó en la sentencia condenatoria que la ejecución del delito de secuestro cesó en el momento en que el autor del hecho fue retirado de sus funciones. Desde que pierde su calidad de funcionario público pierde también el dominio del hecho, y no puede por tanto imputársele la permanencia en la ejecución de este⁵³. En el caso del tipo penal de la desaparición forzada de personas, explica en cambio GALAIN PALERMO que aunque el autor ya no se encuentre en ejercicio de sus funciones (situación que se da en la mayoría de los casos analizados por los comentadores) sigue estando obligado por el mandato de informar mientras subsista el derecho de la sociedad a exigir el esclarecimiento y la debida administración de justicia respecto de los hechos acontecidos (nivel colectivo del bien jurídico protegido por esta figura penal). La consecuencia directa de una y otra solución será, por tanto, que mientras la jurisprudencia chilena pudo evaluar el plazo de prescripción del delito y de las penas bajo estudio, tal alternativa no es posible en el caso de la desaparición forzada de personas, en que generalmente —de acuer-

⁵² Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema el 25 de septiembre de 2008. Véase para su análisis el capítulo de GUZMÁN DALBORA en este volumen.

⁵³ Véanse los pormenores de esta jurisprudencia en el capítulo de GUZMÁN DALBORA en este volumen.

do con la interpretación reseñada— los hechos siguen sin ser esclarecidos, el deber de informar sigue por tanto vigente y los efectos del injusto permanecen afectando el bien jurídico hasta el momento mismo del juzgamiento.

e) *La (ir)retroactividad y el principio de legalidad.* El delito de desaparición forzada no solo se muestra complejo respecto de su estructura típica. El juzgamiento actual de hechos cometidos cuando aún no estaba tipificada esta conducta en los ordenamientos internos presenta un verdadero desafío a la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Malarino comenta que en Argentina la jurisprudencia (CSJN, Cámaras Federales) ha juzgado en distintas oportunidades hechos que podrían tipificarse como desaparición forzada de personas, pero —precisamente por las dificultades mencionadas— no ha establecido pautas fundadas y precisas respecto del derecho aplicable ni respecto de la estructura típica del delito y se ha abocado más bien a explicar la pertinencia de la condena de hechos cometidos con anterioridad a la sanción legislativa y ha recurrido para ello fundamentalmente a normas internas. Esta jurisprudencia aplicaría así un derecho penal diferenciado, en el cual una subsunción primaria relativa a la tipificación y la sanción se rige por el derecho interno mientras que una subsunción secundaria respecto de la cualificación se rige por las normas internacionales (a fin de argumentar la retroactividad y la *imprescriptibilidad* de los crímenes en cuestión). La jurisprudencia argentina hace esforzados intentos por eludir la aplicación del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional⁵⁴.

MALARINO identifica en este sentido tres caminos adoptados por la jurisprudencia al momento de evadir la aplicación del artículo 18 superior, los cuales rechaza terminantemente: 1) la tesis de la costumbre (o de la legalidad débil), según la cual el delito de desaparición forzada habría sido derecho consuetudinario aun antes de ser legislado internamente, por lo que en esta interpretación de la jurisprudencia el principio de legalidad se ve reducido a un débil *nullum crimen sine iure*⁵⁵; 2) la tesis del derecho común (o de la legalidad incompleta), de acuerdo con la cual se considera que el delito de desaparición forzada ya habría estado tipificado en el Código Penal al momento de la comisión de los hechos, dado que ya en aquel momento se preveían figuras que unidas conformarían partes del *iter criminis* del delito, y 3) la tesis de la retroactividad (o de la legalidad ausente), según la cual el principio de legalidad no rige en el ámbito de los crímenes internacionales y por

⁵⁴ Const. Pol. argentina, art. 18: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]”.

⁵⁵ Debe subrayarse respecto de esta terminología (*nullum crimen sine iure*), que ya fue introducida con anterioridad por STEFAN GLASER (“La méthode d’interprétation en droit international pénal”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 9, 1966, pág. 766) precisamente al explicar las diferencias entre el principio de legalidad *nuclear*, propio del derecho penal interno, y el principio de legalidad del derecho penal internacional. Véase también AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 5, nota marginal núm. 6; con respecto al *common law id.*, *Cómo imputar*, págs. 15 y ss.; *id.*, *Principios*, pág. 42 y ss.

tanto estaría plenamente habilitada su retroactividad. Esta última tesis también ha sido sostenida por la jurisprudencia uruguaya con igual argumento⁵⁶.

Una negativa rotunda de la posibilidad de la retroactividad de la aplicación de la ley penal —aun cuando se trate de crímenes de carácter internacional— es postulada por la jurisprudencia de tribunales superiores en Uruguay⁵⁷ y por la Corte Constitucional de Colombia⁵⁸.

Respecto del *ámbito temporal* de aplicación de la ley, cabe subrayar el caso analizado por LÓPEZ DÍAZ de la “Toma del *Palacio de Justicia*”, ya que la imputación fiscal expresamente plantea el problema de la sucesión temporal de las leyes aplicables y acusa así por el delito de secuestro (vigente al momento del comienzo de los hechos imputados, en 1985) ejecutado entre 1985 y 2000, en concurso real con desaparición forzada de personas, en ejecución desde el año 2000 (en que se sanciona el nuevo tipo penal) hasta la fecha de la acusación. Si bien el delito ya estaba empezado, su ejecución continuaría bajo la vigencia de la nueva ley y esta podría ser por tanto aplicada (esta posibilidad es también sostenida por MEINI). LÓPEZ DÍAZ, antes de rechazar la alternativa escogida por el fiscal, expone posibles soluciones a la cuestión planteada. Primero discute la aplicación retroactiva de la ley vigente al momento del juzgamiento (o al momento de aparición del desaparecido o de encontrarse su cadáver). Esta alternativa es rechazada, ya que —como ha señalado también MALARINO— plantea el problema de la violación del principio de legalidad, de la prohibición de la retroactividad, de la seguridad jurídica y del principio de inocencia⁵⁹. La comentadora se manifiesta aquí abiertamente contra las decisiones de la CorIDH, que conducirían a la aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada con violación flagrante de todos los derechos del imputado⁶⁰. Una segunda posibilidad es que se optara por el concurso de delitos como lo hizo la fiscalía (secuestro en concurso real con desaparición forzada de personas). El problema en este caso es que se estaría violando el principio de doble

⁵⁶ Sentencia 1142 de 17 de diciembre 2007 del JLP de Primera Instancia 19° Turno. *Vid.* al respecto GALAIN PALERMO en este mismo volumen.

⁵⁷ Sent. 352 de 23 octubre 2008 del TPA de 2° Turno (Ministro Redactor José Balcaldi). *Vid.* al respecto el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen.

⁵⁸ Sent. C- 368 de 29 marzo 2000 (M. P. Carlos Gaviria). *Vid.* al respecto el capítulo de LÓPEZ DÍAZ en este volumen.

⁵⁹ La violación del principio de inocencia es explicada por LÓPEZ DÍAZ con base en el requisito de que la desaparición forzada de personas solo puede tener por víctima a una persona viva. Si al momento de entrada en vigencia de la nueva ley la persona antes desaparecida ya no vive, el delito no se ejecuta y no puede ser imputado. Una imputación resultaría por tanto violatoria del principio de inocencia, ya que se realizaría una imputación que ante la duda se estuviera resolviendo en perjuicio —y no en favor— del imputado.

⁶⁰ LÓPEZ DÍAZ en este volumen, nota al pie 32. La comentadora se refiere para su crítica al caso *Tin Tojin vs. Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008.

incriminación y de inocencia⁶¹. La tercera alternativa presentada por López Díaz es de secuestro simple o agravado según la figura vigente “para la época de los hechos”⁶². Esta opción es la aceptada por LÓPEZ DÍAZ, que considera además que es la ley más favorable de las que al respecto se han sucedido en el tiempo. En el caso por ella analizado correspondería por tanto imputar el delito de secuestro simple agravado, (arts. 269 y 270 del C. P. de 1980), aunque en este caso la acción penal (de acuerdo con los arts. 79, 80 y 82 del C. P. de 1980) estaría prescrita⁶³.

E) *Derecho procesal*

a) *Prueba*. Únicamente el ordenamiento peruano dispone expresamente en su tipo penal de desaparición forzada que la desaparición debe ser “debidamente comprobada”. No hay jurisprudencia nacional (aunque sí internacional⁶⁴) que haya interpretado tal requisito, pero sí es clara la postura crítica de MEINI al respecto: “para declarar judicialmente probada una desaparición debidamente comprobada es necesario que el sujeto no se encuentre en todos los lugares en que podría encontrarse!”, por lo que entiende que se está exigiendo una prueba “diabólica”⁶⁵. Distinto es el caso de la prueba de vida exigida por LÓPEZ DÍAZ, dado que la comentadora refiere tal prueba a los efectos de definirse si al momento de entrada en vigencia del tipo penal la persona desaparecida efectivamente estaba desaparecida y no muerta.

A los efectos de probar la privación de la libertad, la jurisprudencia de Uruguay, por ejemplo, ha admitido en ambas instancias elementos de prueba de distinta índole⁶⁶ y se ha mostrado incluso flexible al respecto, al basarse fundamentalmente

⁶¹ Véase el argumento en *supra* nota 59.

⁶² Dado que la discusión se plantea precisamente por el carácter permanente de esos hechos, consideramos que la comentadora se refiere aquí al momento del comienzo de la privación de la libertad y de la primera sustracción al ejercicio de los derechos.

⁶³ Tal como se plantea en el caso actualmente investigado (Proceso 1031-3, Sala Tercera) del coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega (responsable del operativo contra la “Toma del Palacio”), el secuestro (Ley 100 de 1980, art. 269) tenía prevista la pena de seis meses a tres años de prisión, la cual se aumentaba hasta la mitad por disposición del art. 270 de la misma ley. De esta manera la pena máxima para el delito imputado era de cuatro años y seis meses, lo cual implica que la acción penal respecto de los hechos investigados habría prescrito a los cinco años (plazo mínimo previsto legalmente), es decir, en 1990. LÓPEZ DÍAZ deja abierta la respuesta sobre la prescripción; véase su capítulo en este volumen.

⁶⁴ CorIDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 136. Véase al respecto *infra* nota 197 y texto principal.

⁶⁵ Véase el capítulo de MEINI en este volumen, su nota al pie 6 y texto principal.

⁶⁶ Testimonial, informativa (de las FF. AA., Informe de la Comisión de Paz, sesiones parlamentarias), documental (Plan Cóndor), indicios, jurisprudencia internacional (para la prueba de la existencia del crimen de lesa humanidad, 1.inst.), presunciones o ficciones de muerte apoyadas en el Informe Final de la Comisión de Paz (para los homicidios, 2ª. inst.).

en meros indicios para aseverar que esta prueba “tiene la potencialidad para desvirtuar la presunción de inocencia”⁶⁷. Ante la imposibilidad —debido a la irretroactividad de la ley— de condenar por desaparición forzada de personas, se condenó en Uruguay por homicidio, descartando expresamente que fuera necesario recuperar los restos para considerar suficiente la prueba de tal delito⁶⁸. En Chile, en cambio, ante la imposibilidad de condenar por desaparición forzada ante la falta de figura típica al respecto, se condenó por secuestro agravado (no obstante la cuantiosa prueba que indicaba que se trataba de homicidios), dado que la jurisprudencia chilena exige la recuperación de los restos y la identificación de estos, para que pueda dictarse una condena por homicidio⁶⁹.

b) *Prescripción*. La cuestión de la prescripción se presenta en todos los casos en estudio en que precisamente por aplicación del principio de irretroactividad, o por no existir tipificada la figura de desaparición forzada en el ámbito nacional, se imputan delitos comunes que, por haber sido cometidos dos o tres décadas antes de ser juzgados, en muchos casos estarían prescritos si se guiasen por las normas de derecho común⁷⁰. Esta dificultad no se presenta, en cambio, respecto del tipo penal de la desaparición forzada, si esta es considerada crimen de lesa humanidad —expresa o implícitamente—, ya que por aplicación de las normas del derecho penal internacional este crimen es considerado imprescriptible, lo que trae sin embargo contradicciones con algunos ordenamientos internos, como el colombiano⁷¹.

F) Conclusiones: problemas de la tipicidad

Las dificultades planteadas por el tipo penal de la desaparición forzada⁷² pueden resumirse en los siguientes aspectos, que intentaremos resolver en el acápite 2 a la luz de las normas, jurisprudencia y doctrina del ordenamiento internacional:

—La desaparición forzada protege un *bien jurídico múltiple*. La dificultad reside en especificar cuál es el bien fundamentalmente protegido por la figura, ya que esta decisión repercute en los elementos del crimen (si es la vida, por ejemplo, con la

⁶⁷ Sent. 136 de 1º enero 2007, TAP 2º Turno, fs. 80.

⁶⁸ *Vid.* el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen, su nota 112.

⁶⁹ *Vid.* el capítulo de GUZMÁN DALBORA en este volumen, su acápite “Aspecto procesal”.

⁷⁰ *Vid.* al respecto en especial los trabajos de GUZMÁN DALBORA y de GALAIN PALERMO en este volumen, que desarrollan ampliamente este problema.

⁷¹ *Vid.* art. 28 de la Constitución Política colombiana, y en detalle al respecto el capítulo de LÓPEZ DÍAZ en este volumen.

⁷² Sobre las dificultades de este tipo penal por tratarse de una figura originariamente desarrollada en el ámbito del derecho internacional y de la protección de los derechos humanos, *vid.* GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 2.

muerte el crimen cesa; si es el derecho a la administración de justicia, la estructura típica girará en torno a la obstaculización de los recursos jurídicos, etc.).

—La desaparición forzada requiere el elemento de *contexto* para poder ser considerada delito de lesa humanidad y perseguida como tal. Esta carencia se observa en todos los ordenamientos nacionales.

—Se trata de un delito de *delito especial* que no puede ser imputado a los hechos cometidos por un particular sin vinculación a agentes estatales o agrupaciones políticas. El ordenamiento colombiano amplía así la figura de manera excesiva.

—La figura de desaparición forzada deja dudas respecto del *momento y forma de la consumación*, ya que la primera fase del delito (la privación de la libertad) puede ser entendida como primera conducta, o como condición necesaria para el comportamiento típico de la segunda fase (el no informar). La figura estará descrita por tanto en forma poco satisfactoria si no define cuándo se incumple el deber de informar (¿cumplido el plazo legal?, ¿cumplido un plazo prudencial en caso de falta de plazo legal?, ¿al no informar habiendo sido requerido?).

—El momento del *cese de la ejecución* no es establecido con claridad, dado que el dominio del hecho cesa generalmente antes que se esclarezca la situación de la persona desaparecida. (¿Cesa entonces la ejecución con la pérdida de la posición de garante o continúa hasta que se esclarezcan los hechos?).

—El tipo implica la contradicción entre la exigencia de brindar información y el *derecho a no autoincriminarse*.

—La exigencia de que la *desaparición sea* “debidamente comprobada” representa una traba procesal sustancial que parece impedir *ab initio* toda condena.

2. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

A) Fuentes

La preocupación por la prohibición penal de la desaparición forzada de personas tiene de hecho su fuente en el ámbito del derecho internacional, en el marco más amplio de la protección de los derechos humanos, y es luego recogida en los ordenamientos nacionales como tipo penal⁷³. Es importante recordar en este contexto

⁷³ Sobre este paso del derecho internacional al derecho interno, véase por todos GRAMMER, *Der Tatbestand*, op. cit. Sobre el creciente interés desde la perspectiva de los derechos humanos, también CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 401; GISELA MANSKE, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit: zu einem zentralen Begriff der Internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pág. 261.

que la normativa internacional se fue desarrollando apenas a partir de la esforzada acción de organizaciones no gubernamentales con vistas a persuadir a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a tomar parte activa en las reacciones a las desapariciones ocurridas en Argentina⁷⁴.

El análisis que sigue se funda en cuatro ordenamientos normativos⁷⁵, y en el estudio de la doctrina o jurisprudencia que los ha interpretado. Los instrumentos que concretan dichos órdenes tienen distintos grados de obligatoriedad, distintos ámbitos de aplicación y, fundamentalmente, algunas diferencias al momento de precisar el crimen de desaparición forzada y de establecer sus consecuencias. A continuación presentamos someramente estos instrumentos y la descripción que cada uno de ellos hace de la desaparición forzada de personas.

El repudio internacional a la desaparición forzada de personas se concretó por primera vez en forma expresa en 1992 mediante la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (DPPDF)⁷⁶, un instrumento internacional de carácter no convencional. En el preámbulo se describe la desaparición forzada como sigue: “[...] se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”.

⁷⁴ Cfr. al respecto HALL, en TRIFFTERER, *Commentary*, cit., art. 7º, nota marginal núm. 73. Véase el trasfondo de la formación de este grupo en IAIN GUEST, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1990. Así, se conformó en 1980 el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas a fin de investigar los casos en cuestión [E.S.C. Res. 20, 36 U. N. Escor Supp. (núm. 3) at 180, párr. 1, U. N. Doc. E/CN.4/1408 (1980)]. Destacan también jornadas de carácter internacional en las que se presentaron proyectos y se sentaron criterios para la continuación del estudio en el ámbito de la ciencia penal y que fueron luego publicadas en sus lugares de organización: París (*Le refus de l'oubli. La politique de disparition forcée de personnes*, Colloque de Paris, janvier-février 1981, Paris, Berger-Levrault, 1981) y Buenos Aires (sobre la primera jornada de Buenos Aires, 1987); AA.VV., *La desaparición, crimen contra la humanidad. Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada de personas*; de la segunda jornada de Buenos Aires (1987), AA.VV., *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. El “nunca más” y la comunidad internacional*, Buenos Aires, 1989). Vid. sobre este desarrollo GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 3; vid. también HALL, en TRIFFTERER, *Commentary*, art. 7, nota marginal núm. 73.

⁷⁵ En general sobre el desarrollo de la figura de desaparición forzada de personas en el derecho internacional, véase CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., págs. 390 y ss.; GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., pág. 3 y ss.; HALL, en TRIFFTERER, *Commentary*, cit., art. 7, nota marginal núm. 73.

⁷⁶ Declaración aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, res. 47/133 de 18 diciembre 1992.

A esta Declaración siguió en 1994 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)⁷⁷, instrumento de carácter regional y vinculante para los países que lo ratifican⁷⁸. Dispone en el artículo II: “Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de 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”.

Esta descripción es adoptada luego —con algunas variaciones— en la tipificación penal de la figura en el artículo 7º ECPI⁷⁹: “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,

⁷⁷ *Supra* nota 19.

⁷⁸ La Convención debe entenderse como reacción a los hechos sucedidos en Latinoamérica durante las dictaduras (cfr. WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 85).

⁷⁹ Hasta la tipificación de esta figura las codificaciones se encontraban exclusivamente en instrumentos de protección de los derechos humanos (cfr. WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 85). Sobre los pormenores de su inclusión, véase HERMANN VON HEBEL y DARRYL ROBINSON, “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en Roy S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague et al., Kluwer Law International, 1999, pág. 102; MESEKE, *Tatbestand*, cit., págs. 229 y s. Sobre el desarrollo del derecho penal internacional desde Nürenberg hasta la Corte Penal Internacional, *vid.* ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA y JOHN JONES, *The Rome statute of the international criminal court: a commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002, págs. 3-184. Los elementos del crimen de desaparición forzada de personas explicados en los Elementos de los Crímenes (ICC-ASP-1-3 0260338s.doc 127, adoptados el 9 de febrero de 2002) no resultan según algunos autores lo suficientemente esclarecedores, dado que reflejan más compromisos políticos que el resultado de un análisis sistemático de la figura (cfr. HALL, en TRIFFTERER, *Commentary*, art. 7º, nota marginal núm. 73); en opinión de otros, en cambio, los Elementos especifican suficientemente la descripción legal del ECPI, dado que en los tratos de estos Elementos se ha considerado la jurisprudencia de la CorIDH (en este sentido, MESEKE, *Tatbestand*, cit., pág. 231); también realiza un balance positivo GERHARD WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pág. 871. Véase sobre los proyectos y conflictos en derredor de la redacción de los Elementos el trabajo de MAURO POLITI, “Elements of Crime”, en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome statute...*, *op. cit.* Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) no prevén explícitamente la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad, por lo que no sorprende que en los casos llevados ante dichos tribunales no haya habido condenas por desaparición forzada de personas. Tampoco en instrumentos anteriores (Estatutos de Nürenberg y de Tokyo, v. gr.) estuvo prevista la figura, por lo que su inclusión en el ECPI contó con cierta resistencia. *Vid.* sobre GEORG WITSCHER y WIEBKE RÜCKERT, “Genocide and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime”, en H. Fischer, C. Kieß y S. R. Lüder (Coords.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 2001, pág. 99.

seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

Con esta codificación la desaparición forzada pasa a ser un crimen de carácter internacional⁸⁰. Por último, y aun cuando no se trata de un instrumento internacional ni de un documento regional, ni tampoco cuenta hasta la fecha con jurisprudencia que lo haya interpretado, vamos a considerar en este capítulo la figura de desaparición forzada tipificada en el *Völkerstrafgesetzbuch* (Código Penal Internacional Alemán, “VStGB”)⁸¹. Esta ley se basa fundamentalmente en la codificación dada en el artículo 7º (2)(i) ECPI⁸², pero amplía y especifica parcialmente el tipo penal internacional⁸³, por lo que consideramos que la descripción de la figura en cuestión y los antecedentes legislativos al respecto pueden arrojar elementos que contribuyan a la definición e interpretación del crimen⁸⁴. El § 7 dispone: “(1)

⁸⁰ KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nota marginal núm. 217. Con posterioridad las Naciones Unidas aprobó una *Convención internacional para la protección de todas las personas de desapariciones forzadas* (A/RES/61-177, resolución del 20 de diciembre de 2006), aunque esta se encuentra aún en trámite de ratificación y no está por tanto vigente. En el artículo 2º se dispone: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por «desaparición forzada» el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”. Esta descripción sigue así en sus líneas generales la normativa hasta aquí mencionada. Para un amplio comentario de esta Convención véase SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 265 y ss. (cap. IV).

⁸¹ Sancionado por la ley para la introducción del Código Penal internacional alemán del 26 de junio de 2002 (*Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 26. Juni 2002*, BGBl. I núm. 42). En esta ley se tipifican los crímenes del derecho penal internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) en el ordenamiento penal nacional alemán. La ley fue elaborada por un grupo de trabajo establecido por el Ministerio de Justicia Federal en el que participaron, además de funcionarios del gobierno, los profesores AMBOS, FISCHER, KREß, WEIGEND, WERLE y ZIMMERMANN, véase también AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 6 nota marginal núm. 53.

⁸² *Vid.* WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, cit., nota marginal núm. 85.

⁸³ CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 401 explica que el tipo penal diseñado para el Código Penal Internacional alemán es más detallado que el descrito en el ECPI, para que las exigencias del ordenamiento constitucional y penal alemán (legalidad, determinación, etc.) se vieran cumplidas. Cfr. sobre esta explicación los proyectos de ley del Bundesrat (Cámara Alta del Parlamento alemán), BR-Drs. 29/02 del 18 de enero de 2002, y del Bundestag (Cámara Baja del Parlamento alemán), BT-Drs. 14/8524 del 13 de marzo de 2002, S. 21. *Vid.* también WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, cit., nota marginal núm. 85, que pone de resalto el interés del legislador en cubrir el requisito de determinación establecido en el art. 103, párr. 2º de la Constitución alemana; ya antes GERHARD WERLE, “Konturen eines deutschen Völkerstrafrechtes. Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuchs”, en *Juristen Zeitung*, núm. 18, 2001, pág. 889.

⁸⁴ Los proyectos de ley y las actas de las discusiones parlamentarias y documentación al respecto pueden consultarse en Sasha Lüder y Thomas Vormbaum (Eds.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster, Lit, 2002. En especial la primera sesión parlamentaria en que se debatieron los proyectos presentados (BT- Plenarprotokoll 14/228 del 22

El que en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil [...]

”7. mantenga desaparecida por la fuerza a una persona con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la ley

”a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atienda sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,

”b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligación legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa”⁸⁵.

La interpretación doctrinaria o de la jurisprudencia de estos ordenamientos se expone a continuación, siguiendo básicamente el mismo orden desarrollado en el capítulo I respecto de los ordenamientos nacionales.

B) *Doctrina y jurisprudencia respecto del derecho material*

Acerca de la jurisprudencia relativa a la desaparición forzada, debe subrayarse en primer término que no hay casos juzgados en el ámbito del derecho penal internacional. Al momento de concluir este texto no hay ningún caso concluido ni en trámite frente a la Corte Penal Internacional (CPI) por desaparición forzada. Sí hay numerosos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que han ido definiendo la figura de desaparición forzada y ampliando el ámbito de protección brindado por ella en los instrumentos internacionales⁸⁶, y ya hay

de marzo de 2002) aporta valiosas argumentaciones que si bien no se adentran en los pormenores de las figuras individuales del Código Penal Internacional alemán, sí esclarecen los fundamentos y fines de la sanción proyectada (en Lüder y Vormbaum, *Materialien*, cit., págs. 73 y ss.). En general sobre los fundamentos, fines y exigencias de un Código Penal Internacional nacional, WERLE, “Konturen”, *passim*.

⁸⁵ Texto original en alemán: “§ 7 Verbrechen gegen die Menschlichkeit, (1) Wer im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen eine Zivilbevölkerung, [...] 7. einen Menschen dadurch zwangsweise verschwinden lässt, dass er in der Absicht, ihn für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen, a) ihn im Auftrag oder mit Billigung eines Staates oder einer politischen Organisation entführt oder sonst in schwerwiegender Weise der körperlichen Freiheit beraubt, ohne dass im Weiteren auf Nachfrage unverzüglich wahrheitsgemäße Auskunft über sein Schicksal und seinen Verbleib erteilt wird, oder b) sich im Auftrag des Staates oder der politischen Organisation oder entgegen einer Rechtspflicht weigert, unverzüglich Auskunft über das Schicksal und den Verbleib des Menschen zu erteilen, der unter den Voraussetzungen des Buchstaben a seiner körperlichen Freiheit beraubt wurde, oder eine falsche Auskunft dazu erteilt”. (trad. de Alicia Gil Gil), en http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html).

⁸⁶ *Vid.* SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 132.

sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que van trazando criterios interpretativos propios⁸⁷, naturalmente con miras al carácter de violación de derechos humanos, y no de comisión de crímenes internacionales⁸⁸. Tampoco hay fallos ni casos en trámite en Alemania por imputación del § 7 VStGB.

La jurisprudencia de la CIDH y la opinión doctrinaria sobre la normativa bajo estudio brindan sin embargo cuantioso material, que si bien no contribuye directamente a una precisa tipificación penal⁸⁹ traza líneas interpretativas provechosas para aplicar en este delito. MODELELL GONZÁLEZ subraya que en la jurisprudencia de la CIDH se recuerda el mandato de criminalización que obliga a los Estados parte a tipificar el delito en su derecho interno conforme a los estándares internacionales, ya que por tratarse de un crimen pluriofensivo que viola a la vez numerosos derechos consagrados en la CADH, no sería suficiente con que se recurriera a la combinación de figuras comunes para su persecución y condena⁹⁰. MODELELL GONZÁLEZ se manifiesta en contra de que la CIDH ordene la forma de tipificación de la conducta (en que la Corte tendría para el comentador “un afán de controlar hasta el último detalle”⁹¹), lo cual a su criterio la Corte hace en ocasiones incluso erradamente, y en general en forma excesivamente laxa, lo cual lesionaría el principio de legalidad. Incluso, considera MODELELL GONZÁLEZ, es muy discutible que un Estado parte tipifique el delito denominado *desaparición forzada* en lugar de recurrir al concurso real de delitos comunes para sancionar estos casos. Es la efectiva persecución y no la tipificación, según el autor, lo que denota mayor o menor punibilidad de la conducta. Por otro lado, la CIDH, citando el ECPI, califica la desaparición forzada como delito de lesa humanidad, y le atribuye a su vez carácter de *ius cogens*⁹². También aquí se manifiesta en contra MODELELL GONZÁLEZ, pero sobre esto nos explayamos en los puntos que siguen.

a) *Bien jurídico*. La CIDH ha dicho reiteradamente que la desaparición forzada es “pluriofensiva”⁹³ por afectar al mismo tiempo distintos bienes jurídicos. Esta

⁸⁷ Para consideraciones generales respecto de la jurisprudencia del TEDH, véase SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 220 y ss.

⁸⁸ En general sobre el desarrollo histórico y la jurisprudencia de ambas cortes de derechos humanos, *vid.* PABLO PARENTI, LEONARDO FILIPPINI y HERNÁN FOLGUEIRO, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: orígenes y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007; Jörg Menzel *et al.* (Coords.), *Völkerrechtsprechung: ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005; SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 132 y ss. para la CIDH, págs. 188 y ss. para el TEDH.

⁸⁹ *Vid.* la crítica en AMBOS, *Internationales Strafrecht*, § 7, nota marginal núm. 217.

⁹⁰ *Vid.* Gómez Palomino vs. Perú, 22 noviembre 2005. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 92.

⁹¹ *Vid.* el capítulo de MODELELL GONZÁLEZ en este volumen.

⁹² Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, *supra* nota 7, párrs. 84, 93, 128, 130-132; caso La Cantuta vs. Perú, sent. de 29 noviembre 2006, serie C, núm. 162, párrs. 160 y 225.

⁹³ Por todos SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 132.

pluriofensividad, sin embargo, fue ampliándose y definiéndose en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte.

En sus primeras sentencias, la Corte se refirió claramente a la persona desaparecida y estableció a partir de las acciones concretas presuntamente cometidas que la integridad física, la libertad personal y la vida eran los bienes protegidos que estaban siendo afectados⁹⁴. En la doctrina se acepta en general que la vida es, en definitiva, el principal bien jurídico protegido por esta figura⁹⁵. Respecto de este ámbito individual de afectación, GRAMMER interpreta también en las sentencias una distinción entre la afección de la víctima físico-psíquico y aquella relativa a la puesta en peligro en general (“Gefährdung”) de su persona a causa del aislamiento, la incomunicación y la falta absoluta de posibilidades de defensa jurídica y material⁹⁶. La Corte ha considerado así en este nivel individual también la violación del derecho a la seguridad⁹⁷. En este primer nivel las acciones identificadas pueden resumirse como *privación agravada de la libertad, torturas, aislamiento y ejecución*, idea que ha sido seguida también por el TEDH⁹⁸.

Ya en el segundo caso de desaparición forzada llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH), se amplió el ámbito de protección

⁹⁴ *Vid.* casos Velásquez Rodríguez v. Honduras, sent. de 29 julio 1988, serie C, núm. 4 (Fondo), párrs. 155-157; Godínez Cruz vs. Honduras, sent. de 20 enero 1989, serie C, núm. 5 (Fondo), párrs. 163-165; Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, sent. de 15 marzo 1989, serie C, núm. 6 (Fondo), párrs. 148-150.

⁹⁵ *Vid.* por todos KAI AMBOS, *La parte general...*, cit., págs. 377 y 378 [“(…) en cuanto a la lesión efectiva del bien jurídico —en el caso de la desaparición forzada de personas, el homicidio de la víctima— (…);“(…) respecto con el bien jurídico protegido *en última instancia* por el crimen de desaparición forzada de personas —la vida de la víctima—(…)”]. De acuerdo con el desarrollo que ha adoptado la figura en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia, entendemos que ya no puede sostenerse que la vida sea el bien jurídico principalmente protegido por la figura de la desaparición forzada. Hoy parece claro que el ámbito de protección es fundamentalmente al derecho a la administración de justicia y al esclarecimiento de los hechos, en sus tres niveles, a saber: individual, familiar y social (véase texto principal aquí *e infra* 3).

⁹⁶ *Vid.* GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 101 y ss., 114 y ss.

⁹⁷ *Vid.* el caso posterior Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sent. de 25 noviembre 2000, serie C, núm. 70 (Fondo), párr. 128. Cfr. también en este sentido Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 90 (“un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos”, párr. 92).

⁹⁸ *Vid.* GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 21 y ss., 25-27. Importante es aquí el caso del TEDH Çakici vs. Turkey, sentencia del 8 de julio de 1999, en que por primera vez la Corte europea reconoce una violación al derecho a la vida en un caso de desaparición forzada de personas (aun cuando no fueron hallados restos identificables). “There is sufficient circumstantial evidence, based on concrete elements, on which it may be concluded beyond reasonable doubt that the victim died following his apprehension and detention by the security forces” (párr. 85).

y se consideró expresamente que no solo la persona detenida-desaparecida, sino también los *familiares* —*in casu* la madre de la joven— podían ser víctimas de la violación del PIDCP, en particular del artículo 7º, por no respetarse su derecho a saber qué sucedió con sus seres queridos⁹⁹. Así, en el caso Quinteros, la ComIDH reconoce por primera vez el derecho de los familiares de la víctima a conocer la verdad, considerando que el sufrimiento generado por tal derecho es un trato inhumano¹⁰⁰. Esta idea será seguida luego por la CIDH a partir del caso Blake¹⁰¹, y meses después por el TEDH en su primer caso sobre desaparición forzada, Kurt¹⁰², ambas sentencias de 1998. Esta ampliación es destacada y seguida también por la doctrina¹⁰³.

A partir del caso Bámaca, la CIDH identificó un *tercer nivel* en el ámbito de las víctimas del delito de desaparición forzada, y por tanto un tercer nivel respecto

⁹⁹ ComIDH, caso Quinteros vs. Uruguay, Comunicación núm. 107-1981, 21 julio 1983, párr. 14.

¹⁰⁰ *Vid.* sobre esta ampliación también GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 103 y ss.; SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 106.

¹⁰¹ CIDH, caso Blake vs. Guatemala, sent. de 24 enero 1998, serie C, núm. 36 (Fondo): “Por lo tanto, la Corte estima que tal sufrimiento, en detrimento de la integridad psíquica y moral de los familiares del señor Nicholas Blake, constituye una violación, por parte del Estado, del artículo 5º de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma. [...] Esta cuestión que plantea la Comisión, solo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos”. (párrs. 114-116).

¹⁰² TEDH, caso Kurt vs. Turkey, sentencia del 25 de mayo de 1998. El reconocimiento de la violación al art. 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) (prohibición de tortura) respecto de los familiares, sin embargo, no fue sostenida en el caso siguiente Çakici vs. Turkey, *supra* nota 98, en el cual era el hermano de la persona desaparecida (y no la madre, como en Kurt) quien presentó la denuncia y a criterio del Tribunal no se habría visto gravemente afectado por la inacción del Estado en el esclarecimiento de los hechos. Similar contradicción parece advertirse en dos casos posteriores temporalmente cercanos entre sí, cuando el TEDH reconoce en el caso *Ipek vs. Turkey*, sentencia del 17 de febrero de 2004, la violación del artículo 3º CEDH respecto de un padre que ha perdido a sus hijos, pero no la reconoce en el caso *Tekdag vs. Turkey*, sentencia del 15 de enero de 2004, respecto de una mujer que ha perdido a su esposo. Sobre la ambigüedad y contradicción existente en las sentencias del TEDH más recientes respecto de Turquía, *vid.* SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, op. cit., págs. 249 y ss. Una interpretación distinta de estas diferentes decisiones la aporta GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 61y 64, quien entiende que las diferencias tienen su base no “en una relación privilegiada padres-hijo”, sino en el distinto compromiso y esfuerzo puestos de manifiesto por el familiar en cada caso concreto para superar las trabas puestas por el Estado en su búsqueda”. Sobre esta cuestión de la actuación de los familiares, véase en general CHRISTOPH PAPPA, *Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, Bern, Stämpfli et al., 1996, espec. pág. 70 y ss.

¹⁰³ Véase GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 29 y ss. En igual sentido CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 406, que entiende que la figura protege un doble interés individual y público al exigir el cumplimiento del deber de información sobre la privación de la libertad.

al bien jurídico protegido: al primer nivel individual de la persona desaparecida y al segundo ámbito de los familiares se agregó el *nivel colectivo*, en el cual se reconoció el derecho de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad de los hechos¹⁰⁴. En este mismo caso, si bien no se trata de la definición de un bien jurídico protegido, cabe subrayar que se ordenó al Estado de Guatemala esclarecer el lugar en que hallaban los restos mortales de la víctima, exhumarlos y devolverlos a sus familiares¹⁰⁵.

b) *Elementos generales o de contexto*. El elemento de contexto reviste una importancia central. Su comprobación definirá para algunos si se trata o no de desaparición forzada, y para otros, si esa conducta puede ser considerada o no crimen de lesa humanidad. La diferencia no es menor: mientras que en el primer caso el elemento de contexto es un elemento de la estructura típica de la desaparición forzada —sin contexto no hay este delito—, en el segundo caso el elemento de contexto no es requisito del tipo —puede haber el delito aun cuando no esté dado el elemento de contexto— sino más bien un factor agravante que convierte a la desaparición forzada de personas en crimen contra la humanidad. Esta diferenciación se advierte en los aspectos normativo, doctrinario y de jurisprudencia, como se expone a continuación.

Dentro de la primera alternativa se cuentan el ECPI y el VStGB, en los que la desaparición forzada se describe precisamente como acto individual de los crímenes contra la humanidad, y el requisito de que los hechos se den en un contexto determinado está directamente relacionado a la figura típica misma, es decir, en el ECPI la desaparición forzada —crimen contra la humanidad— solo estará dada si existe un contexto determinado (art. 7° ECPI)¹⁰⁶. La doctrina se pronuncia al respecto en forma casi unánime, al exigir precisamente, como lo hace el ECPI, que por tratarse de un crimen contra la humanidad el hecho sea cometido en el

¹⁰⁴ CIDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* nota 97, párr. 163. Con detalle y con más referencias bibliográficas sobre este tercer nivel colectivo, consúltese GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 120 y ss.

¹⁰⁵ CIDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sent. de 22 febrero 2002, serie C, núm. 91 (Reparaciones). Sobre esta sentencia, véase SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 159 (“By this means respect to the dead and to their remains was substantially ensured and proper burial was recognized as a human right”).

¹⁰⁶ Esta idea ya estuvo presente en el proyecto de Convención redactado en la Jornada de París de 1981, *supra* nota 74; en el proyecto de Convención de 1982 redactado por la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos; en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de noviembre de 1983, res. 666 (XIII-0-83) in *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* (“the practice of the forced disappearance of persons in the America [...] constitutes a crime against humanity”); en el Primer Coloquio sobre Desaparición Forzada de Personas en Colombia en 1986. Así también como exigencia para los crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia del TPIR, como se ve por ejemplo en el caso *Akayesu* (TPIR, sent. 2 septiembre 1998).

marco de un ataque generalizado o sistemático¹⁰⁷, ya que esta forma de comisión comprende la esencia de tales crímenes¹⁰⁸. No es necesario que ambas formas se den a la vez (generalizado y sistemático), sino que se ha decidido por la opción alternativa, dado que ambas posibilidades diferencian a este crimen de delitos comunes cometidos en forma aislada¹⁰⁹. Tampoco es necesario que la desaparición sea cometida en forma sistemática o generalizada —es decir, que sean muchos los actos de desaparición llevados a cabo—, sino que puede tratarse de un caso solo, *en tanto sea parte de* un ataque sistemático o generalizado contra una población civil¹¹⁰, idea que estaría confirmada por el texto mismo de la CIDFP cuando prevé la posibilidad de la desaparición forzada de “una o más personas”¹¹¹. Esta alternativa se ve reforzada por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR), ante los cuales no se han resuelto casos de desaparición forzada pero sí casos en que los tribunales se han expedido respecto de la posibilidad de que *un solo hecho* —en contexto de ataque generalizado o sistemático— configure un crimen contra la humanidad¹¹². Sin embargo, en la misma jurisprudencia del TPIY parece incorporarse un elemento adicional, cuando el tribunal exige en *Kupreskic* que el hecho individual “debe ser llevado a cabo en forma sistemática o a gran escala”¹¹³. En este mismo sentido, CASSESE exige que *las ofensas deben ser realizadas a gran escala o en forma sistemática*¹¹⁴, esto es, no solamente realizadas *en un contexto de ataque generalizado o sistemático*.

En la segunda interpretación —el elemento de contexto no es requisito típico sino solamente un factor agravante— parece —contradictoriamente— encontrarse la

¹⁰⁷ Cfr. en este sentido ALICIA GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, pág. 151; ALINE BRUER-SCHÄFER, *Der Internationale Strafgerichtshof: die internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt a.M., Lang, 2001, pág. 296; CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 400; MANSKE, *Verbrechen*, cit., pág. 172.

¹⁰⁸ RODNEY DIXON, “Article 7” (parcial), en: Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2008, nota marginal núm. 3: “It captures the essence of such crimes, namely that they are acts which occur during a widespread or systematic attack on any civilian population in either times of war or peace”.

¹⁰⁹ DIXON, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 4.

¹¹⁰ Cfr. HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 73.

¹¹¹ De igual idea HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 73.

¹¹² Cfr. TPIY, Prosecutor vs. Kvočka, case núm. I-98-30-1-A, Trial Chamber Judgment, párrs. 207 y 209.

¹¹³ TPIY, Prosecutor vs. Kupreskic, case núm. IT-95-16-A, Judgment, Appeals chamber, 23 oct. 2001; crit. HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., art. 7º, nm. 73.

¹¹⁴ Cfr. ANTONIO CASSESE, “Crimes against Humanity”, en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, New York, Oxford University Press, 2002, págs. 356 y ss. (“One of the most significant of these elements is the fact that such offences must be large-scale or systematic”, pág. 356).

CIDFP cuando dice en uno de sus considerandos preliminares: “Reafirmando que la práctica *sistemática* de la desaparición forzada *constituyera un crimen de lesa humanidad*”. De esta idea se desprendería, por tanto, que la práctica *no sistemática* de la desaparición forzada *no constituyera un crimen de lesa humanidad*. La posibilidad de que el contexto no sea un requisito de la desaparición forzada parece ser confirmado, además, por la jurisprudencia de la CIDH, cuando establece que la responsabilidad internacional del Estado en cuestión se ve agravada si la conducta típica “forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”¹¹⁵. Al respecto podría concluirse con MODOLELL GONZÁLEZ que la Corte pareciera admitir la existencia de casos —no agravados— de desaparición forzada cuando el hecho se produce en forma aislada y desarticulada. La Corte, en consecuencia, parece pronunciarse en forma contradictoria sobre este punto, ya que, como critica MODOLELL GONZÁLEZ, califica por una parte la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad¹¹⁶, pero prevé por otro lado que el crimen pueda ser cometido en forma no sistemática y no ser crimen de lesa humanidad, por lo que esta categorización no sería más que una “mención rimbombante” que tiene por único fin acentuar la gravedad del crimen en cuestión, y que no acarrearía en cambio una función descriptiva limitadora que redujera los casos considerados desaparición forzada a aquellos producidos en un contexto de ataque “generalizado o sistemático”¹¹⁷. En la doctrina, esta misma postura se ve representada por GRAMMER, que entiende que la exigencia del elemento de contexto deja fuera de consideración los casos aislados de hechos fácticamente iguales¹¹⁸.

Respecto de la jurisprudencia del TEDH, cabe simplemente subrayar que el elemento de contexto no ha sido especialmente considerado, e incluso en el caso de Chipre¹¹⁹, no obstante el innegable contexto de ataque en que tuvieron lugar la desaparición de 1491 chipriotas griegos (ataque que tuvo como consecuencia la división política de la isla), la Corte no ha hecho un análisis diferenciado de esta circunstancia¹²⁰.

¹¹⁵ CIDH, caso Goiburú y otros vs. Paraguay, *supra* nota 7, párr. 82.

¹¹⁶ CIDH, caso Goiburú y otros vs. Paraguay, *supra* nota 7.

¹¹⁷ *Vid.* el capítulo de MODOLELL GONZÁLEZ en este volumen.

¹¹⁸ GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 19. El autor se muestra contundente al exigir “Eine juristische Erfassung der Tat muss beide Formen berücksichtigen”. [“Una formulación jurídica del delito debe considerar ambas formas”]. Aquí y en adelante, las traducciones del inglés y del alemán al español son de M. L. Böhm.

¹¹⁹ TEDH, Cyprus vs. Turkey, sent. 10 mayo 2001.

¹²⁰ *Vid.* GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 62 y ss. Esta observación cobra aún más peso, si se tiene en cuenta que los primeros 17 casos resueltos por el TEDH tuvieron exclusivamente a Turquía como Estado acusado. Sin embargo, “[i]n allen Entscheidungen gehen die Richter von einem isolierten Fall aus, lehnen also das Vorliegen eines ‚klassischen‘ Falls im Rahmen einer groß angelegten Praxis ab”. [“En todas las decisiones los jueces parten de un caso aislado, rechazan por tanto el estar frente a un caso «clásico» en el marco de una práctica perpretada a gran escala”] (*ibid.*, pág. 58).

c) *Delito especial*. En cuanto a quiénes pueden ser autores del crimen de desaparición forzada el ordenamiento internacional y el VStGB presentan distintas variantes en sus formulaciones: “[...] por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento [...]” (DPPDF); “[...] cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado [...]” (CIDFP, art. II); “[...] por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia [...]” (ECPI, art. 7 (2)(i)); “[...] por orden o con la aquiescencia de un Estado o de una organización política [...]” [§ 7 (1)(7) a) y b) VStGB].

El Estado puede ser el actor por medio de sus agentes, o puede ordenar, autorizar, consentir o apoyar a particulares o grupos de particulares. Existe por tanto acuerdo respecto de que el delito puede ser cometido tanto por agentes estatales, como por particulares vinculados *de alguna manera* en su actuar con el Estado. La CIDH ratificó la doble posibilidad de responsabilidad del Estado como autor directo (por medio de sus funcionarios) y autor “indirecto” por apoyo o aquiescencia en el caso Gómez Palomino¹²¹. En esta sentencia la Corte se pronunció sobre la figura de desaparición forzada descrita por el artículo 320 del Código Penal peruano y consideró que el ordenamiento de Perú no estaba en concordancia con los estándares internacionales, ya que al referirse solo al “funcionario o servidor público” como posible autor del delito, limitaba el ámbito de aplicación en forma inconveniente. La Corte ordenó a modo de reparación en su sentencia la modificación del Código y la inclusión de todos los sujetos activos mencionados en el artículo 7° (2) ECPI¹²². Por lo demás, la CIDH es muy estricta en cuanto a la responsabilidad del Estado sobre grupos de particulares, por ejemplo y en especial en el caso colombiano, sobre grupos paramilitares. En otras palabras: la Corte exige poco y de todos modos menos que un “control efectivo” (como la Corte Internacional de Justicia¹²³) para establecer el vínculo necesario entre el Estado y estos grupos. En efecto, la Corte más bien adjudica al Estado responsabilidad, sin realmente discutir el tema en profundidad ni elaborar un estándar racional¹²⁴.

¹²¹ CIDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 64.

¹²² CIDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 64, párr. 149. (“El artículo 320 del Código Penal del Perú restringe la autoría de la desaparición forzada a los «funcionarios o servidores públicos». Esta tipificación no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta”, párr. 102).

¹²³ Sobre la prueba de “effective control” de la CIJ —y la prueba menos exigente del “overall control” empleada por el ICTY y CPI, véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nota marginal núm. 237 con más referencias.

¹²⁴ Véase sobre todo el caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 septiembre 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 134, para. 111 (“Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los

En los *Elementos de los Crímenes* del ECPI se exige explícitamente que la “aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo” (elemento 4) y que la “negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo” (el. 5). Mientras que en el primer caso la aquiescencia estatal es suficiente, en el segundo —en lo que a la negativa (segundo acto) respecta— la sola aquiescencia estatal no implicaría la comisión del crimen¹²⁵. Esta idea fue seguida en el ordenamiento alemán. Mientras que para la primera alternativa de actuación (privación de la libertad seguida de omisión de información, § 7, párr. 1, Nr. 7a VStGB) se prevé que el particular pueda actuar “por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política”, la conexión entre particular y Estado u organización política en la segunda alternativa (negación de brindar información, § 7, párr. 1, Nr. 7a VStGB) se reduce al actuar “por orden”. Si el particular solo contase con la aquiescencia del Estado o de la agrupación política, el delito no estaría configurado¹²⁶. En esta segunda alternativa, se prevé además de la actuación por encargo, que se trate de un actuar “en contra de una obligación legal” (“entgegen einer Rechtspflicht”), lo cual podría ser interpretado de distintas formas, pero fue explícitamente resuelto por el legislador, en el sentido de que este deber jurídico de informar pudiera desprenderse tanto del derecho interno, como directamente del derecho internacional¹²⁷.

En la formulación del ECPI, al preverse la posibilidad de que el autor sea “una organización política” sin que necesariamente pertenezca a la estructura estatal o

Estados partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”). *Vid.* también Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 enero 2006, serie C, núm. 140, párrs. 138-140; Masacre de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1º julio 2006, serie C, núm. 148, párrs. 134-138; Masacre de la Rochela vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 11 mayo 2007, serie C núm. 163, párr. 102 (en este caso caso la Corte analiza las circunstancias fácticas que relacionan al Estado con los paramilitares, aunque sin la exigencia del “control efectivo”).

¹²⁵ Esta diferencia fue resultado de una adecuación del texto de los Elementos a las versiones francesa y árabe del ECPI, que difieren de la versión en inglés. Cfr. WITSCHEL y RÜCKERT, en *Elements of Crimes*, pág. 102; HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 134.

¹²⁶ *Vid.* WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 89.

¹²⁷ *Vid.* BR-Drs. 29-02 de 18 enero 2002 (Zu §7 Abs. 1 Nr. 7 Buchstabe b). Siehe auch Werle/Burchards, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, nm. 89.

cuenta con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, se amplía el ámbito de posibles autores y se habilita así la imputación de este delitos a agrupaciones políticas del tipo guerrillera, subversiva, terrorista, etcétera. La CIPPDF hace expresa esta ampliación al establecer:

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

d) *Conducta típica*. En cuanto a la conducta típica, debe quedar claro que se trata de un crimen complejo que puede ser cometido de muy diversas maneras¹²⁸. En la normativa, doctrina y jurisprudencia internacionales está plenamente establecido que la desaparición forzada consiste fundamentalmente en dos conductas¹²⁹, como lo ha dicho expresamente la CIDH: la privación de la libertad y la negación a dar información, que deben entenderse como cumulativas y no como alternativas¹³⁰. Esta doble conformación también es puesta de resalto por la doctrina al interpretar el ECPI, de donde se desprende que las características esenciales de este crimen son que una persona es privada de la libertad y durante esta privación de libertad es privada además de la protección de la ley, ya que hay una negación a reconocer esa situación de privación de la libertad o a brindar información al respecto¹³¹. Esta doble estructura se ve complementada por una segunda alternativa de comisión, menos compleja, prevista en el VStGB. A una primera alternativa de comisión a) (que sí incluye las dos fases) se agrega una alternativa b), que describe exclusivamente el negar información (con posterioridad a ser demandada) acerca de una privación de libertad que ya está teniendo lugar (§ 7, párr. 1, núm. 7 VStGB)¹³². Esta doble alternativa de comisión, si bien no se desprende explícitamente del texto del ECPI, sí se encuentra en la explicación brindada por los Elementos 1 y 2 del artículo 7 (1)(i) ECPI (esclarecido en los *Elementos de los Crímenes*):

¹²⁸ Vid. FEDERICO ANDREU-GUZMÁN, “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, en *International Commission of Jurists. The review*, núm. 62-63, 2001, pág. 73 y ss.; HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 128; WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 869.

¹²⁹ Vid. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nm. págs. 216 y s.; HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 128; WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 871.

¹³⁰ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sent. de 12 agosto 2008, párr. 196. La doble conducta la indicó ya antes en el caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 121, párr. 149, en la que le ordenó a Perú modificar el artículo 320 del Código Penal (que solo prevé la primera fase) a fin de completar la figura de acuerdo con los estándares internacionales.

¹³¹ Vid. HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 73.

¹³² Esta doble alternativa existe también en el ordenamiento de Uruguay (*vid. supra* nota al pie 49).

“1. Que el autor:

”a) Haya aprehendido, detenido, o secuestrado a una o más personas; o

”b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas”.

“2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o

”b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad”.

Esta segunda alternativa, como se verá, no varía en lo fundamental respecto de la segunda fase de comisión de la primera alternativa. En los fundamentos de la ley que sancionó el VStGB se explicó incluso que esta segunda alternativa era el “reflejo” (“Spiegelbild”) de la primera, por lo que el análisis de la primera vale en lo esencial para la segunda¹³³.

a) *Privación de la libertad*. En cuanto a la privación de la libertad, por tanto, puede ser por arresto, detención, secuestro o cualquier otro medio¹³⁴. En cuanto a la comprensión de los términos *arresto*, *detención*, *prisión* y *secuestro*, estos son aceptados internacionalmente tal como son esclarecidos en el *Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento*¹³⁵. La CIDH ha sentado además que no se exige que sea ilegal *ab initio*¹³⁶, lo cual concuerda con el artículo II de la CIDFP (“cualquiera que fuere su forma”) y no se ve contradecido por la letra del ECPI. Esta interpretación es rechazada por MODOLELL GONZÁLEZ¹³⁷ pero aceptada en general por la doctrina, que acepta la posibilidad de que la privación de la libertad empiece como detención legal, incluso de parte de un particular si se tratase de aprehensión en flagrancia¹³⁸.

La privación de la libertad debe ser seguida de la no información al respecto. No es necesario, sin embargo —en los ordenamientos en general y en la primera

¹³³ Así también WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 871.

¹³⁴ ComIDH, caso Chumbivilcasa vs. Perú, núm. 10559, Informe núm. 1-96, 1º marzo 1996. De igual opinión HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 129.

¹³⁵ Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 43/172. Sobre las distintas interpretaciones de la privación de la libertad, véase CORNELIUS, *Verschwindenlassen*, cit., págs. 266 y ss., que de ellas extrae y explica el fundamento del deber de información (respuesta que encuentra en el ordenamiento procesal alemán).

¹³⁶ Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, sent. de 26 enero 2000; caso Heliodoro Portugal v. Panamá, sent. de 12 agosto 2008, párr. 192.

¹³⁷ *Vid.* el capítulo de MODOLELL GONZÁLEZ en este volumen.

¹³⁸ *Vid.* por todos HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 129.

alternativa de comisión prevista en el ECPI— que el autor de la privación de la libertad sea el mismo de la negativa a brindar información¹³⁹.

En cuanto a esta primera fase, es importante subrayar que parte de la doctrina considera que se trata más bien de una condición necesaria¹⁴⁰, y no de un acto constitutivo del tipo; mientras que otros entienden que “representa solo una acción preparatoria —aunque incorporada en el tipo—”¹⁴¹, por lo que ni en una ni en otra interpretación podrá hablarse de tentativa si se ha dado apenas este primer paso descrito por los ordenamientos.

b) *No información*. La falta de información¹⁴² es la segunda conducta reconocida por la CIDH como un elemento de la figura de desaparición forzada, que debe estar presente cuando se tipifica el delito¹⁴³. Por la doctrina es considerado un elemento “esencial” que tiene el fin y el efecto automático, invariable e inmediato de sustraer a la persona en cuestión de la protección de la ley¹⁴⁴.

En las jurisprudencias nacionales analizadas y en los comentarios de la doctrina al respecto hay acuerdo mayoritario respecto de que para que se consume la acción delictiva no es necesario que se requiera expresamente información; es decir, que no es necesario que se emplace a quien debe brindar la información respecto de la situación de privación de libertad¹⁴⁵. Surge por tanto la cuestión de a partir de qué momento debe entenderse que se está omitiendo brindar información, aunque esta duda es resuelta en forma mayoritaria en el sentido de que tal información debe brindarse “sin demora”, es decir, “sin una demora culpable”¹⁴⁶.

¹³⁹ Vid. MESEKE, *Tatbestand*, cit., pág. 232.

¹⁴⁰ Así MEINI y GALAIN PALERMO en este volumen.

¹⁴¹ AMBOS, *La parte general*, cit., pág. 378.

¹⁴² Vid. el estudio detallado de la desaparición forzada de personas en lo que hace relación al deber de información (*Benachrichtigungspflicht*), en CORNELIUS, *Von Spurlosen Verschwindenlassen*, *passim*, en especial sobre la historia de las detenciones y el deber de información bajo las *lettres de cachet* en Francia antes de 1789 (págs. 5 y ss.) y tras la revolución de 1789 (págs. 32 y ss.), y sobre el derecho de detención de carácter policial (“polizeiliches Verhaftungsrecht”) en Alemania durante el Tercer Reich (págs. 68 y ss.) en los campos de concentración (“Konzentrationslager”) (págs. 75 y ss.).

¹⁴³ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, *supra* nota 130, párr. 198; caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 64, párrs. 103 y ss.

¹⁴⁴ HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 131 (“essential element”, “The purpose and the automatic, invariable and immediate effect of the deprivation of liberty or denial of information is the removal of the person concerned from the protection of the law”).

¹⁴⁵ Esta idea es compartida por los autores reunidos en este volumen.

¹⁴⁶ [“unverzüglich”, “ohne schuldhaftes Zögern”]. Así lo entiende CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 281, que acude a la definición del Código Civil alemán (§ 121 BGB) para definir la idea “sin demora”.

El ordenamiento alemán¹⁴⁷ —penal internacional— en cambio, el VStGB en la primera alternativa de comisión prevista (§ 7, párr. 1, Nr. 7a VStGB) exige expresamente que tal información haya sido requerida. Así lo explicitan también WERLE y BURCHARDS: “El simple no brindar la información correspondiente sin haber habido una petición [*Nachfrage*] previa al respecto no alcanza para la consumación de la alternativa del tipo penal”¹⁴⁸. Y también se aplica a la segunda alternativa (§ 7, párr. 1, Nr. 7b VStGB), aunque no esté expresamente señalado¹⁴⁹.

Esta segunda alternativa, como se señaló antes, es similar a la que luego incorporó Uruguay en su ordenamiento (y a la descrita en los *Elementos de los Crímenes*). Aunque la variante uruguaya parece acarrear el inconveniente de la autoincriminación, como bien señalaba GALAIN PALERMO, que en la normativa alemana parece haber sido evitado. En el ordenamiento uruguayo se estipula:

Ley 18026, art. 21.1: “El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado [...] omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte”.

Es decir, cualquier particular que con la mera aquiescencia estatal omita información sobre las circunstancias de la privación de la libertad y se niegue a darla, está cometiendo la conducta descrita. Sin embargo, al no quedar esclarecido cuál sea la fuente del deber de información de ese particular o sea de qué deriva su deber de garante —¿la propia descripción típica, como sugiere GALAIN PALERMO?—, tampoco está claro cómo podría evitarse cometer el delito sin inculparse. En la segunda alternativa de la formulación alemana el particular solo puede cometer la conducta delictiva cuando actúa “por encargo” del Estado u organización política, o cuando “incumple un deber jurídico”¹⁵⁰.

¹⁴⁷ En el ordenamiento alemán el deber de información sobre una detención está expresamente incluido en el art. 104, 4 GG, y en § 114b StPO. La inclusión normativa y el rango constitucional dados al mismo pueden entenderse como reacción a las prácticas soviéticas (cfr. *supra* nota 8), y solo en segunda medida como reacción a la práctica establecida a partir del decreto Nacht und Nebel de 1941 (cfr. *supra* nota 9) (CORNELIUS, *Von Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., págs. 204 y 224 y ss.).

¹⁴⁸ WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 88 [“Die bloße Nichterteilung einer entsprechenden Auskunft ohne vorherige Nachfrage reicht für die Vollendung der Tatbestandsalternative nicht aus”]; en idéntico sentido ya en WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 871, si bien en esta oportunidad más temprana no queda suficientemente claro cuál sea la fuente para tal afirmación, dado que en tal obra se comenta el art. 7 (1)(7) ECPI, en el cual no se exige dicha petición de información.

¹⁴⁹ Así se explica en el proyecto de ley [“Mithin setzt auch diese Tatbestandsalternative eine Nachfrage voraus; ohne sie ist ein Weigern nicht denkbar” (“Por lo cual exige también esta alternativa del tipo penal la petición de información; sin ella no es posible pensar en una negación”)], y lo confirman también WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 89; MESEKE, *Tatbestand*, cit., págs. 232 y ss.

¹⁵⁰ *Vid. supra* nota 85.

Ambas referencias estarían poniendo al sujeto en posición de garante, ya sea *por su asimilación al cumplimiento de una función pública* —por actuar “por encargo del Estado”—, lo cual lo situaría en la posición de funcionario público y le adjudicaría ese mismo cometido y el mandato de no incumplir con el deber de velar por el correcto funcionamiento de las instituciones y el respeto de los derechos que debe proteger; o por obligación *cumplir un deber jurídico*, que se funda en que el particular por propia decisión y sin orden estatal se alineó en una política estatal de desapariciones y en tal asimilación se ve vinculado por tanto a los deberes jurídicos que interna o internacionalmente se prevén para los funcionarios públicos¹⁵¹. En ninguno de ambos casos se estaría violando por tanto el principio *nemo tenetur*.

c) *Permanencia*. La desaparición forzada es un delito de tipo de ejecución permanente¹⁵². La CIDH ha destacado que esta prolongación implica una “situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención”¹⁵³. No se trata del tiempo en sí, sino de que en ese lapso en que no se ha brindado información sobre el estado de privación de libertad de la víctima, ni esta ni terceros tienen la posibilidad de ejercer el debido control legal y fáctico de la situación de encierro, por lo que el estado de vulnerabilidad de la víctima es absoluto, y la posibilidad de arbitrariedad del autor del crimen, ya que no existe la posibilidad de que la administración de justicia cumpla con su tarea de control sobre las funciones de los organismos estatales y de canalización de los derechos individuales. Esta “prolongación” afecta por tanto el bien jurídico protegido tanto en su esfera personal, como colectiva. Este requisito, sin embargo, es considerado por MODELELL GONZÁLEZ contrario a la letra del artículo II CIDFP, ya que en este nada se dice al respecto, mientras que en el ECPI la idea de la “prolongación” sería reconducida a un elemento subjetivo del injusto (“con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” [art. 7 (2)(i), últ. Parte], que actuaría según MODELELL GONZÁLEZ como “tendencia interna trascendente”¹⁵⁴.

En cuanto al momento en que tal permanencia concluye, es decir, en cuanto al momento en que cesa la ejecución del delito, la CIDH ha mostrado un desarrollo en su jurisprudencia que consideramos positivo. En sus tres primeras sentencias la Corte analizó las acciones involucradas en la desaparición forzada y se refirió

¹⁵¹ WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nm. 89 [“wenn der Täter sich aus eigenem Entschluss und ohne Anordnung freiwillig in eine staatliche Politik des Verschwindenlassens einordnet und dabei zugleich eine bestehende Rechtspflicht zur Auskunftserteilung verletzt”. (“cuando el autor por propia decisión y sin orden se alinea voluntariamente en una política estatal de desapariciones forzadas y lesiona a la vez el deber jurídico subsistente de brindar información”)].

¹⁵² *Vid.* por todos HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 128.

¹⁵³ Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, *supra* nota 97, párr. 150.

¹⁵⁴ *Vid.* el capítulo de MODELELL GONZÁLEZ en este volumen.

al momento de la (presunta) muerte de la persona desaparecida mediante su ejecución secreta¹⁵⁵. Dado que en estas primeras sentencias la Corte se concentró en la persona detenida-desaparecida como destinataria de la protección de la prohibición de desaparición forzada, con su muerte, la cual era presumida de acuerdo con los indicios reunidos, cesaba la ejecución del delito¹⁵⁶. A partir del caso Blake, como se mencionó *supra*¹⁵⁷, la Corte amplió el ámbito de protección de la figura, reconociendo de esta forma lo establecido ya años antes por la Comisión de Derechos Humanos en el caso Quinteros¹⁵⁸. También los parientes cercanos a la persona detenida desaparecida pasaron a ser considerados afectados por el crimen. Con dicha ampliación, la *permanencia* de la ejecución del delito se vio también *extendida*, de modo que ya no la muerte, sino el esclarecimiento de la situación de la persona desaparecida, indica el cese de la ejecución. Esta misma idea ha sido confirmada y seguida mayoritariamente por la doctrina¹⁵⁹. A partir de este requisito de permanencia concluyó la Corte la pertinencia de su competencia para los casos en que la presunta desaparición forzada empezara con anterioridad a que el Estado en cuestión hubiera aceptado dicha competencia, en tanto el injusto continuara. Esta jurisprudencia se mantuvo en las sentencias posteriores, y así dijo la Corte en el caso Heliodoro Portugal:

“[...] a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aún si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha [...] En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto [*sic*] dicha violación hubiera continuado. En este sentido, la Corte observa que el artículo III de la Convención sobre Desaparición Forzada establece que una desaparición forzada «será considerad[a] como [*sic*] continuad[a] o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima». De igual manera, la Corte ha señalado anteriormente que «mientras no sea determinado el paradero de [...] personas [desaparecidas], o debidamente localizados e identificados sus restos, el tratamiento jurídico adecuado para [tal] situación [...] es [el] de desaparición forzada de personas»”¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Vid. los casos Velásquez Rodríguez v. Honduras, *supra* nota 94, párrs. 155-157; Godínez Cruz vs. Honduras, *supra* nota 94, párrs. 163-165; Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, *supra* nota 94, párrs. 148-150. En las próximas tres sentencias la Corte no volvió a tratar el tema de las acciones propias de la desaparición forzada de personas.

¹⁵⁶ Vid. en este sentido GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 49, espec. nota al pie 28.

¹⁵⁷ CIDH, caso Blake vs. Guatemala, véase *supra* nota 101 y texto principal.

¹⁵⁸ ComIDH, caso Quinteros vs. Uruguay, *supra* nota 99.

¹⁵⁹ Vid. HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 128 (“when the fate or whereabouts of the person is known”); SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 146 y ss.

¹⁶⁰ CIDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sent. de 12 agosto 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 34.

Una consecuencia directa de la consideración del crimen de desaparición forzada como delito permanente es así el efecto inmediato que tal permanencia tiene en la validez temporal de la ley que debe ser aplicada y por tanto también el efecto sobre la competencia de la Corte. Expresamente ha dicho la Corte en una de sus últimas sentencias:

“Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable”¹⁶¹.

El ECPI tiene en su texto una expresión que podría llevar a confusión, cuando describe el elemento intencional del delito: “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” [art. 7 (2)(i)]. La formulación “por un tiempo prolongado” debe pensarse a partir del texto original inglés del Estatuto “for a prolonged period of time”. El término “prolonged” del verbo “to prolonge” en inglés, como explica HALL, no hace referencia a una larga duración, sino a hacer algo más largo, extender o prolongar, por lo que un “prolonged period of time” hace referencia a una cierta extensión, y no a una extensión determinada en horas, días, semanas, meses o años¹⁶². En realidad, explica HALL, “es en las primeras horas y días luego de la privación de la libertad inicial y de la negativa a reconocer o dar información, que la persona se encuentra expuesta al mayor riesgo. En algunos países hay un patrón de «desapariciones» según el cual las víctimas, sin intervención efectiva alguna del exterior, son asesinadas luego de unos pocos días y sus cuerpos pueden ser hallados muy poco después, concluyendo así la continuación del delito”¹⁶³. La idea de ese período debe ser considerada por tanto tan corta como sea posible, sin poder ser más extensa que el período mínimo reconocido por la normativa internacional¹⁶⁴. En contra de esta idea, en cambio, parece expresarse WERLE al interpretar el § 7, Abs. 1, Nr. 7 VStGB: “Privaciones de la libertad de solo poca duración no son abarcadas por el ámbito

¹⁶¹ Caso Tiu Tojin vs. Guatemala, *supra* nota 60, párr. 87.

¹⁶² *Vid.* HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 133.

¹⁶³ HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 133 [“Indeed, it is in the first few hours and days after the initial deprivation of liberty and the refusal to acknowledge or to give information that the person is most at risk. In some countries there is a pattern of «disappearances» in which the victim, absent effective outside intervention, is killed after a matter of days and the bodies may be found shortly afterwards, thus, ending the continuing crime”].

¹⁶⁴ Actualmente estaría reconocido que ese período no pudiera exceder de las 24 o 48 horas (HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 133, nota al pie 592). Véase una compilación de la ley a los estándares relevantes respecto del contacto con el mundo exterior en Amnesty International, Fair Trials Manual, AI Index: POL 30/002/1998, 1º de diciembre de 1998, capítulos 4 (“el derecho de los detenidos a tener contacto con el mundo exterior”) y 5 (“Derecho de ser llevado inmediatamente ante un juez o un oficial de justicia”).

de aplicación de la normativa”¹⁶⁵, dejando sin embargo abiertas las pautas para definir cuándo la duración es “poca” o “mucho”¹⁶⁶.

d) *Elementos subjetivos de tipicidad*. La definición de la CIDFP (“[...] con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”, art. II CIDFP) implica que por no dar información el ejercicio de los derechos se ve impedido, mientras que el ECPI “[...] con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley (...)”, art. 7 (2)(i)] prevé “la intención de” dejar fuera del ejercicio de los derechos como un elemento subjetivo del injusto, como un fin perseguido (que no es necesario lograr¹⁶⁷). Así también la doctrina, que relaciona este elemento subjetivo con el que motivó en su momento a Hitler al decretar esta práctica¹⁶⁸, “concebida precisamente para evadir el entretejido legal de la protección de los derechos humanos”¹⁶⁹. En este sentido interpreta entonces la doctrina el elemento subjetivo de la definición legal del ECPI: se trata del dolo (“Vorsatz”) más una intención especial (“Absicht”) ¹⁷⁰, que podrá ser entendida tanto como requisito de una “intencionalidad más intensa”¹⁷¹, o como “ultraintencionalidad”¹⁷². Esta misma idea se confirma en el texto del VStGB (“con la inten-

¹⁶⁵ WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., núm. 87 [“Freiheitsentziehungen von nur geringer Dauer unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Vorschrift”].

¹⁶⁶ El texto del proyecto de ley presentado por el Bundesrat no esclarece el punto, limitándose a subrayar que por tratarse de una privación de la libertad corporal “de carácter grave” (“in schwerwiegender Weise der körperlicher Freiheit beraubt”) el tipo penal exige que sea de mucha duración (cfr. BR-Drs. 29-02 del 18 de enero de 2002 (Zu § 7 Abs. 1 Nr. 7 Buchstabe a)).

¹⁶⁷ Como se afirmó privar del ejercicio de sus derechos y por tanto dejar fuera de la ley a la persona detenida se desprende de los propios elementos típicos de la figura y de las características de los casos efectivamente registrados (uso de escuadrones que actúan sin llevar uniforme, en vehículos no identificables, sin órdenes de detención, detención en lugares de encierro especiales, etc.). *Vid.* en este sentido HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 132 (“In the light of these common characteristics of the crime, such factors are convincing circumstances that all of those involved in the crime intend to deprive the victim of the protection of the law”).

¹⁶⁸ HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 132. Sobre el decreto Nacht und Nebel, véase *supra* nota 9.

¹⁶⁹ WILDER TAYLER, “Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, en *International Commission of Jurists: The Review* núm. 62-63, 2001, pág. 65 [“conceived precisely to evade the legal framework of human rights protection”].

¹⁷⁰ *Vid.* AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nota marginal núm. 216; MESEKE, *Tatbestand*, cit., pág. 233; CRYER *et al.*, *An Introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge, CUP, 2007, pág. 217; ROBERT KOLB, “Droit international pénal”, en R. Kolb, *Droit international pénal: précis*, Bâle, Helbing Lichtenhahn *et al.*, 2008, pág. 111.

¹⁷¹ *Vid.* AMBOS, *La parte general*, cit., págs. 427 y ss. y 433 y ss, donde se señala que la figura tiene una exigencia de dolo más intensa que la requerida por el art. 30 ECPI. Véase de acuerdo con esta idea MESEKE, *Tatbestand*, cit., pág. 233.

¹⁷² Así MODOLELL GONZÁLEZ en su texto en este volumen.

ción de sustraerla por tiempo prolongado de la protección de la ley”) que según los fundamentos dados por el legislador se refiere a “una intención distinta del dolo” exigida por el tipo penal¹⁷³.

Se desprende de la nota al pie 23 de los *Elementos de los crímenes del ECPI* (“Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común”), que como no es necesario que sea el mismo actor el que lleve a cabo todos los actos de esta figura compleja, tampoco se exige que la frase “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley [...]” sea aplicada a un solo sujeto respecto de todos los actos realizados por otros sujetos. Sí es necesario, sin embargo, un cierto conocimiento respecto de los otros actos. Así lo estipula el *elemento 3*, aclaratorio de la desaparición forzada de personas en el ECPI:

“3. Que el autor haya sido consciente de que: (27)

”a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de la libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas (28); o

”b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad”.

La primera nota al pie 27¹⁷⁴ hace referencia al artículo 30 (2) ECPI, mientras que la nota al pie 28¹⁷⁵ meramente esclarece el alcance de la intención exigida teniendo en cuenta que la “detención” también puede ser la continuación de una detención ya existente¹⁷⁶.

El dolo, por tanto, debe abarcar en la primera alternativa de comisión tanto la privación de la libertad como el posterior no informar; en la segunda alternativa el dolo debe abarcar la situación de que la persona, sobre la que se niega el brindar información, se encuentra privada de su libertad en forma ilegítima¹⁷⁷.

¹⁷³ Vid. BR-Drs. 29-02 del 18 de enero de 2002 (Zu §7 Abs. 1 Nr. 7 Buchstabe b): “In subjektiver Sicht verlangt die Vorschrift neben dem Vorsatz die Absicht, eine Person, «für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen». [...] Desde el punto de vista subjetivo [...] la normativa exige junto al dolo la intención de sustraer a una personas «por tiempo prolongado de la protección de la ley»”.

¹⁷⁴ La nota dice: “Este elemento, incluido a causa de la complejidad de este delito, se entiende sin perjuicio de la introducción general a los elementos de los crímenes”.

¹⁷⁵ La nota reza: “Se entiende que, en el caso del autor que haya mantenido detenido a alguien que ya lo estaba, se daría ese elemento si el autor fuese consciente de que esa negativa ya había tenido lugar”.

¹⁷⁶ WITSCHEL y RÜCKERT, “Genocide and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime”, en H. Fischer/ C. Kreß/ S.R. Lüder (coord.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 2001 págs. 102-103.

¹⁷⁷ Vid. WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 872; WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 89.

e) *La (ir)retroactividad y el principio de legalidad*. El ámbito de jurisdicción temporal ampliado a partir del caso Blake¹⁷⁸, se extendió nuevamente, en otro sentido, con el caso Trujillo Oroza¹⁷⁹. El reconocimiento del Estado boliviano de su responsabilidad por la desaparición del estudiante Trujillo Oroza en 1972 fue positivamente considerado por la Corte y atrajo consecuencias importantes en cuanto a la jurisdicción *ratione temporis*¹⁸⁰. Mientras que en Blake la Corte había reconocido su jurisdicción únicamente a partir de la entrada en vigencia de la CIDH en Guatemala, en Trujillo Oroza la CIDH entendió que como el Estado mismo reconocía haber cometido el crimen de desaparición forzada en 1972, la jurisdicción de la Corte se veía habilitada para afirmar la desaparición forzada desde esa misma fecha. Esta decisión tuvo efectos directos en la reparación pecuniaria ordenada en favor de los familiares, que no fue calculada desde 1993, sino desde 1972¹⁸¹. Además, la CIDH se ha manifestado expresamente en favor de la retroactividad de su jurisdicción para los casos en que un Estado haya reconocido la competencia de la Corte con posterioridad a que fuera empezada la desaparición forzada¹⁸². Así lo ha hecho también el TEDH¹⁸³.

En los *Elementos de los crímenes del ECPI* se establece en la nota al pie 24, relativa a la desaparición forzada, que “el crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto”. Los elementos 7 y 8, como se señaló anteriormente, se refieren a “que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil” (elemento 7) y a que “el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era [*sic*] parte de un ataque

¹⁷⁸ CIDH, caso Blake vs. Guatemala, véase *supra* notas 101 y 157 y texto principal.

¹⁷⁹ CIDH, caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, sent. de 26 enero 2000, serie C, núm. 64 (Fondo).

¹⁸⁰ Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, *supra* nota 179, párr. 42.

¹⁸¹ CIDH, caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, sent. de 27 febrero 2002, serie C, núm. 92 (Reparaciones), párr. 97.

¹⁸² Caso Heliodoro Portugal, *supra* nota 130, párr. 34. La Comisión de Derechos Humanos, en cambio, evitó pronunciarse al respecto en el caso Menanteau Aceituno y Carrasco Vásquez vs. Chile, Comunicación núm. 746/1997, 4 agosto 1999, en que tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de tres cuestiones centrales atinentes al ámbito de aplicación de la ley (la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos cometidos bajo un gobierno anterior, la compatibilidad de las leyes de amnistía con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la propiedad de recursos tales como la creación de comisiones de verdad y reconciliación) y no lo hizo. *Vid.* crítico al respecto SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 121.

¹⁸³ *Vid.* el caso Kolk and Kislyiy v. Estonia., sent. de 17 enero 2006 (Application núm. 23052/04 y núm. 24018-04). En el caso Bouchetf vs. Algeria, Comunicación núm. 1196/2003, 27 abril 2006, la Com. Eur. de DDHH se refirió expresamente al tema de un proyecto de ley de amnistía, sin rechazarlo contundentemente, sino solo considerando que Algeria no *debería* basarse en tal proyecto para actuar en contra de quienes intentaran llevar casos de desaparición forzada ante la Comisión. Tal expresión en forma condicional deja abierta por tanto la puerta a la violación de los derechos reclamados ante la Comisión. *Vid.* críticos al respecto SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 130.

generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo” (el. 8). Esto significa que la competencia de la CPI no solo se determina de acuerdo con el comienzo del período comisivo (cuando se incumple por primera vez el deber de informar), sino también de acuerdo con el momento en que se empieza el ataque que determina el contexto, lo cual es ciertamente problemático¹⁸⁴. Esta interpretación, de todos modos, no tiene una base en el Estatuto¹⁸⁵. En cuanto a la jurisdicción temporal, el ECPI se limita a establecer en los artículos 11 y 22 (1) la prohibición de retroactividad *ratione personae*¹⁸⁶.

C) *Jurisprudencia respecto del derecho procesal*

La dificultad probatoria es uno de los problemas centrales al momento de juzgar el delito de desaparición forzada. En general, lo único —y último— sobre lo que hay conocimiento cierto es el momento en que el sujeto es secuestrado o arrancado de su entorno, en caso de que haya habido testigos de tal acto, por lo que toda circunstancia posterior queda precisamente en la incertidumbre y falta por tanto de pruebas¹⁸⁷. Existen, sin embargo, elementos indiciarios fuertes que se reiteran en la gran mayoría de estos casos, y elementos que deben ser especialmente considerados al momento de resolver casos en los que se ha reunido escaso material probatorio: los testimonios de quienes han “aparecido” y las pruebas físicas y psíquicas de los tratos recibidos, las huellas de los centros de detención descubiertos con posterioridad, el patrón seguido en muchos casos en cuanto al perfil de los “desaparecidos” —que depende obviamente del contexto en que se cometan los hechos— y los testimonios de los “insider”, que formaron parte de alguna manera de la estructura estatal o de las agrupaciones que cometieron estos crímenes¹⁸⁸.

La suma de los indicios como prueba suficiente ha sido considerada ya en el caso Bleier, el primer caso de desaparición forzada de personas analizado por la

¹⁸⁴ Así también HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 134, nota al pie 594: “For example, if prisoners who were initially deprived of their liberty, lawfully or unlawfully, before entry into force [the Statute] were to «disappear» in detention in connection with an attack on a civilian population that occurred after that date, then the Court would be able to exercise jurisdiction”.

¹⁸⁵ En efecto, la inclusión de esta aclaración al redactarse los *Elementos de los crímenes* fue realizada por insistencia de delegaciones de países de Latinoamérica que pretendían excluir precisamente la posibilidad de la jurisdicción *ratione temporis* a los casos de desaparecidos en el contexto de las dictaduras de las últimas décadas del siglo pasado. *Vid.* WITSCHER y RÜCKERT, en *Elements of crimes*, cit., pág. 102.

¹⁸⁶ Así también HÉCTOR OLÁSOLO, “A note on the evolution of the principle of legality in ICL”, en *Criminal Law Forum*, núm. 18, 2007, pág. 307; ANDREAS SCHÜLER, “Das Rückwirkungsverbot im Völkerstrafrecht”, en H.-H. Kühne, R. Esser y M. Gerding (Coords.) *Völkerstrafrecht. 12 Beiträge zum internationalen Strafrecht und Völkerstrafrecht*, Osnabrück, Jonscher, págs. 197 y ss.

¹⁸⁷ Sobre esto SANCINETTI y FERRANTE, “Argentinien”, cit., pág. 99.

¹⁸⁸ *Vid.* GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 19 y ss. con más referencias.

CIDH¹⁸⁹, en el cual se estableció el principio de inversión de la carga de la prueba¹⁹⁰ dadas las circunstancias propias de la desaparición forzada¹⁹¹. Esta decisión fue seguida luego por la CIDH a partir del caso Velásquez Rodríguez¹⁹². En esta sentencia dijo la Corte:

“En efecto, de los testimonios y de las demás pruebas aportadas y no desvirtuadas, se concluye que, si bien existían en Honduras, durante la época de que aquí se habla, recursos legales que hubieran eventualmente permitido hallar a una persona detenida por las autoridades, tales recursos eran ineficaces, tanto porque la detención era clandestina como porque, en la práctica, tropezaban con formalismos que los hacían inaplicables o porque las autoridades contra las cuales se dictaban llanamente los ignoraban o porque abogados y jueces ejecutores eran amenazados e intimidados por aquellas”¹⁹³.

La doctrina confirma y celebra esta decisión, entendiendo que la aceptación de presunciones y la reversión de la carga de la prueba es una pauta indispensable al

¹⁸⁹ Establecido en cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

¹⁹⁰ Este principio, sin embargo, no debe verse como mera creación de la jurisprudencia, sino concreción del artículo 42 del Reglamento de la ComIDH: “Se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al gobierno del Estado aludido si, en el plazo máximo fijado por la Comisión de conformidad con el artículo 34, párrafo 5, dicho gobierno no suministrare la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa”.

¹⁹¹ ComIDH, caso Bleier v. Uruguay, Comunicación núm. R.7/30, 29 de marzo de 1982. En el caso Yurich, sin embargo, la Comisión ha hecho un retroceso al respecto (ComIDH, caso Yurich vs. Chile, Comunicación núm. 1978/2002, 12 de diciembre de 2005, párr. 6.4) al considerar inadmisibile el caso en cuestión porque el actor no pudo demostrar por ningún medio que tras la entrada en vigencia en Chile del Protocolo Optativo del PIDCP el Estado chileno haya realizado algún acto que confirmase la desaparición forzada ocurrida con anterioridad a dicha entrada en vigencia. La Comisión dio así prioridad a la objeción *ratione temporis* en desmedro de la naturaleza permanente del crimen, del derecho a la verdad de los familiares y sin considerar el principio de inversión de carga de la prueba sostenido anteriormente por la Comisión. Cfr. también en desacuerdo con la decisión SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 125 y ss., 190 y ss. (“The criterion applied by the Committee that apparently requires the author of a communication to demonstrate that a State has «undertaken actions that would constitute a confirmation of the disappearance» lacks any normative or judicial basis and acts to the full detriment of the victim”, pág. 126). Con posterioridad la Comisión retomó su jurisprudencia anterior en el caso Bousroual vs. Algeria, Comunicación núm. 992-2001, 24 abril 2006, sosteniendo nuevamente el principio de la inversión de la carga de la prueba.

¹⁹² CIDH, caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, *supra* nota 94, párr. 80, consideraciones reiteradas luego en el caso Godínez Cruz vs. Honduras, *supra* nota *supra* nota 94, párr. 87, caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, *supra* nota *supra* nota 94, párr. 102. *In extenso*, también a partir de Velásquez Rodríguez, se ha expedido la Corte respecto del carácter especial de las violaciones de derechos humanos que fundan la condena con base en presunciones (Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrs. 122 y ss.).

¹⁹³ CIDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *supra* nota 192, párr. 80.

momento de juzgar violaciones de derechos humanos y en especial en el caso de la desaparición forzada, dado que de lo contrario víctimas y familiares se verían frente a una segura denegación de justicia¹⁹⁴. Discutible parece ser sin embargo, hasta qué punto puede aceptarse tal principio en el ámbito penal¹⁹⁵. Expresamente ha sentado esta diferencia la CIDH precisamente en Velásquez Rodríguez: “En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.

”A diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado”¹⁹⁶.

Entendemos que ha resuelto expresamente la CIDH años después esta diferenciación y la duda acerca de la validez de este principio en el ámbito del derecho penal (aun del internacional) al sentar que al describirse la figura típica de desaparición forzada en los ordenamientos nacionales, no puede exigirse (como lo hace el ordenamiento peruano), que la desaparición sea “debidamente comprobada” (C. P. peruano, art. 320). Esto lo confirmó la CIDH en el caso Gómez Palomino, en que ordenó a Perú modificar dicha exigencia por acarrear serios problemas de interpretación e imponer a los familiares de la persona desaparecida una indebida carga de la prueba¹⁹⁷. En similar sentido puede ser leída la recomendación de GRAMMER, respecto de que al momento de realizarse la tipificación de la figura en el ordenamiento interno no se describa la desaparición forzada con elementos que son sabidamente de difícil prueba en estos casos (como procedimientos concretos del autor, una determinada forma de práctica generalizada etc.)¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Cfr. SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, págs. 107, 190 y ss. (“To impose on the relatives of the victims the burden to prove what has concretely happened represents a sort of *probatio diabolica*. It goes without saying that, if a person has disappeared and his relatives are denouncing such an event, the latter are not in a position to prove anything about the fate and whereabouts of their loved one. If they could, they would complain about a different violation, such as arbitrary killing, illegal deprivation of liberty or torture”, págs. 190-191).

¹⁹⁵ Cfr. GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 48 nota al pie 27. *Vid.* también sobre esta discusión CLAUDIO GROSSMAN, “Desapariciones en Honduras: la necesidad de representación directa de las víctimas en litigios sobre derechos humanos”, en P. Nikken (Coord.), *The Modern World of Human Rights: Essays in honour of Thomas Buergenthal*, San José de Costa Rica, IIDH, 1996, págs. 347 y ss.

¹⁹⁶ Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, *supra* nota 94, párrs. 134-135.

¹⁹⁷ Caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 64, párr. 149.

¹⁹⁸ GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 83.

El TEDH, por su parte, también acepta a partir del caso *Timurtas*¹⁹⁹ que una presunción fuerte formada a partir de indicios es suficiente para dar por cometida la desaparición forzada, en tanto pueda sostenerse esto “más allá de una duda razonable”. Si bien el TEDH no siempre ha seguido en forma consecuente su propia jurisprudencia²⁰⁰, puede decirse que en general no ha adoptado la regla de la “duda razonable” con demasiada exigencia²⁰¹, en realidad, en varios casos es realmente una inversión de la carga de la prueba la que lleva a la decisión adoptada²⁰². Por ello resulta por lo menos curioso, que en ninguna de sus sentencias haya dado el paso final de adoptar la decisión de la CIDH y sentar también expresamente en su jurisprudencia el principio de la inversión de la carga de la prueba²⁰³.

3. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE UN TIPO MODELO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La figura de la desaparición forzada es sin lugar a dudas extremadamente compleja²⁰⁴. Consideramos, sin embargo, que su descripción y definición como crimen de lesa humanidad en los ordenamientos penales nacionales es una exigencia que no puede eludirse. A partir del estudio del estado actual de la normativa, doctrina y jurisprudencia relativas a la desaparición forzada en países latinoamericanos, y en el ámbito internacional, consideramos que hay *ciertas pautas que deben*

¹⁹⁹ TEDH, caso *Timurtas v. Turkey*, sent. de 13 junio 2000, párr. 85, en la cual la Corte recurre a un análisis aritmético respecto del tiempo transcurrido (transcurso de más de seis años y medio) desde la privación de la libertad para sostener así la presunción de la muerte. En el primer caso del TEDH sobre desaparición forzada de personas, en cambio, *Kurt vs. Turkey*, *supra* nota 102, la Corte había desestimado una violación del art. 2º CEDH por no haberse reunido prueba que bastara para confirmar los hechos más allá de una duda razonable. Esta decisión, claramente contraria a la jurisprudencia que ya diez años antes había sentado la CIDH, pueda explicarse tal vez por una insuficiente comprensión de las prácticas de desaparición forzada de personas de parte de algunos jueces. Cfr. en este sentido SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 191.

²⁰⁰ En *Cyprus vs. Turkey*, sent. de 10 mayo 2001, la Gran Cámara de la Corte entendió que las evidencias no eran suficientes para considerar violado el art. 2º CEDH (derecho a la vida) y se alejó así del antecedente *Timurtas*, en cuanto al tiempo transcurrido desde la desaparición en condiciones amenazantes para la vida (no obstante haber transcurrido 27 años desde la desaparición de 1491 griegos-chipriotas). No obstante, unos días después de esta sentencia, la Corte retomó en *Akdeniz and other vs. Turkey*, sent. de 31 mayo 2001, el camino trazado por el caso *Timurtas*.

²⁰¹ Cfr. SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 213.

²⁰² Entre los últimos casos en este sentido pueden contarse *Bazorkina vs. Russia*, sent. de 27 julio 2006; *Imakayeva vs. Russia*, sent. de 9 noviembre 2006.

²⁰³ Concordante con esta observación SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 213.

²⁰⁴ AMBOS, “‘Verbrechenselemente’ sowie Verfahrens- und Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshof”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pág. 406; WIEBKE RÜCKERT y GEORG WITSCHEL, “Genocide and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime”, en H. Fischer, C. Kreß y S. R. Lüder (Coord.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 2001, pág. 89; GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 96.

tenerse en cuenta al momento de sancionarse esta figura penal y al momento de evaluarse la reforma del tipo penal existente, en los casos en que este ya se encuentre previsto en el ordenamiento nacional.

El *bien jurídico* afectado por la desaparición forzada es múltiple, y puede diferenciarse en tres aspectos, a saber: en el *individual* se afecta en primer término el ámbito físico-psíquico de la víctima (p. ej. privación de la libertad, lesiones, maltrato, en última instancia la muerte) y en segundo término su seguridad en sentido general, incluso su seguridad jurídica y su derecho a ejercer los recursos necesarios para hacer reconocer y defender, precisamente, sus derechos. En el *familiar* se afecta el derecho de los allegados a conocer de la situación, actuar jurídicamente en defensa de los derechos de la persona detenida-desaparecida y, en su caso, conocer el destino corrido por ella y recuperar sus restos mortales. En este segundo aspecto, por tanto, no se trataría de la víctima material (la del nivel individual) sino de un sujeto pasivo que llamaremos *víctima afectiva*. El tercer y último aspecto de afectación es el *colectivo*, en el cual es la sociedad en su conjunto la que se ve afectada por el debilitamiento institucional que causa la obstrucción de los mecanismos de administración de justicia y por la imposibilidad de reconstrucción de la verdad histórico-social. Se trata así de la sociedad como sujeto pasivo del delito.

Los hechos deben cometerse en un *contexto* específico, esto es, en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Este contexto debe conformar el tipo penal de la desaparición forzada como elemento normativo del tipo objetivo. Los elementos de contexto son precisamente los que caracterizan la gravedad propia de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, dada la indefensión a que se ven sometidos los miembros de esa población, que, precisamente por dicho contexto, se ven impedidos de acudir por las vías regulares a los agentes designados para la protección de sus derechos. De no estar dado el elemento de contexto, los hechos no pueden ser calificados como desaparición forzada —dado que entendemos que este es un crimen propiamente de carácter penal internacional—. Ante la falta del elemento de contexto, los hechos podrán ser juzgados como delitos comunes que, según el caso, podrán configurar privación ilegítima de la libertad agravada por el carácter de funcionario del autor, o por las graves condiciones de la privación de la libertad, la duración, o incluso por la muerte, etcétera. El elemento de contexto no debe entenderse en el sentido de que la privación de la libertad y la negación de información al respecto hayan sido cometidas en forma generalizada o sistemática, sino en el sentido de que hayan sido cometidas *en el marco* de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. El hecho individual (privación de libertad seguida de la no información acerca de ella (alt. 1), o la no información (alt. 2) forma parte del hecho general (“Gesamttat”) de ataque generalizado o sistemático contra una población civil²⁰⁵.

²⁰⁵ Importante es distinguir el caso de *desaparición forzada* del de *tortura*, en cuanto a que este sí puede constituir un delito ordinario en caso de que no exista el elemento de contexto, mientras que la tortura es un acto que sin lugar a dudas puede ser cometido en forma individual y sin requerir un

La desaparición forzada es un *delito especial*, dado que solo puede ser cometido por personas que revisten ciertas características determinadas. Solo el Estado, o particulares que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia²⁰⁶ pueden ser autores de este delito. La desaparición forzada (tal como se desprende de los bienes jurídicos afectados) 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. Este bloqueo solo 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 de este). Si la privación de libertad de una persona y la falta de información al respecto son cometidos por un agente no estatal o sin autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, este se encuentra en condiciones de movilizar sus recursos materiales y jurídicos para el esclarecimiento y juzgamiento de los hechos en cuestión, por lo que el ámbito de afectación se ve reducido al nivel individual físico-psíquico de la persona privada de la libertad.

En este contexto surge la pregunta acerca de si *organizaciones políticas*²⁰⁷ pueden ser sujetos activos en el delito. El derecho internacional humanitario (“DIH”) moderno afirma normativa, dogmática y *jurisprudencialmente* que tales organizaciones son sujetos internacionales. Esta misma idea es recogida por el artículo 7º (2) ECPI, en el cual las organizaciones políticas son consideradas sujetos activos de crímenes contra la humanidad. Si bien compartimos esta idea para los otros crímenes contra la humanidad, consideramos que es cuestionable en el caso de desaparición forzada. En primer término por el carácter del bien jurídico protegido, que está directamente vinculado con el acceso a los recursos tendentes a esclarecer la situación de privación de la libertad; el Estado es el único actor en disposición de tales recursos y el único por tanto que puede ponerlos al alcance de quienes los requieran o, como sucede en la desaparición forzada, bloquearlos. Por ello, este

contexto específico (en cualquier comisaría, en cualquier cárcel, cualquier policía o custodio puede torturar a un detenido y violar así el bien jurídico protegido integridad física, dignidad, etc.). En el caso de la desaparición forzada, el bien jurídico protegido se relaciona directamente con el acceso a los recursos de esclarecimiento de los hechos y la administración de justicia, que solo en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil podrían verse bloqueados, lo que dificulta, si no imposibilita, el pensar en un caso de desaparición forzada que no integre un *Gesamtat*.

²⁰⁶ Sobre el necesario vínculo entre el Estado y estos grupos de particulares, véase ya *supra* notas 122 y ss. con texto principal.

²⁰⁷ Entendido aquí el término *organización* como concepto opuesto (“Gegenbegriff”) al concepto de Estado. Esto significa que deben cumplirse ciertos requisitos establecidos en el DIH (control *de facto* de una determinada zona, organizativamente comparable con el Estado i. e., fuerzas de seguridad, unidades policiales, etc.) para que una organización política devenga en organización política en el sentido de la normativa internacional (art. 7, inc. 2 ECPI; cfr. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nota marginal núm. 188, con más referencias).

bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente podrá ser violado por una organización política si ella pone a la persona privada de la libertad fácticamente fuera del alcance de los recursos estatales. Es decir, el bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente se verá afectado si esa organización mantiene privada de la libertad a una persona en un territorio al cual el Estado no tiene acceso y en el cual por tanto sus recursos no pueden ser movilizables, esto es, precisamente en el territorio que se encuentra bajo control de esa organización política. En este caso la organización estará impidiendo el acceso a la justicia no por la privación ilegítima de la libertad misma (que sería un secuestro ordinario), sino porque quita a la víctima del ámbito (territorial) de influencia y protección del Estado. Estas consideraciones producen, sin embargo, una segunda dificultad, relativa a la calidad especial del autor del crimen y por tanto, al deber de información que se desprende de él (y es plasmado en la descripción penal de la desaparición forzada como mandato del tipo penal mismo). Una organización política podrá ser asimilada al Estado, según el DIH, en cuanto al monopolio de la fuerza que ejerce sobre un determinado territorio y por tanto en cuanto a su posibilidad de bloquear el acceso a la administración de justicia en un caso de privación de la libertad; sin embargo, una organización política no puede ser asimilada al Estado en cuanto al deber de protección y de propiciar la seguridad que tienen sus agentes respecto de los derechos de los habitantes de ese Estado (por lo menos no en una concepción clásica del derecho público internacional, según la cual solamente el Estado es sujeto jurídico internacional y así destinatario de las obligaciones internacionales). Si una organización política priva de la libertad a una persona, por tanto, no tiene ningún deber de informar al respecto. Si se estipulase tal exigencia en el tipo penal, sería necesariamente artificial. El tipo penal respecto de las organizaciones políticas, por ende, no puede tener la misma estructura que tiene respecto del Estado o de los particulares que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia.

Si una organización política (o un particular con su autorización, apoyo o aquiescencia) priva de la libertad a una persona y la traslada al territorio bajo su control, o la mantiene en él, al cual el Estado no tiene acceso y por tanto sus recursos se ven bloqueados, la estructura típica será de *comisión* y no de incumplimiento del deber. No se trata del incumplimiento de un mandato, sino de la privación de libertad seguida del ocultamiento de una persona en el territorio bajo control de la organización política (o de una organización política *aliada*). La ejecución del crimen permanece mientras la persona continúe privada de la libertad fuera del ámbito territorial de control estatal (dado que tanto esta persona como sus familiares y la sociedad misma se ven incapacitados de actuar con vistas al esclarecimiento de los hechos). Es un delito permanente, en tanto el ocultamiento de la privación de la libertad continúe fuera del alcance estatal. Tal conducta requiere ser cometida con dolo y con la intención de sustraer a la persona del ámbito de actuación y por tanto de protección del Estado. Únicamente si están dados todos estos requisitos podrá considerarse a una organización política sujeto activo del

crimen de desaparición forzada, el que en caso de tipificarse deberá ser considerado por tanto en un inciso segundo, es decir, una tercera alternativa de comisión. Nuestra reserva al respecto, sin embargo, sigue vigente, no solo por las dificultades propias de la construcción explicada, sino porque de sancionarse tal tipo penal, existe el alto riesgo de que el Estado acentúe los procesos de selección propios del sistema penal y se vea tentado a utilizar la figura penal para la persecución de sus contrincantes, pero no para los casos cometidos por él mismo o con su autorización, apoyo o aquiescencia.

En cuanto a la calidad especial del autor, por último, es claro que *meros particulares* sin vinculación alguna al Estado o a una organización política no pueden ser autores de este crimen (ni de ningún otro crimen contra la humanidad).

El crimen de desaparición forzada de personas (volviendo ahora a la formulación clásica de su estructura típica) tiene *dos alternativas de comisión*. La *primera alternativa de comisión* incluye dos fases, a saber: la privación de la libertad y la negativa a brindar información al respecto. En esta alternativa la privación de la libertad debe entenderse como acto preparatorio, y puede ser legal, o ilegal. En caso de ser ilegal, si la segunda fase del delito no se alcanza, no habrá tentativa, sino privación ilegítima de la libertad (agravada probablemente por la condición de funcionario público del autor). En ambos casos el delito se consuma en el momento en que se supera el plazo dentro del cual la información debía ser brindada o, en caso de que no exista tal plazo, dentro de las cuarenta y ocho horas²⁰⁸ desde que empezó la privación de la libertad. Si esta era legal, pasará a ser ilegal. La *segunda alternativa de comisión* se compone exclusivamente de la segunda fase, dándose como condición necesaria el que la privación de la libertad haya tenido lugar con anterioridad (la cual por supuesto no fue practicada por el autor de esta segunda alternativa). En este caso el autor adquiere conocimiento de la situación de privación de la libertad luego que esta ha sido llevada a cabo (siendo indistinto si para el otro autor,

²⁰⁸ Este plazo máximo no solo coincide en general con los plazos previstos en los ordenamientos nacionales en cuanto a la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial (normalmente a lo más cuarenta y ocho horas, véase para América Latina EZEQUIEL MALARINO, “Un resumen comparativo”, en: K. Ambos, J. L. Gómez Colomer y R. Vogler (Eds.), *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, Bogotá, 2003, disponible en http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene_Projekte.html#police, págs. 579 y ss., 619 y s. con nota 168), sino que se funda principalmente en recomendaciones habidas al respecto en el ámbito del derecho internacional humanitario (cfr. *supra* nota 164). Así también, en cuanto a la obligación de notificación de una detención (contraparte del “right to have the fact of their detention and the place in which they are being held made known to a relative or other person of their choice”) ha dicho el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT): “The period of time for which the exercise of the above-mentioned right may be denied should be substantially shortened (e. g. to a maximum of 48 hours)”. (CPT/Inf (2000) 5, 13 abril 2000, párrs. 22-23). Véanse en igual sentido CPT/Inf (2003) 22, 13 marzo 2003, párrs. 13-14; y CPT/Inf (2003) 30, 30 junio 2003, párrs. 34-43. También el TEDH ha sentado el máximo de cuarenta y ocho horas respecto de dar conocimiento de la detención en el caso *Brannigan and McBride vs. UK*, sent. de 26 mayo 1993.

el de la privación de libertad, el plazo de información ha vencido o no) y no informa al respecto transcurrido el plazo legalmente previsto en que debe hacerlo o, en caso de que tal plazo no exista, dentro de las cuarenta y ocho horas desde que tomó conocimiento de la situación de privación de libertad previa.

Se trata por tanto, en ambas alternativas, de un *delito de incumplimiento del deber*, en el cual el deber de informar se desprende directamente de la normativa penal (por lo que el principio *nemo tenetur* no resulta violado), y no de un actuar ilegítimo previo —ya que privación de la libertad pudo haber sido legal en la primera alternativa e incluso no tuvo lugar en la segunda—. El tipo penal impone al Estado y al particular que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia de aquel la obligación de informar sobre la privación de la libertad o sobre el paradero o suerte de la persona privada de la libertad. Este mandato, que el texto penal hace explícito en este tipo penal, se desprende de la naturaleza y fines propios del cargo de funcionario público en cuanto a velar por el correcto funcionamiento de los órganos estatales en vista al bienestar y seguridad de los habitantes. Por este motivo, es previsible que en el ordenamiento interno el deber de información respecto de una privación de la libertad ya esté específicamente estipulado y que sus plazos estén expresamente previstos. De ser así, esos son los plazos que rigen. De no haber tales plazos, la normativa penal explícitamente recoge de las pautas sentadas en el ámbito internacional el plazo de cuarenta y ocho horas y lo estipula expresamente en la figura penal. El delito se consuma al no cumplirse con el mandato en el tiempo legalmente estipulado. Y continúa siendo ejecutado en tanto no se cumpla con el deber de informar impuesto por el tipo penal mismo. Es importante subrayar que no es necesario el emplazamiento previo a la negación de información, lo cual se relaciona con el carácter especial del delito: la *negación de información* de la situación de privación de la libertad de la víctima es *en sí misma* (sin necesidad de que tal información sea expresamente requerida) un *incumplimiento* del mandato que corresponde al funcionario público, o del particular que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia estatal, que ha privado de la libertad a una persona, o que tiene conocimiento de tal privación de la libertad.

La desaparición forzada es un crimen de ejecución *permanente* que se consuma, como ya se dijo, en el momento en que se incumple el deber de informar y continúa en su ejecución mientras este deber no sea satisfecho. De esto se desprende que aun cuando la víctima hubiese muerto, si el autor no brinda información sobre la privación de libertad sufrida por esta persona, o no informa acerca de la suerte corrida por ella (o de las circunstancias por él conocidas, en caso de que no esté informado respecto de la suerte efectivamente corrida por la víctima), el delito continúa siendo ejecutado, dado que continúa incumpléndose el deber de información. Si en cambio el delito se esclarece porque la víctima recupera la libertad y por tanto “aparece”, el delito cesa en su ejecución. No porque haya cesado la privación de la libertad (que también cesa en el caso de la muerte), sino porque el deber de información es impuesto por el tipo penal en protección de los dere-

chos antes enumerados, y estos dejarían de estar afectados si la víctima recuperara la libertad, dado que la incertidumbre propia de la desaparición forzada cesa (lo cual no sucede en el caso de la muerte, en tanto esa muerte no sea debidamente informada y las circunstancias de ella, esclarecidas). El delito habrá sido consumado durante el tiempo en el que la persona estuvo “desaparecida” y cesa en el momento en que “aparece”. Aunque la ejecución cese, permanecen los efectos del injusto en tanto los bienes jurídicos sigan estando afectados, es decir, mientras la falta de información siga bloqueando los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general. Por tratarse de un crimen contra la humanidad, se trata de un crimen imprescriptible.

La desaparición forzada solo puede ser cometida en *forma dolosa*. Y debe cometerse, además, *con la intención de dejar fuera del amparo de la ley* a la persona privada de la libertad. Este requisito subjetivo del tipo hace del dolo uno más intenso con respecto al elemento volitivo.

La jurisdicción *ratione temporis* debe ser establecida no de acuerdo con el momento de la privación de la libertad (que, según lo dicho es un acto preparatorio o condición necesaria para la comisión del crimen) sino al *momento en que empieza a incumplirse el mandato de información*, que coincide en el caso de la desaparición forzada con el momento de consumación (*Vollendung*) —aunque no de agotamiento (*Beendigung*)— del delito. El primer momento en que se incumple el deber de información es el momento que debe ser considerado inicio. En este sentido, entonces, en concordancia con la prohibición de la retroactividad como elemento del principio de legalidad [arts. 11, 22 (1) ECPI], la jurisdicción internacional rige solamente para todos aquellos hechos en que el deber de informar se incumplió *tras* de la entrada en vigencia de la normativa. En cuanto al elemento de contexto, entendemos que el ECPI deja abierta la posibilidad de la competencia internacional aun cuando el contexto haya empezado con anterioridad a su entrada en vigencia, aunque esto, como se expuso *supra*, es relativizado en las mencionadas notas al pie de los Elementos²⁰⁹. Creemos que la exigencia allí planteada, en cuanto a que el elemento de contexto también deba comenzarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma penal, es problemática en situaciones en que el contexto está dado, como en el caso colombiano, desde antes de la entrada en vigencia del ECPI, pero la desaparición forzada (como hecho individual) se comete con posterioridad a dicha entrada en vigencia. Dado que al momento de incumplir el deber de información el autor ya estará en condiciones de conocer el nuevo ordenamiento, es decir, cometerá la acción desde un principio bajo la vigencia de la ley que la prohíbe, no se explica que no pueda imputársele el crimen cometido.

En el aspecto procesal postulamos la *inversión de la carga de la prueba* —aunque esto por supuesto no forma parte del tipo penal y es especial materia de desarrollo de

²⁰⁹ *Supra* nota 184 y texto principal.

la jurisprudencia—. Dado que el Estado mismo es quien dispone —o por lo menos debe disponer— de los recursos materiales y jurídicos para el esclarecimiento de los hechos, y siendo que en la desaparición forzada son precisamente esos recursos los que el Estado niega a quienes intentan movilizar investigaciones y esclarecer los hechos, no puede exigírseles a estos presentar la prueba de cargo que demuestre los hechos. Es el Estado mismo el que ante la acusación de comisión del crimen de desaparición forzada deberá demostrar que esto no es así.

Con base en las consideraciones, precedentes proponemos el siguiente tipo penal:

“Desaparición forzada de personas.

”1. El Estado o el particular que actúe con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, que en el marco de un ataque sistemático o generalizado a una población civil

”1) privare a una persona de la libertad por cualquier medio, y luego no informare sobre la privación de libertad o sobre el paradero o suerte de esa persona dentro del plazo legalmente estipulado o, en su defecto, en el plazo de cuarenta y ocho horas; o

”2) no informare sobre la privación de libertad o sobre el paradero o suerte de la persona privada de la libertad dentro del plazo legalmente estipulado o, en su defecto, en el plazo de cuarenta y ocho horas a partir de haber tenido conocimiento sobre la privación de la libertad a que hace referencia el apartado anterior,

”con la intención de dejar a esa persona fuera del amparo de la ley, será penado con [...]

”2. La organización política o el particular que actúe con la autorización, apoyo o aquiescencia de una organización política, que en el marco de un ataque sistemático o generalizado a una población civil privare a una persona de la libertad y la mantuviere oculta en territorio que se encontrare fácticamente bajo control de dicha organización, con la intención de dejar a esa persona fuera del ámbito de protección del Estado, será penada con [...]”.

Sin duda esta propuesta y las consideraciones que llevan a ella serán materia de próximas investigaciones exclusivamente concentradas en la precisión de los aspectos dogmáticos de la figura y sus consecuencias. Con este trabajo esperamos haber dado el primer paso en esa dirección.

4. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La desaparición, crimen contra la humanidad. Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada de personas*, Buenos Aires, 1987.

- *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. El “nunca más” y la comunidad internacional*, Buenos Aires, 1989.
- *Memorias del Seminario internacional sobre desaparición forzada, Derecho penal y Procesos restaurativos: Dilema y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano*, Bogotá, Fundación Social, 2006.
- AMBOS, KAI: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2008.
- *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2008.
- *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005. (Versión original en alemán: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2 Aufl, Berlin, Duncker & Humblot, 2004).
- “Impunidad, CPI y Colombia”, en Fundación País Libre-Fundación Konrad Adenauer (Eds.), *CPI. Instrumento de paz para Colombia*, Bogotá, 2004.
- “Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional”, en RBCC (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), núm. 49, julho-agosto de 2004.
- “‘Verbrechenselemente’ sowie Verfahrens- und Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshof”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001.
- *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
- “‘Impunidad’, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Strafflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen”, en *Kritische Vierteljahresschrift*, 1996.
- AMBOS, KAI y EZEQUIEL MALARINO (Coords.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.
- Amnistía Internacional: *Desapariciones*, Barcelona, Edit. Fundamentos, 1983.
- ANDREU-GUZMÁN, FEDERICO: “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, en *International Commission of Jurists. The review*, núm. 62-63, 2001.
- BASSIOUNI, M. CHERIF: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., Kluwer Law International, 1999.
- “Crimes Against Humanity”, en M. Cherif Bassiouni (Coord.), *International Criminal Law*. vol. 1, Sources, Subjects, and Contents, 3ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- “Principles of Legality in International and Comparative Criminal Law”, en M. Cherif Bassiouni (Coord.), *International Criminal Law*, vol. 1, Sources, Subjects, and Contents, 3ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

- BORZUTZKY, SILVIA: "The Politics of Impunity: The Cold War, State Terror, Trauma, Trials and Reparations in Argentina and Chile", en *Latin American Research Review*, vol. 42, núm. 3, October 2007.
- BOURGON, STÉPHANE: "Jurisdiction *ratione temporis*", en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002.
- BRODY, REED y GONZÁLEZ FELIPE: "Nunca más: An Analysis of International Instruments on 'Disappearance'", en *Human Rights Quarterly*, 19, 1999.
- BRUER-SCHÄFER, ALINE: *Der Internationale Strafgerichtshof: die internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt a.M., Lang, 2001.
- CASSESE, ANTONIO: "Crimes against Humanity", en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002.
- CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA y JONES, JOHN: *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002.
- CORNELIUS, KAI: *Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.
- CRYER, ROBERT; FRIMAN, HÅKAN, ROBINSON DARRYL y WILMSHURST ELIZABETH: *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge, CUP, 2007.
- DIXON, RODNEY: "Article 7º" (parcial), en Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2008.
- FERNÁNDEZ, GONZALO D.: "Landesbericht Uruguay", en A. Eser, U. Sieber, J. Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Parte 11 (Chile-Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008.
- FERNÁNDEZ VÉLEZ, GIOVANNA F.: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- FILIPPINI, LEONARDO G.: "Materiales sobre los elementos específicos de los crímenes contra la humanidad en el art. 7º del Estatuto de Roma", en P. F. Parenti, L. G. Filippini y H. L. Folgueiro (Coords.): *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: orígenes y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- GIL GIL, ALICIA: *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999.
- GLASER, STEFAN: "La méthode d'interpretation en droit international pénal", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 9, 1966.
- GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Crímenes de lesa humanidad*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1998.
- GRAMMER, CHRISTOPH: *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

- GROSSMAN, CLAUDIO: “Desapariciones en Honduras: la necesidad de representación directa de las víctimas en litigios sobre derechos humanos”, en P. Nikken (Coord.), *The Modern World of Human Rights: Essays in honour of Thomas Buergenthal*, San José de Costa Rica, IIDH, 1996.
- GUEST, IAIN: *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1990.
- HALL, CHRISTOPHER K.: “Article 7” (parcial), en Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2008.
- VON HEBEL, HERMANN y ROBINSON DARRYL, “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, en Roy S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague et al., Kluwer Law International, 1999.
- KLONOVSKY, MICHAEL y VON FLOCKEN JAN, *Stalins Lager in Deutschland 1945-1950. Dokumentation. Zeugenberichte*, München, dtv, 1993.
- KOLB, ROBERT, “Droit international pénal”, en KOLB ROBERT, *Droit international pénal: précis*, Bâle, Helbing Lichtenhahn et al., 2008.
- LÜDER, SASCHA ROLF y VORMBAUM THOMAS (Eds.): *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster, Lit, 2002.
- MALARINO, EZEQUIEL: “Un resumen comparativo”, en K. Ambos, J. L. Gómez, Colomer y R. Vogler (Eds.), *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos*, Bogotá, 2003, disponible en http://lebrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene_Projekte.html#police.
- MANSKE, GISELA: *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit: zu einem zentralen Begriff der Internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003.
- MCSherry, J. Patrice: *Predatory States. Operation Condor and Covert War in Latin America*, Boulder, CO, Rowman & Littlefield, 2005.
- MENJÍVAR, CECILIA y RODRÍGUEZ NÉSTOR (Eds.), *When States Kill. Latin America, the U. S., and Technologies of Terror*, Austin, TX, University of Texas Press, 2005.
- MENZEL, JÖRG, PIERLINGS TOBIAS y HOFFMANN JEANNINE (Coords.), *Völkerrechtsprechung: ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- MILLALEO HERNÁNDEZ, SALVADOR A: “Landesbericht Chile”, en A. Eser, U. Sieber y J. Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Parte 11 (Chile-Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008.
- NOWAK, MANFRED: *Questions of Disappearances*, UN.Doc.E-CN.4-2002-71.
- OLÁSOLO, HÉCTOR: “A note on the evolution of the principle of legality in ICL”, en *Criminal Law Forum*, núm. 18, 2007.
- PAPPA, CHRISTOPH: *Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, Bern, Stämpfli et al., 1996.

- PARAYRE, SONIA: “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en IIDH, vol. 29, 1999.
- PARENTI, PABLO F., FILIPPINI, LEONARDO G. y FOLGUEIRO HERNÁN L.: *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: orígenes y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- POLITI, MAURO: “Elements of Crime”, en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002.
- ROBINSON, DARRYL: “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, en *American Journal of International Law*, núm. 93, 1999.
- ROHT-ARRIAZA, NAOMI: *The Pinochet Effect. Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005.
- RÜCKERT, WIEBKE y WITSCHEL GEORG: “Genocide and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime”, en H. Fischer, C. Kreß y S. R. Lüder (Coords.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 2001.
- SANCINETTI, MARCELO y FERRANTE MARCELLO: “Argentinien”, en Albin Eser y Jörg Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, t. 3, Freiburg, Iuscrim, 2002.
- SCHÜLER, ANDREAS: “Das Rückwirkungsverbot im Völkerstrafrecht”, en H. H. Kühne, R. Esser y M. Gerding (Coords.), *Völkerstrafrecht. 12 Beiträge zum internationalen Strafrecht und Völkerstrafrecht*, Osnabrück, Jonscher.
- SCOVAZZI, TULLIO y CITRONI GABRIELLA: *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Martinus Nijhoffs Publishers, 2007.
- TAYLER, WILDER: “Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, en *International Commission of Jurists: The Review*, núms. 62-63, 2001.
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, GIOVANNA F.: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- WERLE, GERHARD: *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- “Konturen eines deutschen Völkerstrafrechtes. Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuchs”, en *Juristen Zeitung*, núm. 18, 2001.
- WERLE, GERHARD y BURCHARDS WULFF: “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 6-2, München, C. H. Beck, 2009.
- WITSCHEL, GEORG y RÜCKERT WIEBKE, “Article 7(1)(i)-Crime Against Humanity of Enforced Disappearance of Persons”, en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crime and Rules of Procedure and Evidence*, New York, Transnational Publishers, 2001.

NOTAS

NOTAS

NOTAS

NOTAS

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLE-
RES DE NÓMOS IMPRESORES, EL DÍA DIECISIETE DE
JULIO DE DOS MIL NUEVE, ANIVERSARIO DEL NACI-
MIENTO DE ADOLF DIETRICH VON WEBER
(n. 17, VII, 1753 y m. 18, XI, 1817).

LABORE ET CONSTANTIA

El presente trabajo reúne informes individuales sobre el estado actual de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia relativas a la desaparición forzada de personas en Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú y Uruguay. A diferencia de la situación colombiana, en los otros casos la práctica de la desaparición forzada ha tenido lugar sistemáticamente en las décadas de los setenta y ochenta del último siglo, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994. Esta sola circunstancia plantea problemas en común a todos estos ordenamientos y a la jurisprudencia que se sienta respecto de estos hechos. También son consideradas en esta obra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en general la normativa, la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional. A partir del análisis de este material, se proponen en el texto ciertas pautas a tener en cuenta al momento de sancionarse y/o interpretarse esta figura penal.

Se trata de un crimen complejo. Sin embargo, su descripción y definición como crimen de lesa humanidad en los ordenamientos nacionales es una exigencia que no puede eludirse. Si bien la persecución penal de esta práctica ha aumentado en los últimos años, los problemas dogmáticos (materiales y procesales) relacionados con la construcción típica de la figura han recibido poca atención y están lejos de ser resueltos. Por esta razón, este estudio comparativo pretende tratar estos problemas con más profundidad y proponer un tipo penal modelo que pueda servir como base para codificaciones nacionales.

Kai Ambos, Junio de 2009

Deutsche Gesellschaft für
Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH

Cooperación Técnica Alemana
ProFis
Carrera 13 No. 97-51, Oficina 302
Bogotá D.C., Colombia
Teléfono (+57)(+1)743 0499
Fax (+57)(+1)743 0499 202
co.profis@gtz.de
www.gtz.de/colombia

ISBN 978-958-35-0736-6

