

# EL TIPO PENAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa\*

*Kai Ambos / María Laura Böhm\*\**

## Abstract

*El siguiente estudio se basa en informes individuales de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú y Uruguay oportunamente publicados.<sup>1</sup> 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 desaparición forzada ha tenido lugar sistemáticamente durante las dictaduras militares de las décadas de los setenta y ochenta del último siglo, es decir, antes que existiese a nivel internacional una codificación de esta práctica (siendo la primera 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 hechos.<sup>2</sup> En el presente artículo será desarrollado en primer término un análisis comparativo de los informes nacionales mencionados (I.). Se presentarán así someramente los hechos (I.1.) y el derecho aplicable (I.2.) en los casos respectivos, así como la figura del secuestro como delito ordinario alternativo que fue considerado y/o aplicado por la jurisprudencia de los distintos países en casos de desaparición forzada de personas (I.3.), y nos adentraremos a continuación en las distintas interpretaciones que los comentadores realizan de la figura penal de desaparición forzada de personas en sus diversas formulaciones, y esto tanto en su ámbito material (I.4.) como procesal (I.5.).*

---

\* El artículo se basa en los informes nacionales reunidos en el trabajo colectivo: Kai Ambos (coord.), *Desaparición forzada de personas: Análisis comparado e internacional* (Bogotá: GTZ/ Temis, 2009); dichos textos no se encuentran en la literatura reunida al final de este artículo dado que no se trata de fuentes externas, sino de los trabajos que son base misma del análisis aquí ofrecido; al mencionarlos se hace referencia a su aparición en la primera edición. El presente artículo es una versión revisada y actualizada del último capítulo de la primera edición de la mencionada obra; la segunda edición revisada y actualizada del trabajo colectivo se encuentra en preparación.

\*\* Prof. Dr. Kai Ambos es Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg August Universität Göttingen; Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de dicha Universidad; Juez del Tribunal Estadual de Göttingen. María Laura Böhm ha obtenido su doctorado de la Universidad de Hamburgo y es asistente de investigación en dicho Departamento y docente de la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

<sup>1</sup> Véase *supra* nota al pie (\*).

<sup>2</sup> Sobre la “impunidad universal” de las violaciones de derechos humanos en general, aplicable al caso de los hechos de desaparición forzada de personas, véanse Ambos, *La Parte General*, p. 33; *id.*, “Impunidad, CPI y Colombia”, p. 205 ss.; *id.*, “Impunidade”, p. 48 ss.; *id.*, *Impunidad y Derecho penal internacional, passim*; *id.*, “Impunidad”, p. 355 ss.; Grammer, *Tatbestand*, p. 1.

*En el último punto de esta primera parte se bosquejarán los problemas de la tipicidad más destacables (I.6.). A continuación (II.) se realizará una exposición de las fuentes (II.1.) y la jurisprudencia sobre desaparición forzada de personas en el ámbito del derecho penal internacional en la doble problemática penal material (II.2) y procesal (II.3.). 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 contemple las formulaciones y problemas relevados en los distintos ordenamientos nacionales e internacionales (III.).*

## **I. La desaparición forzada de personas en los ordenamientos nacionales**

### *I.1. Hechos*

La desaparición forzada de personas (en adelante “desaparición forzada”), antes de ser analizada como una figura penal, debe entenderse como una estrategia de lucha y supresión de la oposición política.<sup>3</sup> Con la denominación desaparición forzada se hizo referencia originariamente a la práctica iniciada en 1962 en Guatemala<sup>4</sup> y extendida al resto de Latinoamérica fundamentalmente durante las décadas de 1970, 1980 y principios de la década de 1990<sup>5</sup> como parte de los planes estatales de “guerra contra la subversión”.<sup>6</sup> Estos programas fueron llevados a cabo casi exclusivamente por dictaduras y gobiernos militares *de facto*<sup>7</sup> – el Plan Cóndor es un dato clave en este contexto.<sup>8</sup> La técnica de “desaparecer” personas fue ampliamente utilizada por la Unión Soviética en la década del treinta del siglo pasado,<sup>9</sup> hecha conocida a partir de prácticas de desaparición en el Tercer Reich alemán,<sup>10</sup> y

<sup>3</sup> Sobre el desarrollo histórico a nivel fáctico y normativo de la desaparición forzada de personas véase por todos Grammer, *Tatbestand*, p. 3, 7 ss.

<sup>4</sup> 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 *Tatbestand*, p. 8; Scovazzi/Citroni, *Struggle*, pp. 10 ss., 18 ss., 87 ss.

<sup>5</sup> Cfr. Parayre, “La desaparición forzada”, p. 26; véase Fernández Vélez, *Desaparición*, p. 40.

<sup>6</sup> Cfr. Grammer, *Tatbestand*, p. 7 ss., (“Unterdruckungsmethode“ [“método de sometimiento“], p. 8).

<sup>7</sup> En general sobre la historia del contexto y los hechos de desapariciones forzadas de personas en Latinoamérica véase Amnistía Internacional, *Desapariciones, passim*; Grammer, *Tatbestand*, p. 9 ss.

<sup>8</sup> Cfr. sobre el plan Cóndor McSherry, *Predatory States*; Menjivar/Rodríguez, *When States Kill*; Borzutzky, “Politics of Impunity”; Roht-Arriaza, *Pinochet Effect*, p. 150 ss. El caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, CorIDH, sentencia del 22 de septiembre de 2006, Serie C, Nro. 153, fue el primer caso en que la Corte juzgó hechos cometidos en el contexto de la Operación Cóndor. Véase sobre este caso Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 180 ss.

<sup>9</sup> Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 116 ss., realiza un detallado estudio de las prácticas soviéticas de detención sin información sobre la misma, y critica (p. 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 en detalle *infra* nota 10), ya que la Unión Soviética habría hecho uso habitual de esta práctica de detenciones que llevaban al GULAG (acrónimo ruso de “*Glávnoye Upravlieniye Ispravitel'no-*

aun continúa vigente en numerosos países.<sup>11</sup> Sin embargo, puede afirmarse que la extensión temporal y territorial de esta práctica en Latinoamérica hacen de la desaparición forzada un fenómeno con características regionales y temporales indudablemente ligadas a las dictaduras militares latinoamericanas del último tercio del siglo pasado.<sup>12</sup> En el presente trabajo nos

---

*trudovij Lagueréi*” [“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.*, p. 403). Más del 90% de las ejecuciones llevadas a cabo por la URSS entre 1937 y 1938 (632.000 de 683.000) tuvieron lugar sin haber habido proceso ante jueces, sin testigos, y sin defensores (*ibid.*, p. 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.*, p. 401). Cfr. también críticos sobre el “olvido” respecto de las prácticas soviéticas Klonovsky/Flocken, *Stalins Lager*, p. 14.

<sup>10</sup> 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 7000 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 al 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, *Verschwindenlassen*, p. 85 ss.; Amnistía Internacional, *Desapariciones*, p. 8; Meseke, *Tatbestand*, p. 229 s.; Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 4 ss.; Robinson, “Defining ‘Crimes against Humanity’”, p. 56. En el mismo sentido Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 73, remite a este decreto como primer documento en que se dispuso la desaparición forzada de personas, y señala que el mismo habría sido fruto de la admiración que profesaba Hitler al terror generado por Stalin así como al sistema de arrestos secretos utilizado por este último. 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 Nowak, *Questions of Disappearances*, pp. 7 y 27; Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 401; Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 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*, Tomo 1, 1947 (p. 189 ss. para la sentencia contra Keitel y pp. 324-328 donde se especifica el veredicto respecto de su persona).

<sup>11</sup> 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 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 Azerbaijan, 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/Citroni, *Struggle*, p. 62 ss., sobre la extensión de estas prácticas en Europa, Asia y Africa.

<sup>12</sup> Así también Werle, *Völkerstrafrecht*, p. 868 (para ésta 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, *Tatbestand*, pp. 16, 18. Véase también como casos más actuales y de distinto tenor al del contexto latinoamericano, el de las desapariciones forzadas realizada en el marco de la *war on terror*, en Scovazzi/Citroni, *Struggle*, Chapter I.6.

concentramos en Argentina,<sup>13</sup> Brasil,<sup>14</sup> Chile,<sup>15</sup> Colombia,<sup>16</sup> Perú<sup>17</sup> y Uruguay.<sup>18</sup> Debe tenerse sin embargo presente que también Bolivia, El Salvador, Haití, Honduras y México conocieron holgadamente esta práctica.<sup>19</sup> Algunos hechos particulares y su tratamiento al momento de la imputación, juzgamiento y/o extradición de los presuntos responsables son detallados a continuación de acuerdo a los aspectos dogmáticos que en cada caso son de destacar.

## I.2. Derecho aplicable

Cada uno de los países comparados dispone de una normativa diferente respecto de la 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 la unificación interpretativa dogmática de esta figura penal.

---

<sup>13</sup> 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, *Tatbestand*, p. 10 con más literatura en nota 36. Sobre la desaparición forzada de personas en Argentina véase también Sancinetti/Ferrante, “Argentinien”, *passim*; Scovazzi/Citroni, *Struggle*, pp. 15 ss., 75 ss. Sobre el Juicio a las Juntas (militares) véase Grammer, *Tatbestand*, p. 68 ss. con más literatura en nota al pie 123.

<sup>14</sup> En Brasil se registran 144 desaparecidos políticos durante la dictadura que rigió entre 1964 y 1985, de acuerdo a 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.

<sup>15</sup> 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, 1991, Tomo II, p. 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, *Pinochet Effect*. Cfr. también, Grammer, *Tatbestand*, p. 10 mas bibliografía en nota 29. Para un informe detallado acerca de las reacciones jurídica y política que tuvieron lugar en Chile luego del paso del sistema dictatorial al sistema democrático véase Millaleo Hernández, “Landesbericht Chile”, *passim*.

<sup>16</sup> En general sobre la desaparición de personas en Colombia véase AA.VV., *Memorias*, en especial pp. 53 ss., 115 ss. Cfr. Grammer, *Tatbestand*, p. 13 con más indicaciones bibliográficas en nota 63.

<sup>17</sup> En Perú le son atribuidos al Estado 4.414 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 CVR, T.VI., p. 74. En general para el estudio del caso peruano véase Velez Fernández, *Desaparición*, *passim*. Cfr. asimismo Grammer, *Tatbestand*, p. 11 con más indicaciones bibliográficas en nota 40.

<sup>18</sup> 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 15.848”, (Tomo I). En general sobre el proceso de transición política y jurídica luego de la última dictadura véase González Fernández, “Landesbericht Uruguay”, *passim*.

<sup>19</sup> Cfr. el cuadro confeccionado por el Grupo de trabajo de la ONU sobre personas desaparecidas en el lapso entre 1980 y 2000, donde los países latinoamericanos ocupan – con excepción de Irak y Sri Lanka – los primeros puestos en cuanto a cantidad de personas desaparecidas.

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 26.200 que dispone la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y remite en su art. 2 al art. 7, ap. 1 i) y ap. 2, i) de dicho Estatuto. El tipo penal es así el mismo establecido en el ECPI, mientras que como pena se establece en el art. 9 de la Ley 26.200 entre 3 y 25 años. La CIDFP<sup>20</sup> y la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF)<sup>21</sup> 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.

*Brasil*, por su parte, no tiene tipificada la figura de desaparición forzada en su ordenamiento interno ni ha ratificado la CIDFP, por lo que tampoco le es exigible tal tipificación.

*Chile* ha ratificado la CIDFP mediante la Ley 20.357 del 18 de julio de 2009<sup>22</sup> y ha tipificado en el art. 6° de dicha ley la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad (art. 1°) en los casos en que la comisión concurren las siguientes circunstancias: "...1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; 2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos." (art. 1°). La descripción típica de la desaparición forzada reza en el art. 6 de esta ley:

"Con la misma pena<sup>23</sup> será castigado el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1° y con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa.

En los casos a que se refieren los dos últimos incisos del artículo 141<sup>24</sup> del Código Penal, se estará a la sanción ahí contemplada."

---

<sup>20</sup> 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 Brody/Gonzalez, "Nunca Más".

<sup>21</sup> Convención aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/61/177, Resolución del 20 de diciembre de 2006.

<sup>22</sup> Ley 20.357: Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra (promulgada el 26 de junio de 2009, publicada el 18 de julio de 2009).

<sup>23</sup> "Pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado." (art. 5 Ley 20.357).

<sup>24</sup> Art. 141 CP: "...Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo. El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y

En Colombia se establece en el art. 12 de la Constitución Política de 1991 la prohibición de ser sometido a desaparición forzada.<sup>25</sup> 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 art. 268A y fue luego reproducido en el vigente Código Penal del año 2000 (Ley 599 del 24 de julio de 2000) como art. 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 (1.000) a tres mil (3.000) 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”.<sup>26 27</sup>

Respecto del ordenamiento interno colombiano es de destacar 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 la aplicación del ECPI en Colombia.<sup>28</sup>

En Perú se tipificó la desaparición forzada en 1991 en el art. 323 CP, 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 25.475 del 5 de mayo de 1992 e insertos en una Ley especial que no contemplaba la desaparición forzada. Esta última figura fue vuelta a incorporar al Código Penal por Decreto Ley 25.592 del 26 de

---

397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.”

<sup>25</sup> “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

<sup>26</sup> Modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 (D.O. No. 45.602 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.

<sup>27</sup> Corte Const. de Colombia, sentencia C-317-02 de 2 de mayo de 2002, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández. La frase tachada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional colombiana, ya que la misma restringía al extremo el ámbito de protección establecido ampliamente en el art. 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 descripta.

<sup>28</sup> Véase al respecto el informe de Claudia López Díaz, “Colombia”, en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada*, *supra* nota (**Error! Bookmark not defined.**), pp. 75-103.

junio de 1992, como art. 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”.<sup>29</sup> El mencionado art. 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.”<sup>30</sup>

En *Uruguay* la figura de desaparición forzada se tipificó como crimen de lesa humanidad en el art. 21 de la Ley 18.026 del 25 de septiembre de 2006,<sup>31</sup> donde se lo establece como delito de tipo permanente (mientras se desconozca el destino de la persona desaparecida) e imprescriptible.<sup>32</sup> El art. 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 delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. 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”.

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.

### I.3. *¿Secuestro como delito ordinario alternativo?*

Antes de adentrarnos en el análisis material de la figura de la desaparición forzada, es dable destacar que en varios de los casos jurisprudenciales analizados en los informes nacionales no se ha recurrido a esta figura al momento de realizar las imputaciones correspondientes, y/ o al

<sup>29</sup> Véase sobre este aspecto que no resulta acorde con los estándares internacionales, *infra* nota 207 y texto principal.

<sup>30</sup> Por aplicación del art. 29 CP peruano, que establece un máximo de 35 años para las penas privativas de la libertad temporales, el máximo debe ser entendido para la desaparición forzada de personas precisamente como de 35 años.

<sup>31</sup> Ley 18.026 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 - N° 27091).

<sup>32</sup> 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.

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 iniciarse la ejecución de los hechos en cuestión. En los casos analizados respecto de Brasil (pedido de extradición por desaparición forzada de personas, Extradición N° 974-5, y Extradición N° 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 se destacan las diferencias propias de ambas figuras y se rechazan por tanto los pedidos de extradición por la falta de correspondencia de los ordenamientos,<sup>33</sup> se condena en el segundo por secuestro agravado.<sup>34</sup> También en Perú se evaluó la correspondencia entre el secuestro y la desaparición forzada, 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, pero no en el secuestro.<sup>35</sup> Al profundizar en estas diferencias se cita en la sentencia un fallo de la Corte Constitucional colombiana,<sup>36</sup> donde se destaca además que la desaparición forzada – a diferencia del secuestro – requiere de dos actos: la privación de la libertad (que puede ser legal *ab initio*, a diferencia del secuestro), 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 autoincriminarse – *nemo tenetur se ipsum accusare* –, establecido en todas las legislaciones aquí revisadas).

#### I.4. Derecho material de la Desaparición forzada de personas

<sup>33</sup> Véase el informe presentado por Pablo R. Alflen da Silva, “Brasil”, en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada*, *supra* nota (**Error! Bookmark not defined.**), pp. 39-52. 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, así como 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 ver Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 10 nm.75 con más referencias.

<sup>34</sup> Véase el informe presentado por José L. Guzmán Dalbora, “Chile”, en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada*, *supra* nota (**Error! Bookmark not defined.**), pp. 53-73. 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.

<sup>35</sup> 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.” (Sentencia, Consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos, p. 29). Véase el informe presentado por Iván Meini, “Perú”, en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada*, *supra* nota (**Error! Bookmark not defined.**), pp. 105-131.

<sup>36</sup> Corte Const. de Colombia, sentencia C-317 del año 2002 (Magistrada Clara Inés Vargas).



#### *I.4.1. 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 destaca 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 iniciación de la ejecución, que es precisamente el momento en que se priva de la libertad.<sup>37</sup>

Un segundo grupo, que entre los comentaristas 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 (la libertad, la vida, la integridad física, etc.). Estos autores destacan 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 resalta 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 comentarista evalúa en detalle y descarta los distintos bienes jurídicos que no son protección específica de la figura de la desaparición forzada. 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 cesa. El concepto jurídico de desaparecido no es para 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 forzada – como también sostiene López Díaz – sólo 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

---

<sup>37</sup> Cfr. López Díaz, “Colombia”.

generalmente afectados por el delito de desaparición forzada – 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 y/o psíquica se concreten. Tampoco se protege en forma específica la libertad individual, ya que (como se vio por ejemplo en el art. 230 CP 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 – quien 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 éstos.<sup>38</sup> En este nivel, por tanto, característico de la protección que se pretende mediante la figura de la desaparición forzada, el bien jurídico se muestra en una doble expresión: A *nivel personal* se ve afectado el ejercicio de los derechos para la salvaguardia de los derechos del primer nivel antes mencionado, y a *nivel 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 recién expuestas ya que sostiene que con la figura de la desaparición forzada 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*. Ésta abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detración del sujeto del sistema jurídico, lo que directamente afecta el bien jurídico de la administración de justicia en el nivel colectivo.

#### *1.4.2. Elementos generales o de contexto*

El requisito de los elementos generales o de contexto tiene directa vinculación con el carácter de *crimen de lesa humanidad* de la desaparición forzada. El concepto *lesa humanidad*, como

---

<sup>38</sup> En este sentido puede leerse también la jurisprudencia uruguaya que destaca que no se trata sólo de la privación de la libertad, sino que el factor de “incertidumbre” es lo que caracteriza al delito y debe ser evitado. Véase el informe presentado por Pablo Galain Palermo, “Uruguay”, en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada*, *supra* nota (**Error! Bookmark not defined.**), pp. 133-175.

es definido en el art. 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 lo tanto: a) la sistematicidad o generalidad del ataque, b) la participación del poder público, y c) la comisión de los hechos en agravio de una población civil.<sup>39</sup> 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, etc. Sobre este punto volveremos más adelante (*infra* II.2.2.).

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 sólo puede ser cometido en forma generalizada o sistemática, como exige el ECPI, pero destaca que no es necesario que este elemento de contexto se manifieste explícitamente en una norma escrita.<sup>40</sup> También López Díaz considera que el delito de desaparición forzada es un delito de lesa humanidad que sólo puede ser imputado en caso que los hechos hayan sido cometidos en forma generalizada o sistemática, lo cual a su criterio no fue el caso de los hechos en la tristemente conocida “Toma del Palacio” por ella analizados,<sup>41</sup> ya que se habría tratado de hechos particulares que sólo pudieron afectar a quienes se

---

<sup>39</sup> Véase sobre el elemento de contexto con más detalle Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 7 nm. 182 ss.; *id.*, *Temas de Derecho*, p. 168 ss. Véase también el texto de Meini, “Perú”.

<sup>40</sup> Véase el texto de Galain Palermo, “Uruguay”.

<sup>41</sup> Véase la referencia al caso en López Díaz, “Colombia”, p. 85 ss.

encontraban en ese momento en ese edificio.<sup>42</sup> En caso que la actual figura penal colombiana hubiese estado vigente al momento de (inicio de) los hechos, debería colegirse por tanto que los hechos en cuestión sí encuadran en la conducta descrita por el tipo penal del art. 165 CP, pero que tal adecuación no implica que se esté ante un delito de lesa humanidad. El ordenamiento colombiano vigente, por lo tanto, no se correspondería con las exigencias del ECPI (que prevé precisamente que el crimen en cuestión sea imprescriptible, 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 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.

#### *I.4.3. ¿Delito especial?*

En los ordenamientos nacionales la desaparición forzada es sancionada mayoritariamente (en concordancia con la figura en el ámbito internacional) como delito especial, es decir, un delito que sólo puede ser cometido por quienes revisten una calidad especial. Así se lo sanciona en Perú en su art. 320 CP (“El funcionario o servidor público”) y en Uruguay en su art. 21.1.CP (“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 refleja claramente la naturaleza de las prácticas que dieron origen a tal tipificación. Precisamente en el contexto de dictaduras latinoamericanas es que 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 autores resaltan al respecto 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 deber<sup>43</sup> sólo puede ser cometido por quien tiene un deber extrapenal con relación al sujeto privado de la libertad.<sup>44</sup> Al respecto destaca 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 constatarse que el sujeto en cuestión sea competente para

---

<sup>42</sup> 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. Cfr. Gómez López, *Crímenes*, p. 261.

<sup>43</sup> Sobre esto en detalle *infra* I.4.iv.

informar sobre el paradero y/o situación jurídica del sujeto.<sup>45</sup> 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 lo 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 y/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 (art. 152.3 CP peruano).

El ordenamiento de Colombia, a consecuencia de la citada sentencia de la Corte Constitucional, 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” (art. 165 CP), lo cual luego de una revisión constitucional de este art. 165 CP fue declarado inexecutable.<sup>46</sup> 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 art. 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 lo 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 art. 165 CP no se trataría de desaparición forzada, sino de secuestro.<sup>47</sup> 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.

#### *1.4.4. Conducta típica*

---

<sup>44</sup> Véase la posición de Modolell González en su informe sobre “La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de Derechos Humanos”, en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada*, *supra* nota (**Error! Bookmark not defined.**), pp. 179-193.

<sup>45</sup> Véase Meini, “Perú”, pp. 123-124.

<sup>46</sup> Cfr. *infra* nota 27 y texto principal.

<sup>47</sup> Véanse las consideraciones de ambos comentaristas en sus respectivos textos: López Díaz, “Colombia”, pp. 88-89 y Meini, “Perú”, p. 128 s.

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: 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 internacionales<sup>48</sup> – se describen e interpretan de distintas maneras.

La pregunta central bien apuntada por Galain Palermo es aquí: ¿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?<sup>49</sup> Los elementos indicados en las normativas nacionales e interpretadas por la doctrina y sus comentaristas son los siguientes:

---

<sup>48</sup> Sobre la interpretación de los elementos del tipo objetivo en el ordenamiento penal internacional véase *infra* II.2.

<sup>49</sup> A esta pregunta responde Galain Palermo, “Uruguay”, pp. 150 ss., 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 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, se estaría violando el principio de irretroactividad. En una *segunda interpretación* plantea el comentarista que podría tratarse de un delito de omisión impropia o comisión por omisión, donde 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 evite 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, “Uruguay”, p. 155); esta idea, por otra parte, se ve corroborada por la jurisprudencia chilena analizada por Guzmán Dalbora, “Chile”, a cuyo texto remitimos), ya que la permanencia en la ejecución no puede depender de si son hallados los restos o no, sino del dominio voluntario del hecho por 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 18.026, publicada el 4.10.2006, 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 injerencia) 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 colocarse – por injerencia – en posición de garante haya tenido lugar – como todo comienzo de ejecución – ya en vigencia del tipo penal que la estipula (cfr. Galain Palermo, “Uruguay”, p. 156 (nota 81)). Esta interpretación tampoco resulta convincente dado que la misma descripción típica estaría determinando la

#### *I.4.4.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...”, art. 165 CP), peruano (“...que prive a una persona de su libertad...”, art. 320 CP) y uruguayo (“El que de cualquier manera y por cualquier motivo (...) procediere a privar de libertad a una persona...”, art. 21.1. Ley 18.026) 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 se inicia 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. El comportamiento típico 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 sostenga una u otra interpretación, en ningún caso se exige que dicha privación de la libertad sea ilegítima *ab initio*.

#### *I.4.4.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...” (art. 320 CP). Meini entiende que el tipo penal debe ser interpretado en el sentido de un incumplimiento de deber. El delito de desaparición forzada 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 CIDFP.<sup>50</sup> Destaca asimismo 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.<sup>51</sup> Así lo ha entendido también la Corte

---

injerencia, sin ser necesario que se recurra al “hacer precedente” para configurarla, lo que se ve reafirmado además por la posibilidad de que la privación de la libertad sea legítima, lo que impediría hablar de una posición de garante fundada en una injerencia ilegítima. Una *tercera interpretación* podría postular que se trata 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”, donde la privación de libertad no sería 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.

<sup>50</sup> Cfr. el texto de Meini, “Perú”.

<sup>51</sup> Así también lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia peruana en el Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ, Asunto: Desaparición Forzada), p. 6.

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”.<sup>52</sup> Esta posición es también compartida por López Díaz y explicada por ella a partir del art. 33 de la Constitución Política colombiana, que prohíbe la obligación de la autoincriminación.<sup>53</sup> La Corte Suprema de Perú ha explicado que la desaparición “debidamente comprobada” (no dar información de una persona, a quien no se le encuentra en los lugares donde normal o razonablemente debía estar – desconocimiento de su localización –) “precisamente, se consolida cuando se cumple este elemento, esto es, no brindar la información legalmente impuesta sobre el paradero o situación jurídica del afectado...”.<sup>54</sup>

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” (art. 165 CP). El *sustraer del amparo de la ley*, sin embargo, no debe ser considerado como un requisito adicional, sino como 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 es interpretado 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...” (art. 21.1. Ley 18.026). La idea de esta norma es evitar la omisión de un mandato.<sup>55</sup> Y este mandato es distinto a denunciar el delito, ya que se está exigiendo a determinados autores evitar la desaparición forzada que están privadas de su 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...”)<sup>56</sup> se prevé el delito únicamente como delito de omisión

---

<sup>52</sup> Sentencia C-317-02 de 2 de mayo de 2002

<sup>53</sup> “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 texto de López Díaz, “Colombia”.

<sup>54</sup> Acuerdo Plenario de Perú, op. cit., p. 5.

<sup>55</sup> Sobre esta idea y lo que sigue cfr. el texto de Galain Palermo, “Uruguay”.

<sup>56</sup> La formulación del código penal uruguayo se asemeja en esta doble posibilidad de comisión del delito a la formulación del § 7, 1º párr., Nro. 7 del Código Penal Internacional Alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*, en adelante “VStGB”), que ya había sido sancionado en 2002, así como a la descripción dada en los Elementos



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, ya que éste no puede ser obligado a autoincriminarse. Esta segunda variante, por lo tanto, no tendría razón de ser. Si consideramos relevante, sin embargo, que si la segunda fase del delito ha sido considerada suficientemente importante como para llegar a configurar en sí misma el delito, esto pondría de manifiesto que precisamente esta segunda fase del delito es la central en la figura de desaparición forzada –idea que también resaltan los comentaristas 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 concreto rol de funcionario<sup>57</sup> – o asimilable a funcionario –, rol que sería anterior a la tipificación de la desaparición forzada. Se reprocha el no cumplimiento de 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 sólo puede ser cometido en autoría, dado que el menor incumplimiento al deber transforma al garante en autor.<sup>58</sup>

#### *1.4.4.c) Carácter permanente*

En cuanto al delito de desaparición forzada como un 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.

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 esclarecida, independientemente de si el autor continúa o no en dominio voluntario del hecho. Meini, por

---

de los Crímenes del ECPI (ICC-ASP/1/3 0260338s.doc 127, adoptados el 9 de febrero de 2002). Véase al respecto *infra* nota 142.

<sup>57</sup> Cfr. la fundamentación funcionalista de esta interpretación en el informe de Galain Palermo, “Uruguay”, p. 159 s.

<sup>58</sup> Para un detallado análisis sobre la autoría y la accesoriedad en este caso cfr. Galain Palermo, “Uruguay”, p. 161 s.

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. Como consecuencia de esto, entonces, el tipo penal de la desaparición forzada puede ser imputado aun cuando al momento de la privación de la libertad tal tipo penal aun no había sido sancionado, dado que precisamente el injusto continúa y permanece aun luego de la entrada en vigencia del tipo penal específico.<sup>59</sup> 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 continúe 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.<sup>60</sup> Esta interpretación resulta a primeras vistas análoga a la opinión sentada por la jurisprudencia chilena<sup>61</sup> 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 permanencia o no del delito. Sin embargo, hay aquí una diferencia sustancial que reside fundamentalmente en la estructura típica de la desaparición forzada 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 del mismo.<sup>62</sup> En el caso del tipo penal de la desaparición forzada 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

---

<sup>59</sup> Cfr. Meini, “Perú”, pp. 126-127. Así también lo ha dicho la Corte Suprema del Perú (véase Acuerdo Plenario de Perú, op. cit., p. 9).

<sup>60</sup> Galain Palermo, “Uruguay”, p. 162 ss.

<sup>61</sup> Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema el 25 de septiembre de 2008. Ver para su análisis el informe de Guzmán Dalbora, “Chile”.

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, en que generalmente – de acuerdo 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.

#### *1.4.5. La (ir)retroactividad y el principio de legalidad*

El delito de desaparición forzada no sólo se muestra complejo respecto de su estructura típica. El juzgamiento actual de hechos cometidos cuando aun 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, 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 art. 18 de la Constitución Nacional (“CN”).<sup>63</sup>

Malarino identifica en este sentido tres caminos adoptados por la jurisprudencia al momento de evadir la aplicación del art. 18 CN, 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 aún antes de ser legislado internamente, por lo que en esta interpretación jurisprudencial el principio de legalidad se ve reducido a un débil *nullum crimen sine iure*;<sup>64</sup> (2) la tesis del derecho común (o de la legalidad incompleta) de acuerdo

---

<sup>62</sup> Véanse los pormenores de esta jurisprudencia en el texto de Guzmán Dalbora, “Chile”.

<sup>63</sup> Véase el análisis de Ezequiel Malarino, “Argentina”, en Ambos (coord.), *Desaparición Forzada*, *supra* nota (**Error! Bookmark not defined.**), pp. 5-37. El artículo 18 de la Constitución Argentina establece: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”

<sup>64</sup> Debe resaltarse respecto de esta terminología (“*nullum crimen sine iure*”), que la misma ya fue introducida con anterioridad por Stefan Glaser (“La Méthode”, p. 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

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 tanto estaría plenamente habilitada su retroactividad.<sup>65</sup> Esta última tesis también ha sido sostenida con igual argumento por juzgados uruguayos de primera instancia.<sup>66</sup>

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 Uruguay<sup>67</sup> así como por la Corte Constitucional de Colombia.<sup>68</sup>

Respecto del *ámbito temporal* de aplicación de la ley cabe destacar el caso analizado por López Díaz de la “Toma del *Palacio de Justicia*”, ya que la imputación fiscal expresamente plantea la problemática de la sucesión temporal de las leyes aplicables y acusa así por el delito de secuestro (vigente al momento de inicio de los hechos imputados, en 1985) ejecutado entre 1985 y 2000, en concurso real con desaparición forzada, 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 iniciado, su ejecución continuaría bajo la vigencia de la nueva ley y ésta 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 inocencia.<sup>69</sup> La comentadora se manifiesta aquí

---

internacional. Véase también Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 5 nm. 6; con respecto al common law *id.*, *Cómo imputar*, pp. 15 ss.; *id.*, *Principios*, pp. 42 ss.

<sup>65</sup> Cfr. Malarino, “Argentina”, p. 26 ss.

<sup>66</sup> Sentencia 1.142 de 17.12.2007 del JLP de Primera Instancia 19° Turno. Véase al respecto Galain Palermo, “Uruguay”.

<sup>67</sup> Sentencia 352 del 23 de octubre de 2008 del TPA de 2° Turno (Ministro Redactor José Balcaldi). Véase al respecto Galain Palermo, “Uruguay”.

<sup>68</sup> Sentencia C- 368 del 29 de marzo de 2000 (ponencia del Magistrado Carlos Gaviria). Cfr. al respecto el texto de López Díaz, “Colombia”.

<sup>69</sup> La violación al principio de inocencia la explica López Díaz con base en el requisito de que la desaparición forzada de personas sólo 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

abiertamente contra las decisiones de la CorIDH, que conducirían a la aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada violando flagrantemente todos los derechos del imputado.<sup>70</sup> Una segunda posibilidad es que se opte 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 incriminación y de inocencia.<sup>71</sup> La tercera alternativa presentada por López Díaz es de secuestro simple o agravado según la figura vigente “para la época de los hechos”.<sup>72</sup> 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 Código Penal de 1980), aunque en este caso la acción penal (de acuerdo a los arts. 79, 80 y 82 CP de 1980) estaría prescripta.<sup>73</sup>

## I.5. Derecho procesal

### I.5.1. 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 internacional<sup>74</sup>) 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”.<sup>75</sup> Distinto es el caso de la prueba de vida exigida por López Díaz, dado que la comentadora

---

imputación resultaría por tanto violatoria del principio de inocencia, ya que se realiza una imputación que ante la duda se está resolviendo en perjuicio – y no en favor – del imputado.

<sup>70</sup> Cfr. López Díaz, “Colombia”, p. 92 (nota al pie 32). La comentadora se refiere para su crítica al caso *Tiu Tojin vs. Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008.

<sup>71</sup> Véase el argumento en *supra* nota 69.

<sup>72</sup> Dado que la discusión se plantea precisamente por el carácter permanente de esos hechos, consideramos que la comentadora se refiere aquí al momento de inicio de la privación de la libertad y de la primera sustracción al ejercicio de los derechos.

<sup>73</sup> Tal como se plantea en el caso actualmente investigado (Proceso 1031-3, Sala Tercera) del Teniente Luis Alfonso Plazas Vega (responsable del operativo contra la “Toma del Palacio”), el secuestro (art. 269 Ley 100 de 1980) tenía prevista la pena de 6 meses a 3 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 4 años y 6 meses, implicando ésto que la acción penal respecto de los hechos investigados habría prescrito a los 5 años (plazo mínimo previsto legalmente), es decir, en 1990. López Díaz, “Colombia”, deja abierta la respuesta sobre la prescripción.

<sup>74</sup> CorIDH, caso *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, Nro. 136. Véase al respecto *infra* nota 207 y texto principal.

<sup>75</sup> Cfr. Meini, “Perú”, p. 110.

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 índole<sup>76</sup> y se ha mostrado incluso flexible al respecto, al basarse fundamentalmente en meros indicios para aseverar que esta prueba “tiene la potencialidad para desvirtuar la presunción de inocencia”.<sup>77</sup> Ante la imposibilidad – debido a la irretroactividad de la ley – de condenar por desaparición forzada, se condenó en Uruguay por homicidio, descartando expresamente que fuera necesario recuperar los restos para considerar suficiente la prueba de tal delito.<sup>78</sup> 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 los mismos, para que pueda dictarse una condena por homicidio.<sup>79</sup>

### *1.5.2. 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 prescriptos si se guiasen por las normas de derecho común.<sup>80</sup> Esta dificultad no se presenta, en cambio, respecto del tipo penal de la desaparición forzada, si la misma 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 fricciones con algunos ordenamientos internos, como el colombiano.<sup>81</sup>

### *1.6. Conclusiones: Problemas de la tipicidad*

---

<sup>76</sup> 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.).

<sup>77</sup> Sentencia 136 del 1 de enero de 2007, TAP 2º Turno, fs. 80.

<sup>78</sup> Cfr. Galain Palermo, “Uruguay”, p. 168 (nota 112).

<sup>79</sup> Véase Guzmán Dalbora, “Chile”, p. 70 s.

<sup>80</sup> Véanse al respecto en especial los trabajos de Guzmán Dalbora, “Chile”, y de Galain Palermo, “Uruguay”, quienes desarrollan ampliamente esta problemática.

<sup>81</sup> Cfr. art. 28 de la Constitución Política colombiana, y en detalle al respecto el texto de López Díaz, “Colombia”.

Las dificultades planteadas por el tipo penal de la desaparición forzada<sup>82</sup> pueden resumirse en los siguientes aspectos, que intentaremos resolver en el acápite II 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 ej., con la 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 del elemento de *contexto* para poder ser considerada y perseguida como delito de lesa humanidad. Esta carencia se observa en todos los ordenamientos nacionales estudiados.
- Se trata de un *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 por la figura de desaparición forzada, 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 penal conlleva la contradicción entre la exigencia de brindar información y el *derecho a no autoincriminarse*.

---

<sup>82</sup> 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 véase Grammer, *Tatbestand*, p. 2.

- La exigencia de que la *desaparición sea “debidamente comprobada”* representa un obstáculo procesal sustancial que pareciera impedir *ab initio* toda condena.

## II. La desaparición forzada de personas en el ordenamiento internacional

### II.1. Fuentes

La preocupación por la prohibición penal de la desaparición forzada tiene 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 penal.<sup>83</sup> Es importante recordar en este contexto que la normativa internacional se fue desarrollando recién 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 Argentina.<sup>84</sup>

El análisis que sigue se basa en cuatro ordenamientos normativos,<sup>85</sup> así como en el estudio de la doctrina y/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.

A nivel internacional el repudio a la desaparición forzada se concretó por primera vez en forma expresa en 1992 mediante la *Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de*

<sup>83</sup> Sobre este paso del derecho internacional al derecho interno véase por todos Grammer, *Tatbestand, passim*. Sobre el creciente interés desde la perspectiva de los derechos humanos también Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 401; Manske, *Verbrechen*, p. 261.

<sup>84</sup> Cfr. al respecto Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 73. Véase el trasfondo de la formación de este grupo en Guest, *Behind the Disappearances, passim*. 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. (no. 3) at 180, párr. 1, U.N. Doc. E/CN.4/1408 (1980)). De destacar son 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 (1988), AA.VV., *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. El “nunca más” y la comunidad internacional*). Véase sobre este desarrollo Grammer, *Tatbestand*, p. 3; véase también Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 73.

<sup>85</sup> En general sobre el desarrollo de la figura de desaparición forzada en el derecho internacional véase Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 390 ss.; Grammer, *Tatbestand*, p. 3 ss.; Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 73.



*todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (DPPDF)*,<sup>86</sup> 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 éstas 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”.

A esta Declaración siguió en 1994 la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)*,<sup>87</sup> instrumento de carácter regional y vinculante para los países que lo ratifican.<sup>88</sup> Aquí se dispone en el Art. 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 Art. 7 ECPI:<sup>89</sup>

“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

<sup>86</sup> Declaración aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, Res. 47/133 del 18.12.1992.

<sup>87</sup> *Supra* nota 20.

<sup>88</sup> La Convención debe entenderse como reacción a los hechos sucedidos en Latinoamérica durante las dictaduras (cfr. Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 85).

<sup>89</sup> Hasta la tipificación de esta figura las codificaciones se encontraban exclusivamente en instrumentos de protección de los Derechos Humanos (cfr. Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 85). Sobre los pormenores de su inclusión véase Hebel/Robinson, “Crimes within the Jurisdiction of the Court”, p. 102; Meseke, *Tatbestand*, 229 s. Sobre el desarrollo del Derecho Penal internacional desde Nürenberg hasta la Corte Penal Internacional véase Cassese/Gaeta/Jones, *The Rome Statute*, Section I (pp. 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 para 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. 7, nm. 73); para otros, en cambio, los *Elementos* especifican suficientemente la descripción legal del ECPI dado que en las tratativas de estos Elementos se ha considerado la jurisprudencia de la CorIDH (en este sentido Meseke, *Tatbestand*, 231); también realiza un balance positivo Werle, *Völkerstrafrecht*, p. 871. Véase sobre los proyectos y conflictos en derredor de la redacción de los *Elementos* el trabajo de Politi, “Elements of Crime”, *passim*. - Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) no contemplan 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, por ej.) estuvo prevista la figura, por lo que su inclusión en el ECPI contó con cierta resistencia. Cfr. sobre ésto Witschel/Rückert, en *Elements of Crimes*, p. 99.

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 internacional.<sup>90</sup> 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”).<sup>91</sup> Esta ley se basa fundamentalmente en la codificación dada en el art. 7 (2)(i) ECPI,<sup>92</sup> pero amplía y especifica parcialmente el tipo penal internacional,<sup>93</sup> por lo que consideramos que la descripción de la figura en cuestión y los antecedentes legislativos a su respecto pueden arrojar elementos que contribuyan a la definición e interpretación del crimen.<sup>94</sup> El § 7 dispone:

“(1) 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

<sup>90</sup> Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 7 nm. 217. Con posterioridad se aprobó por las Naciones Unidas 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 ésta se encuentra aun en trámite de ratificación y no está por tanto vigente. En su art. 2 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 sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.” Esta descripción sigue así en sus líneas generales la normativa hasta aquí mencionada. Para un amplio comentario de esta Convención véase Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 265 ss. (Chapter IV).

<sup>91</sup> 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 Nr. 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 la que participaron, además de funcionarios del gobierno, los Profs. Ambos, Fischer, Kreß, Weigend, Werle, Zimmermann, véase también Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 6 nm. 53. Véase la traducción del VStGB al castellano por Alicia Gil Gil, disponible en [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende\\_Projekte\\_Translation.html](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html).

<sup>92</sup> Cfr. Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 85.

<sup>93</sup> Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 401 explica que el tipo penal diseñado para el Código Penal Internacional alemán es más detallado que el descrito en el ECPI a fin de 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. Véase también Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 85, quien resalta el interés del legislador en cubrir el requisito de determinación establecido en el art. 103, 2do. párr. de la Constitución alemana; ya antes Werle, “Konturen”, p. 889.

<sup>94</sup> Los proyectos de ley así como las actas de las discusiones parlamentarias y documentación al respecto pueden ser consultadas en Lüder/Vormbaum, *Materialien*. En especial la primera sesión parlamentaria en que se debatieron los proyectos presentados (BT- Plenarprotokoll 14/228 del 22 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/Vormbaum, *Materialien*, p. 73 ss.). En general sobre los fundamentos, fines y exigencias de un Código Penal Internacional a nivel nacional, Werle, “Konturen”, *passim*.

- 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.”<sup>95</sup>

La interpretación doctrinaria y/o jurisprudencial de estos ordenamientos es expuesta a continuación, siguiendo básicamente el mismo orden desarrollado en el Capítulo I respecto de los ordenamientos nacionales.

## II.2. *Doctrina y Jurisprudencia respecto del derecho material*

Respecto de la jurisprudencia relativa a la desaparición forzada debe destacarse en primer término que no hay casos juzgados en el ámbito del derecho penal internacional. Al momento de conclusión del presente texto (marzo de 2010) 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 (CorIDH), que han ido definiendo la figura de desaparición forzada y ampliando el ámbito de protección brindado por la misma en los instrumentos internacionales,<sup>96</sup> así como hay ya sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que van trazando criterios interpretativos propios,<sup>97</sup> naturalmente con miras al carácter de violación de derechos humanos, y no como tipo penal internacional.<sup>98</sup>

Tampoco hay fallos ni casos en trámite en Alemania por imputación del § 7 (1) (7) VStGB.

La jurisprudencia de la CorIDH y la opinión doctrinaria sobre la normativa bajo estudio brindan sin embargo cuantioso material, que si bien no contribuyen directamente a una

<sup>95</sup> 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 wahrheitsgemäß 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.“. (Traducción de Alicia Gil Gil, [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende\\_Projekte\\_Translation.html](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html)).

<sup>96</sup> Cfr. Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 132.

<sup>97</sup> Para consideraciones generales respecto de la jurisprudencia del TEDH véase Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 220 ss.

<sup>98</sup> En general sobre el desarrollo histórico y la jurisprudencia de ambas Cortes de Derechos Humanos véase Parenti/Filippini/Folgueiro, *Crímenes, passim*; Menzel et al., *Völkerrechtsprechung, passim*; Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 132 ss. para la CorIDH, p. 188 ss. para el TEDH.

precisa tipificación penal<sup>99</sup> trazan líneas interpretativas provechosas para la aplicación de este delito. Modolell González destaca que en la jurisprudencia de la CorIDH 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 recurra a la combinación de figuras comunes para su persecución y condena.<sup>100</sup> Modolell González se manifiesta en contra de que la CorIDH ordene la forma de tipificación de la conducta (donde la Corte tendría para el comentador “un afán de controlar hasta el último detalle”), 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.<sup>101</sup> Incluso, considera Modolell 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 Modolell González, lo que denota una mayor o menor punibilidad de la conducta. Por otro lado, la CorIDH, citando el ECPI, califica la desaparición forzada como delito de lesa humanidad, y le atribuye a su vez carácter de *ius cogens*.<sup>102</sup> También aquí se manifiesta en contra Modolell González, pero sobre esto nos explayamos en los puntos que siguen.

### II.2.1. Bien jurídico

La CorIDH ha dicho reiteradamente que la desaparición forzada es “pluriofensiva”<sup>103</sup> por afectar al mismo tiempo distintos bienes jurídicos. Esta 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 afectados.<sup>104</sup> En la doctrina es aceptado en general que la vida es, en definitiva, el principal bien jurídico

<sup>99</sup> Véase la crítica en Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 7 nm. 217.

<sup>100</sup> Cfr. *Gómez Palomino vs. Perú*, 22 de noviembre de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 92.

<sup>101</sup> Véase Modolell González, “Sistema interamericano”, pp. 183-184..

<sup>102</sup> *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, *supra* nota 8, párrs. 84, 93, 128, 130/132); caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C, Nro. 162, párrs. 160 y 225.

<sup>103</sup> Por todos Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 132.

<sup>104</sup> Cfr. casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, Nro. 4 (Fondo), párrs. 155/157; *Godínez Cruz vs. Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, Nro. 5 (Fondo), párrs. 163/165; *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, sentencia del 15 de marzo de 1989, Serie C, Nro. 6 (Fondo), párrs. 148-150.

protegido por esta figura.<sup>105</sup> Respecto de este ámbito individual de afectación *Grammer* interpreta también en las sentencias una distinción entre la afección de la víctima a nivel 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 material.<sup>106</sup> La Corte ha considerado así en este nivel individual también la violación al derecho a la seguridad.<sup>107</sup> 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 TEDH.<sup>108</sup>

Ya en el segundo caso de desaparición forzada llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH), se amplió el ámbito de protección y se consideró expresamente que no sólo la persona detenida-desaparecida, sino también los *familiares – in casu* la madre de la joven – pueden ser víctimas de la violación del PIDCP en particular de su art. 7, por no respetarse su derecho a saber qué sucedió con sus seres queridos.<sup>109</sup> 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 inhumano.<sup>110</sup> Esta idea será seguida luego por la CorIDH a partir del caso *Blake*,<sup>111</sup> y

---

<sup>105</sup> Cfr. por todos Ambos, *La Parte General*, pp. 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 del bien jurídico protegido en última instancia por el crimen de desaparición forzada de personas – la vida de la víctima –...”). De acuerdo al desarrollo que ha adoptado la figura en la normativa, la doctrina y la jurisprudencia, entendemos que ya no puede sostenerse que la vida es 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 individual, familiar y social (ver texto principal aquí e *infra* III.).

<sup>106</sup> Cfr. *Grammer, Tatbestand*, p. 101 ss., 114 ss.

<sup>107</sup> Véase el caso posterior *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C Nr. 70 (Fondo), párrafo 128. Cfr. también en este sentido *Gómez Palomino vs. Perú*, *supra* nota 100 (“un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo 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).

<sup>108</sup> Véase *Grammer, Tatbestand*, p. 21 ss., 25 s., 26 s., 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).

<sup>109</sup> ComIDH, caso *Quinteros vs. Uruguay*, Comunicación Nro. 107/1981, 21 de julio de 1983, párr. 14.

<sup>110</sup> Cfr. sobre esta ampliación también *Grammer, Tatbestand*, p. 103 ss.; *Scovazzi/Citroni, Struggle*, p. 106.

<sup>111</sup> CorIDH, caso *Blake vs. Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C, Nro. 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 5 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de la misma. (...) Esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral

meses después por el TEDH en su primer caso sobre desaparición forzada, *Kurt*,<sup>112</sup> ambas sentencias de 1998. Esta ampliación es destacada y seguida también por la doctrina.<sup>113</sup>

A partir del caso *Bámaca* la CorIDH identificó un *tercer nivel* en el ámbito de las víctimas del delito de desaparición forzada, y por tanto un tercer nivel respecto 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 hechos.<sup>114</sup> En este mismo caso, si bien no se trata de la definición de un bien jurídico protegido, es de destacar que se ordenó al Estado de Guatemala esclarecer el lugar en que hallan los restos mortales de la víctima, exhumarlos y devolverlos a sus familiares.<sup>115</sup>

## II.2.2. 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

---

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).

<sup>112</sup> TEDH, caso *Kurt vs. Turkey*, sentencia del 25 de mayo de 1998. El reconocimiento de la violación al art. 3 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 108, 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 pareciera 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 al art. 3 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 véase Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 209 ss. Una interpretación distinta a estas diferentes decisiones la aporta Grammer, *Tatbestand*, pp. 61, 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 Pappa, *Das Individualbeschwerdeverfahren*, espec. p. 70 ss.

<sup>113</sup> Véase Grammer, *Tatbestand*, p. 29 ss. En igual sentido Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 406, quien 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.

<sup>114</sup> CorIDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* nota 107, párr. 163. En detalle y con más referencias bibliográficas sobre este tercer nivel colectivo consúltese Grammer, *Tatbestand*, p. 120 ss.

<sup>115</sup> CorIDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia del 22 de febrero de 2002, Serie C Nr. 91 (Reparaciones). Sobre esta sentencia véase Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 159 (“By this means respect to the dead and to their remains was substantially ensured and proper burial was recognized as a human right.”).

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 en crimen contra la humanidad. Esta diferenciación se advierte a nivel normativo, doctrinario y jurisprudencial, como se expone a continuación.

Dentro de la primera alternativa se cuentan el ECPI, y el VStGB, donde la desaparición forzada es descripta 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 – sólo estará dada si existe un contexto determinado (art. 7 ECPI).<sup>116</sup> 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 marco de un ataque generalizado o sistemático,<sup>117</sup> ya que esta forma de comisión comprende la esencia de tales crímenes.<sup>118</sup> 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 aislada.<sup>119</sup> 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 civil,<sup>120</sup> idea que estaría confirmada por el texto mismo de la CIDFP cuando contempla la posibilidad de la desaparición forzada de “una o más personas”.<sup>121</sup> Esta alternativa se ve reforzada por la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-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

---

<sup>116</sup> Esta idea ya estuvo presente en el proyecto de Convención redactado en la Jornada de París de 1981, *supra* nota 84; 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 ej. en el caso *Akayesu* (TPIR, sentencia del 2 de septiembre 1998).

<sup>117</sup> Cfr. en este sentido Gil Gil, *Derecho Penal Internacional*, p. 151; Bruer-Schäfer, *Der Internationale Strafgerichtshof*, p. 296; Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 400; Manske, *Verbrechen*, p. 172.

<sup>118</sup> Dixon, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 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.”

<sup>119</sup> Dixon, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 4

<sup>120</sup> Cfr. Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 73.

<sup>121</sup> De igual idea Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 73.

la posibilidad de que *un solo hecho* – en contexto de ataque generalizado o sistemático – configure un crimen contra la humanidad.<sup>122</sup> Sin embargo, en la misma jurisprudencia del TPIY pareciese 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”.<sup>123</sup> En este mismo sentido *Cassese* exige que *las ofensas deben ser realizadas a gran escala o en forma sistemática*<sup>124</sup> o sea 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 – pareciese – contradictoriamente – encontrarse la CIDFP cuando dice en uno de sus considerandos preliminares: “Reafirmando que la práctica *sistemática* de la desaparición forzada *constituye un crimen de lesa humanidad*”. De esta idea se desprendería que la práctica *no sistemática* de la desaparición forzada *no constituye un crimen de lesa humanidad*. La posibilidad de que el contexto no sea un requisito de la desaparición forzada parecería ser confirmado, además, por la jurisprudencia de la CorIDH, 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”.<sup>125</sup> Al respecto podría concluirse con Modolell González que la Corte parece admitir la existencia de casos – no agravados – de desaparición forzada cuando el hecho se produce en forma aislada y desarticulada. La Corte, en consecuencia, parecería pronunciarse en forma contradictoria sobre este punto, ya que, como critica Modolell González, califica por una parte la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad,<sup>126</sup> pero contempla 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 destacar la gravedad del crimen en cuestión, y que no acarrearía en cambio una función descriptiva limitadora que reduzca los casos considerados como desaparición forzada a aquellos producidos en un contexto de ataque “generalizado o sistemático”.<sup>127</sup> En la doctrina esta misma postura se ve representada por *Grammer*, quien entiende que la exigencia del

<sup>122</sup> Cfr. TPIY, *Prosecutor v. Kvočka*, Case No. I-98-30/1-A, Trial Chamber Judgment, párrs. 207 y 209.

<sup>123</sup> TPIY, *Prosecutor v. Kupreskic*, Case No. IT-95-16-A, Judgment, Appeals Chamber, 23 Oct. 2001; crit. Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 73.

<sup>124</sup> Cfr. Cassese, “Crimes against Humanity”, p. 356 ss. (“One of the most significant of these elements is the fact that such offences must be large-scale or systematic”, p. 356).

<sup>125</sup> CorIDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, *supra* nota 8, párr. 82.

<sup>126</sup> CorIDH, caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, *supra* nota 8.

<sup>127</sup> Véase el informe de Modolell González, “Sistema interamericano”.



elemento de contexto deja fuera de consideración los casos aislados de hechos fácticamente iguales.<sup>128</sup>

Respecto de la jurisprudencia del TEDH cabe simplemente destacar que el elemento de contexto no ha sido especialmente considerado, e incluso en el caso de *Chipre*,<sup>129</sup> no obstante el innegable contexto de ataque bélico 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 circunstancia.<sup>130</sup>

### *II.2.3. 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 ...” (art. II CIDFP); “... por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia ...” (art. 7 (2)(i) ECPI); “... 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 a través 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 CorIDH 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 Palomino*.<sup>131</sup> En esta sentencia la Corte se expidió sobre la figura de desaparición forzada descrita por el art. 320 del CP peruano y consideró que el ordenamiento de Perú no está en concordancia con los estándares

<sup>128</sup> Grammer, *Tatbestand*, p. 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 el alemán al español son de M. L. Böhm.

<sup>129</sup> TEDH, *Cyprus vs. Turkey*, sentencia del 10 de mayo de 2001.

<sup>130</sup> Cfr. Grammer, *Tatbestand*, pp. 62 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 perpetrada a gran escala.”] (*ibid*, p. 58).

<sup>131</sup> CorIDH, caso *Gómez Palomino vs. Perú*, *supra* nota 74.

internacionales, ya que al referirse sólo al “funcionario o servidor público” como posible autor del delito limita 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 art. 7 (2) ECPI.<sup>132</sup> Por lo demás, la CorIDH 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 Justicia<sup>133</sup>) para establecer el vínculo necesario entre el Estado y estos grupos. De hecho, la Corte más bien adjudica al Estado responsabilidad, sin realmente discutir el tema en profundidad ni elaborar un estándar racional.<sup>134</sup>

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 conllevaría la comisión del crimen.<sup>135</sup> Esta idea fue seguida en el ordenamiento alemán. Mientras que para la primera

---

<sup>132</sup> CorIDH, caso *Gómez Palomino vs. Perú*, *supra* nota 74, 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).

<sup>133</sup> Sobre el test de “effective control” de la CIJ – y el test menos exigente del “overall control” empleado por el ICTY y CPI ver Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 7 nm. 237 con más referencias.

<sup>134</sup> Véase sobre todo el caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, Nro. 134, para. 111 (“Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los 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.”). Véase también *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006, serie C, Nro. 140, párrs. 138/140; *Masacre de Ituango vs. Colombia*, sentencia de 1° de julio de 2006, serie C, Nro. 148, párrs. 134-138; *Masacre de la Rochela vs. Colombia* (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 163, párr. 102 (en este caso la Corte analiza las circunstancias fácticas que relacionan al Estado con los paramilitares, aunque sin la exigencia del “control efectivo”).

<sup>135</sup> 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/Rückert, en *Elements of Crimes*, p. 102; Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 134.

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 sólo contase con la aquiescencia del Estado o de la agrupación política, el delito no estaría configurado.<sup>136</sup> 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 puede desprenderse tanto del derecho interno, como directamente del Derecho Internacional.<sup>137</sup>

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 cuente 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, etc. La CIPPDF hace expresa esta ampliación al establecer:

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

#### II.2.4. 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 maneras.<sup>138</sup> En la normativa, doctrina y jurisprudencia internacionales está plenamente establecido que la desaparición forzada consiste fundamentalmente en dos conductas,<sup>139</sup> como lo ha dicho expresamente la CorIDH: la privación de la libertad, y la negación a dar información, que deben entenderse como cumulativas y no como alternativas.<sup>140</sup> Esta doble conformación también es resaltada por la

<sup>136</sup> Cfr. Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 89.

<sup>137</sup> Cfr. BR-Drs. 29/02 del 18 de enero de 2002 (Zu §7 Abs. 1 Nr. 7 Buchstabe b). Véase también Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 89.

<sup>138</sup> Cfr. Andreu-Guzmán, “Draft”, p. 73 ss.; Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 128; Werle, *Völkerstrafrecht*, p. 869.

<sup>139</sup> Cfr. Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 7 nm. 216 s.; Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 128; Werle, *Völkerstrafrecht*, p. 871.

<sup>140</sup> Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, párr. 196. La doble conducta la indicó ya antes en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, *supra* nota 131, párr. 149, donde ordenó a Perú modificar el art. 320 CP (que sólo prevé la primera fase) a fin de completar la figura de acuerdo a los estándares internacionales.

doctrina al interpretar el ECPI, de donde se desprende que las características esenciales de este crimen son que una persona es privada de su 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 respecto.<sup>141</sup> 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 contempla las dos fases) se agrega una alternativa b), que describe exclusivamente el negar información (luego de ser demandada) acerca de una privación de libertad que ya está teniendo lugar (§ 7, párr. 1, Nro. 7 VStGB).<sup>142</sup> 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 Art. 7 (1)(i) ECPI (esclarecido en los *Elementos de los Crímenes*):

“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 es el “reflejo” (“Spiegelbild”) de la primera, por lo que el análisis de la primera vale en lo esencial para la segunda.<sup>143</sup>

#### *II.2.4.a) Privación de la libertad*

En cuanto a la privación de la libertad, por tanto, la misma puede ser por arresto, detención, secuestro, o cualquier otro medio.<sup>144</sup> En cuanto a la comprensión de los términos arresto, detención, prisión y secuestro los mismos 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*.<sup>145</sup> La CorIDH ha sentado además que no

<sup>141</sup> Cfr. Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 73.

<sup>142</sup> Esta doble alternativa existe también en el ordenamiento de Uruguay (cfr. *supra* nota al pie 56).

<sup>143</sup> Así también Werle, *Völkerstrafrecht*, p. 871.

<sup>144</sup> ComIDH, Caso *Chumbivilcasa vs. Perú*, Nr. 10.559, Informe Nr. 1/96, 1 de marzo de 1996. De igual opinión Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 129.

<sup>145</sup> Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 43/172. Sobre las distintas interpretaciones de la privación de la libertad véase Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 266 ss., quien de ellas extrae y explica el fundamento del deber de información (respuesta que encuentra en el ordenamiento procesal alemán).

se exige que la misma sea ilegal *ab initio*,<sup>146</sup> lo cual concuerda con el art. II de la CIDFP (“cualquiera que fuere su forma”) y no se ve contradicho por la letra del ECPI. Esta interpretación es rechazada por Modolell González<sup>147</sup> pero aceptada en general por la doctrina, que sostiene la posibilidad de que la privación de la libertad se inicie como detención legal, incluso por parte de un particular si se tratase de aprehensión en flagrancia.<sup>148</sup>

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 alternativa de comisión prevista en el ECPI – que el autor de la privación de la libertad sea el mismo autor de la negativa a brindar información.<sup>149</sup>

En cuanto a esta primera fase es importante destacar que parte de la doctrina considera que se trata más bien de una condición necesaria,<sup>150</sup> y no de un acto constitutivo del tipo; mientras que otros entienden que “representa sólo una acción preparatoria –aunque incorporada en el tipo–”,<sup>151</sup> por lo que ni en una ni en otra interpretación podrá hablarse de tentativa si se ha dado recién este primer paso descrito por los ordenamientos.

#### *II.2.4.b) No información*

La falta de información<sup>152</sup> es la segunda conducta reconocida por la CorIDH como un elemento de la figura de desaparición forzada, que debe estar presente cuando se tipifica el delito.<sup>153</sup> 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 ley.<sup>154</sup>

<sup>146</sup> Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia del 26 de enero de 2000; caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008, párr. 192.

<sup>147</sup> Véase Modolell González, “Sistema interamericano”.

<sup>148</sup> Cfr. por todos Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 129.

<sup>149</sup> Cfr. Meseke, *Tatbestand*, p.232.

<sup>150</sup> Así Meini, “Perú”, y Galain Palermo, “Uruguay”.

<sup>151</sup> Ambos, *La Parte General*, p. 378.

<sup>152</sup> Cfr. el estudio detallado de la desaparición forzada de personas en relación al deber de información (Benachrichtigungspflicht) en Cornelius, *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 (p. 5 ss.) y luego de la Revolución de 1789 (p. 32 ss.), así como sobre el derecho de detención de carácter policial (“polizeiliches Verhaftungsrecht”) en Alemania durante el Tercer Reich (p. 68 ss.) en los campos de concentración (“Konzentrationslager”) (p. 75 ss.).

<sup>153</sup> Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, *supra* nota 140, párr. 198; caso *Gómez Palomino vs. Perú*, *supra* nota 74, párrs. 103 ss.

<sup>154</sup> Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 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.”).

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, o sea, que no es necesario que se emplace a quien debe brindar la información respecto de la situación de privación de libertad.<sup>155</sup> 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”.<sup>156</sup>

Para el ordenamiento penal internacional alemán<sup>157</sup> en cambio, se exige expresamente en el VStGB en la primera alternativa de comisión (§ 7, párr. 1, Nr. 7a VStGB) que tal información haya sido requerida. Así lo explicitan también *Werle/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.”<sup>158</sup> Y también se aplica a la segunda alternativa (§ 7, párr. 1, Nr. 7b VStGB), aunque no esté expresamente señalado.<sup>159</sup>

Esta segunda alternativa, como se señaló antes, es similar a la que luego incorporara Uruguay en su ordenamiento (y a la descrita en los *Elementos de los Crímenes*). Aunque la variante uruguaya pareciera acarrear el inconveniente de la autoincriminación, como bien señalaba Galain Palermo, que en la normativa alemana pareciera haber sido evitado. En el ordenamiento uruguayo, se estipula:

Art. 21.1 Ley 18.026: “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.”

<sup>155</sup> Esta idea es también compartida por los autores de los informes aquí comentados.

<sup>156</sup> [“unverzüglich”, “ohne schuldhaftes Zögern”]. Así lo entiende Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 281, quien acude a la definición del Código Civil alemán (§ 121 BGB) para definir la idea “sin demora”.

<sup>157</sup> En el ordenamiento alemán el deber de información sobre una detención está expresamente contemplado 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 9), y, sólo en segunda medida como reacción a la práctica establecida a partir del decreto Nacht und Nebel de 1941 (cfr. *supra* FN 10) (Cornelius, *Verschwindenlassen*, p. 224 ss., p. 204).

<sup>158</sup> Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 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*, p. 871, si bien en esta oportunidad más temprana no queda suficientemente claro cuál es 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.

<sup>159</sup> 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/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 89; Meseke, *Tatbestand*, p. 232 s.

Es decir que cualquier particular que con la mera aquiescencia estatal omite y se niegue a dar la información sobre las circunstancias de la privación de la libertad, estaría cometiendo la conducta descripta. Sin embargo, al no quedar esclarecido cuál es 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 autoincriminarse. En la segunda alternativa de la formulación alemana el particular sólo puede cometer la conducta delictiva cuando actúa "por encargo" del Estado u organización política, o cuando "incumple un deber jurídico".<sup>160</sup>

Ambas referencias estarían colocando 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 colocaría en la posición de funcionario público y le adjudicaría ese mismo rol 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 deber *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 públicos.<sup>161</sup> En ninguno de ambos casos se estaría violando por tanto el principio *nemo tenetur*.

#### II.2.4.c) Permanencia

La desaparición forzada es un delito de tipo de ejecución permanente.<sup>162</sup> La CorIDH ha destacado que esta prolongación implica una “situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención”.<sup>163</sup> No se trata del tiempo en sí, sino de que ese tiempo en que no se ha brindado información sobre el estado de privación de libertad de la víctima ni ésta 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, así como 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

---

<sup>160</sup> Cfr. *supra* nota 95.

<sup>161</sup> Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, 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.]).

<sup>162</sup> Cfr. por todos Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 128.

<sup>163</sup> Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* nota 107, párr. 150.

las funciones de los organismos estatales y de canalización de los derechos individuales. Este “prolongación” afecta por tanto el bien jurídico protegido tanto en su esfera personal, como colectiva. Este requisito, sin embargo, es considerado por Modolell González como contrario a la letra del art. II CIDFP, ya que en éste 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 Modolell González como “tendencia interna trascendente”.<sup>164</sup>

En cuanto al momento en que tal permanencia concluye, es decir, en cuanto al momento en que cesa la ejecución del delito, la CorIDH ha mostrado un desarrollo en su jurisprudencia que consideramos positivo. En sus tres primeras sentencias la Corte se ocupó de las acciones involucradas en la desaparición forzada y se refirió al momento de la (presunta) muerte de la persona desaparecida mediante su ejecución secreta.<sup>165</sup> 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 a los indicios reunidos, cesaba la ejecución del delito.<sup>166</sup> A partir del caso *Blake*, como se mencionó *supra*,<sup>167</sup> 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 *Quinteros*.<sup>168</sup> También los parientes cercanos a la persona detenida desaparecida pasaron a ser considerados como afectados por el crimen. A través de 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 doctrina.<sup>169</sup> A partir de este requisito de permanencia concluyó la Corte la pertinencia de su competencia para los casos en que la presunta desaparición forzada se inició con anterioridad a que el Estado en cuestión haya aceptado dicha competencia, en tanto el injusto continúe. Esta jurisprudencia se

---

<sup>164</sup> Véase Modolell González, “Sistema interamericano”.

<sup>165</sup> Cfr. los casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, *supra* nota 104, párrs. 155/157; *Godínez Cruz vs. Honduras*, *supra* nota 104, párrs. 163/165; *Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, *supra* nota 104, 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.

<sup>166</sup> Cfr. en este sentido Grammer, *Tatbestand*, p. 49, espec. nota al pie 28

<sup>167</sup> CorIDH, caso *Blake vs. Guatemala*, véase *supra* nota 111 y texto principal.

<sup>168</sup> ComIDH, caso *Quinteros vs. Uruguay*, *supra* nota 109.

<sup>169</sup> Véase Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 128 (“when the fate or whereabouts of the person is known”); Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 146 ss.



mantuvo en las sentencias posteriores, y así dijo la Corte en en el caso *Heliodoro Portugal* del pasado año:

“...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 ésta 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 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 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.”<sup>170</sup>

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.”<sup>171</sup>

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 prolong*” 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 años.<sup>172</sup> 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

<sup>170</sup> CorIDH, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 34.

<sup>171</sup> Caso *Tiu Tojin vs. Guatemala*, *supra* nota 70, párr. 87.

<sup>172</sup> Cfr. *Hall*, en *Triffterer, Commentary*, Art. 7, nm. 133.

después, concluyendo así la continuación del delito.”<sup>173</sup> 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 internacional.<sup>174</sup> En contra de esta idea, en cambio, pareciera expresarse *Werle* al interpretar el § 7, Abs. 1, Nr. 7 VStGB: “Privaciones de la libertad de sólo poca duración no son abarcadas por el ámbito de aplicación de la normativa”,<sup>175</sup> dejando sin embargo abiertas las pautas para definir cuándo la duración es “poca” o “mucho”.<sup>176</sup>

#### *II.2.4.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 lograr<sup>177</sup>). Así también la doctrina, que relaciona este elemento subjetivo con el que motivara en su momento a Hitler al decretar esta práctica,<sup>178</sup> “concebida precisamente para evadir el entretejido legal de la protección de los derechos humanos”.<sup>179</sup> En este sentido interpreta entonces la doctrina el elemento subjetivo de la definición legal del

<sup>173</sup> Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 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.”].

<sup>174</sup> Actualmente estaría reconocido que ese período no puede exceder de las 24 o 48 horas (Hall, en Triffterer, *Commentary*, Art. 7, nm. 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).

<sup>175</sup> Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 87 [“Freiheitsentziehungen von nur geringer Dauer unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Vorschrift.“].

<sup>176</sup> El texto del proyecto de ley presentado por el Bundesrat no esclarece el punto, limitándose a resaltar 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)).

<sup>177</sup> Si bien, como bien fue afirmado, el dejar fuera del ejercicio de sus derechos y por tanto 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.). Cfr. en este sentido Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 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.”).

<sup>178</sup> Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 132. Sobre el decreto Nacht und Nebel véase *supra* nota 10.

<sup>179</sup> Taylor, “Background to the Elaboration of the Draft International Convention”, p. 65 [“conceived precisely to evade the legal framework of human rights protection”].

ECPI: se trata del dolo (“Vorsatz”) más una intención especial (“Absicht”),<sup>180</sup> que podrá ser entendida tanto como requisito de una “intencionalidad más intensa”,<sup>181</sup> o como “ultraintencionalidad”.<sup>182</sup> Esta misma idea se confirma en el texto del VStGB (“con la intención 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 penal.<sup>183</sup>

Se desprende de la nota al pie 23 a 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:<sup>(27)</sup>

- 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<sup>(28)</sup>; o
- b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad.”

La primera nota al pie 27<sup>184</sup> hace referencia al art. 30 (2) ECPI, mientras que la nota al pie 28<sup>185</sup> meramente esclarece el alcance de la intención exigida teniendo en cuenta que la “detención” también puede ser la continuación de una detención ya existente.<sup>186</sup>

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

<sup>180</sup> Cfr. Ambos, *Internationales Strafrecht*, § 7 nm. 216; Meseke, *Tatbestand*, p. 233; Cryer et al., *An Introduction to international criminal law and procedure*, p. 217; Kolb, “Droit international pénal”, p. 111.

<sup>181</sup> Cfr. Ambos, *La Parte General*, p. 427 s., y p. 433, 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*, p. 233.

<sup>182</sup> Así Modolell González, “Sistema interamericano”.

<sup>183</sup> Cfr. 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 persona ‘por tiempo prolongado de la protección de la ley.’”].

<sup>184</sup> 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.”

<sup>185</sup> 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.”

<sup>186</sup> Witschel/Rückert, en *Elements of Crimes*, p. 102/103.

situación de que la persona, sobre la que se niega el brindar información, se encuentra privada de su libertad en forma ilegítima.<sup>187</sup>

#### II.2.5. La (ir)retroactividad y el principio de legalidad

El ámbito de jurisdicción temporal ampliado a partir del caso *Blake*,<sup>188</sup> se extendió nuevamente, en otro sentido, con el caso *Trujillo Oroza*.<sup>189</sup> 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*.<sup>190</sup> 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 CorIDH 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 1972.<sup>191</sup> Además, la CorIDH se ha manifestado expresamente a favor de la retroactividad de su jurisdicción para los casos en que un Estado ha reconocido la competencia de la Corte con posterioridad a que fuera iniciada la desaparición forzada.<sup>192</sup> Así lo ha hecho también el TEDH.<sup>193</sup>

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

<sup>187</sup> Cfr. Werle, *Völkerstrafrecht*, p. 872; Werle/Burchards, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, nm. 89.

<sup>188</sup> CorIDH, caso *Blake vs. Guatemala*, véase *supra* notas 111 y 167 y texto principal.

<sup>189</sup> CorIDH, caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia del 26 de enero de 2000, Serie C, Nro. 64 (Fondo).

<sup>190</sup> Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, *supra* nota 189, párr. 42.

<sup>191</sup> CorIDH, caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia*, sentencia del 27 de febrero de 2002, Serie C, Nro. 92 (Reparaciones), párr. 97.

<sup>192</sup> Caso *Heliodoro Portugal*, *supra* nota 140, párr. 34 - La Comisión de Derechos Humanos, en cambio, evitó expedirse al respecto en el caso *Menanteau Aceituno y Carrasco Vásquez vs. Chile*, Comunicación Nro. 746/1997, 4 de agosto de 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. Véase crítico al respecto Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 121.

<sup>193</sup> Véase el caso *Kolk and Kislyiy v. Estonia.*, sentencia del 17 de enero de 2006 (Application no. 23052/04 y no. 24018/04) - En el caso *Boucherf vs. Algeria*, Comunicación Nro. 1196/2003, 27 de abril de 2006, la Com. Eur. de DDHH se refirió expresamente al tema de un proyecto de ley de amnistía, sin rechazarlo contundentemente, sino sólo considerando que Algeria no *debería* basarse en tal proyecto para actuar en contra de quienes intentan 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. Cfr. críticos al respecto Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 130.

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 parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo.” (el. 8). Esto significaría que la competencia de la CPI no sólo se determina de acuerdo al inicio del período comisivo (cuando se incumple por primera vez el deber de informar) sino también de acuerdo al momento en que se inicia el ataque que determina el contexto, lo cual es ciertamente problemático.<sup>194</sup> Esta interpretación, de todos modos, no tiene una base en el Estatuto.<sup>195</sup> En cuanto a la jurisdicción temporal el ECPI se limita a establecer en los arts. 11, 22 (1) y 24 la prohibición de retroactividad *ratione personae*.<sup>196</sup>

### II.3. 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 que haya habido testigos de tal acto, por lo que toda circunstancia posterior queda precisamente en la incertidumbre y falta por tanto de pruebas.<sup>197</sup> 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 donde 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

---

<sup>194</sup> Así también Hall, en Triffterer, *Commentary*, art. 7, nm. 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.”

<sup>195</sup> De hecho, 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. Cfr. Witschel/Rückert, en *Elements of Crimes*, p. 102.

<sup>196</sup> Así también Olásolo, “Note on the Evolution”, p. 307; Schüller, “Rückwirkungsverbot”, p. 197 ss.

<sup>197</sup> Véase al respecto Sancinetti/Ferrante, “Argentinien”, 99.

los “insider”, quienes formaron parte de alguna manera de la estructura estatal o de las agrupaciones que cometieron estos crímenes.<sup>198</sup>

La suma de los indicios como prueba suficiente ha sido considerada ya en el caso *Bleier*, el primer caso de desaparición forzada analizado por la ComIDH,<sup>199</sup> donde se estableció el principio de inversión de la carga de la prueba<sup>200</sup> dadas las circunstancias propias de la desaparición forzada.<sup>201</sup> Esta decisión fue seguida luego por la CorIDH a partir del caso *Velásquez Rodríguez*.<sup>202</sup> 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 aquéllas.”<sup>203</sup>

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 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

---

<sup>198</sup> Cfr. Grammer, *Tatbestand*, p. 19 ss. con más referencias.

<sup>199</sup> Establecido en cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

<sup>200</sup> Este principio, sin embargo, no debe verse como mera creación jurisprudencial, sino concreción del art. 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.”

<sup>201</sup> ComIDH, caso *Bleier v. Uruguay*, Comunicación Nro. 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 Nro. 1978/2002, 12 de diciembre de 2005, párr. 6.4) al considerar inadmisibles el caso en cuestión porque el actor no pudo demostrar por ningún medio que luego de 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/Citroni, *Struggle*, p. 125 s., 190 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.”, p. 126). Con posterioridad la Comisión retomó su jurisprudencia anterior en el caso *Bousroual vs. Algeria*, Comunicación Nro. 992/2001, 24 de abril de 2006, sosteniendo nuevamente el principio de la inversión de la carga de la prueba.

<sup>202</sup> CorIDH, caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, *supra* nota 104, párr. 80, consideraciones reiteradas luego en el caso *Godínez Cruz vs. Honduras*, *supra* nota *supra* nota 104, párr. 87, caso *Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*, *supra* nota *supra* nota 104, 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 fundamentan la condena con base en presunciones (*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 122 ss.).

<sup>203</sup> CorIDH, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra* nota 202, párr. 80.

justicia.<sup>204</sup> Discutible parece ser sin embargo, hasta qué punto puede aceptarse tal principio en el ámbito penal.<sup>205</sup> Expresamente ha sentado esta diferencia la CorIDH 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.”<sup>206</sup>

Esta diferenciación y la duda acerca de la validez de este principio en el ámbito del derecho penal (aun del internacional) entendemos que la ha resuelto expresamente la CorIDH años después 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” (art. 320 CP peruano). Esto lo confirmó la CorIDH 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 prueba.<sup>207</sup> 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 proceder concretos por parte del autor, una determinada forma de práctica generalizada etc.).<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> Cfr. Scovazzi/Citroni, *Struggle*, pp. 107, 190 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.”, p. 190/191).

<sup>205</sup> Cfr. Grammer, *Tatbestand*, p. 48 nota al pie 27. Véase también sobre esta discusión Grossman, “Desapariciones en Honduras”, p. 347 ss.

<sup>206</sup> Caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, *supra* nota *supra* nota 104, párrs. 134/135.

<sup>207</sup> Caso *Gómez Palomino vs. Perú*, *supra* nota 74, párr. 149.

<sup>208</sup> Grammer, *Tatbestand*, p. 83.

El TEDH, por su parte, también acepta a partir del caso *Timurtas*<sup>209</sup> 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 jurisprudencia,<sup>210</sup> puede decirse que en general no ha adoptado la regla de la “duda razonable” con demasiada exigencia,<sup>211</sup> de hecho, en varios casos es realmente una inversión de la carga de la prueba la que lleva a la decisión adoptada.<sup>212</sup> Por ello resulta por lo menos curioso, que en ninguna de sus sentencias haya dado el paso final de adoptar la decisión de la CorIDH y sentar también expresamente en su jurisprudencia el principio de la inversión de la carga de la prueba.<sup>213</sup>

### III. Conclusiones y propuesta de un tipo modelo de la desaparición forzada de personas

La figura de la desaparición forzada es sin lugar a dudas una figura extremadamente compleja.<sup>214</sup> 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, así como en el ámbito internacional, consideramos que hay *ciertas pautas que deben ser tenidas 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 éste ya se encuentre previsto en el ordenamiento nacional.

---

<sup>209</sup> TEDH, caso *Timurtas v. Turkey*, sentencia del 13 de junio de 2000, párr. 85, donde la Corte recurre a un análisis aritmético respecto del tiempo transcurrido (transcurso de más de seis años y medios) 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 112, la Corte había desestimado una violación del art. 2 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 CorIDH, pueda explicarse tal vez por una insuficiente comprensión de las prácticas de desaparición forzada de personas por parte de algunos jueces. Cfr. en este sentido Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 191.

<sup>210</sup> En *Cyprus vs. Turkey*, sentencia del 10 de mayo de 2001, la Gran Cámara de la Corte entendió que las evidencias no eran suficientes para considerar violado el art. 2 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*, sentencia del 31 de mayo de 2001, el camino trazado por el caso *Timurtas*.

<sup>211</sup> Cfr. Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 213.

<sup>212</sup> Entre los últimos casos en este sentido pueden contarse *Bazorkina vs. Russia*, sentencia del 27 de julio de 2006; *Imakayeva vs. Russia*, sentencia del 9 de noviembre de 2006. Véase un crítico análisis de estas decisiones en Barrett, “Chechnya’s Last Hope?”.

<sup>213</sup> Concordante con esta observación Scovazzi/Citroni, *Struggle*, p. 213.

<sup>214</sup> Ambos, ““Verbrechenselemente““, p. 406; Rückert/Witschel, “Genocide“, p. 89; Grammer, *Tatbestand*, p. 96.



El *bien jurídico* afectado por la desaparición forzada es múltiple, y puede diferenciarse en tres niveles. A *nivel 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, incluyendo su seguridad jurídica y su derecho a ejercer los recursos necesarios para hacer reconocer y defender, precisamente, sus derechos. A *nivel familia* 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 la misma y recuperar sus restos mortales. En este segundo nivel, 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 nivel de afectación es el *nivel colectivo*, en el cual es la sociedad en su conjunto la que se ve afectada por el debilitamiento institucional que conlleva la obstrucción de los mecanismos de administración de justicia y por la imposibilidad de reconstrucción de la verdad histórico-social. Se trata así en este nivel de la sociedad como sujeto pasivo del delito.

Para que los hechos puedan calificarse de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad 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 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 quienes, precisamente por dicho contexto, se ven impedidos de acudir por las vías regulares a los agentes designados para la protección de sus derechos. 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 cometidos en forma generalizada o sistemática, sino en el sentido de que hayan sido cometidos *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 la misma (alt. 1), o la no información (alt. 2)) es parte del hecho general (“*Gesamttat*”) de ataque generalizado o sistemático contra una población civil.<sup>215</sup> No

---

<sup>215</sup> Importante es distinguir el caso de desaparición forzada del de tortura, en cuanto a que esta última sí puede constituir sin lugar a dudas un delito ordinario en caso que no exista el elemento de contexto. La tortura es un acto que puede ser cometido en forma individual y sin requerirse de un 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

hay ningún argumento estrictamente dogmático que impida que la figura de desaparición forzada sea tipificada como delito individual en los ordenamientos internos. Consideramos por tanto que es posible que la desaparición forzada sea sancionada sin que sea exigido el requisito propio de los crímenes contra la humanidad, esto es, sin que se requiera el elemento de contexto. En este caso el delito no tendrá las consecuencias propias de los crímenes internacionales (imprescriptibilidad, jurisdicción internacional etc.). En caso que la figura sea sancionada en el ordenamiento interno, sin embargo, se presenta la dificultad de diferenciar los casos aislados (en que no hay una estructura estatal tendiente a sustraer a la persona de los canales jurícoadministrativos establecidos para protección de sus derechos) de los casos en que efectivamente se han montado estructuras o mecanismos que sí impiden el acceso a dichas vías. La dificultad residirá así en diferenciar casos de privación de la libertad agravada (por ser cometida por funcionario público y/o por su duración y/o por la gravedad de sus consecuencias, etc.) de casos en que se busca sustraer a la persona (y a su familia, y a la sociedad) de la protección estatal de sus derechos y de la debida administración de justicia. Esta dificultad para diferenciar una privación ilegítima de la libertad de una desaparición forzada es tanto probatoria como propia de la estructura típica. La diferencia residirá en si hubo o no intención de dejar a la persona fuera del ámbito de protección del Estado. Sin el elemento de contexto, que precisamente enmarca los hechos en una específica constelación de política estatal, es difícil establecer las pautas necesarias para la diferenciación mencionada.

La desaparición forzada es un *delito especial*, dado que sólo puede ser cometido por personas que revisten ciertas características determinadas. Sólo el Estado, o particulares que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia<sup>216</sup> 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 sólo puede provenir del Estado mismo, dado que únicamente el Estado dispone de tales recursos y precisamente los niega si no informa sobre lo que está obligado a informar (lo que se extiende al particular que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado). Si la privación de libertad de una persona y la falta de información al respecto son cometidos por un agente no

---

administración de justicia, que fundamentalmente en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil pueden verse bloqueados, lo que dificulta el pensar la desaparición forzada como delito común individual que no integre un *Gesamttat*.

<sup>216</sup> Sobre el necesario vínculo entre el Estado y estos grupos de particulares ver ya *supra* nota 132 ss. con texto principal.

estatal y/o sin autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, el Estado 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 reducida al nivel individual físico-psíquico de la persona privada de la libertad.

En este contexto surge la pregunta acerca de si *organizaciones políticas*<sup>217</sup> 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 art. 7 (2) ECPI, en el cual las organizaciones políticas son consideradas como 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 tendientes 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 bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente podrá ser violado por una organización política si ella coloca a la persona privada de su 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 su 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 movilizados, 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 conducen, sin embargo, a una segunda dificultad, relativa a la calidad especial del autor del crimen y por tanto, al deber de información que se desprende del mismo (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

---

<sup>217</sup> 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 – 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*, § 7 nm. 188, con más referencias).

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 su libertad a una persona, por tanto, no tiene ningún deber de informar al respecto. Si se estipulase tal exigencia en el tipo penal la misma sería necesariamente artificial. El tipo penal respecto de las organizaciones políticas 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 su libertad a una persona y la traslada o mantiene en el territorio bajo su control al cual el Estado no tiene acceso, el Estado verá bloqueados sus recursos, 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 su 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 como sujeto activo del crimen de desaparición forzada, el que en caso de tipificarse deberá ser considerado por tanto en un inciso segundo, es decir, como una tercera alternativa de comisión. Nuestra reserva al respecto, sin embargo, sigue vigente. Y esto no sólo 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 los opositores al gobierno, 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 (volviendo ahora a la formulación clásica de su estructura típica) tiene *dos alternativas de comisión*. La *primera alternativa de comisión* (1) contempla dos fases: 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 que no exista tal plazo, dentro de las cuarenta y ocho horas<sup>218</sup> desde que se inició la privación de la libertad. Si ante el requerimiento debidamente efectuado (por parte de una persona legalmente autorizada a recibir dicha información, y por requerimiento realizado ante la autoridad adecuada, etc.) se denegare la información correspondiente, el delito se consuma en el momento de tal denegación. En este caso de requerimiento expreso no es necesario que haya transcurrido el plazo legalmente previsto o el aquí señalado de cuarenta y ocho horas. Si la privación de la libertad era legal, pasará a ser ilegal. La *segunda alternativa de comisión* (2) 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 toma conocimiento de la situación de privación de la libertad luego que ésta ha sido llevada a cabo (siendo indistinto si para el otro autor, 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

---

<sup>218</sup> Este plazo máximo no sólo 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 máx. 48 horas, véase para América Latina Malarino, “Un resumen comparativo”, pp. 579 ss., p. 619 s. con nota 168), sino que se funda principalmente en recomendaciones habidas al respecto en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario (cfr. *supra* nota 174). 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 de abril de 2000, párrs. 22/23). Véanse en igual sentido CPT/Inf (2003) 22, 13 de marzo de 2003, párrs. 13/14; y CPT/Inf (2003) 30, 30 de junio de 2003, párrs. 34/43. También el TEDH ha sentado el máximo de 48 horas respecto de dar conocimiento de la detención en el caso *Brannigan and McBride vs. UK*, sentencia del 26 de mayo de 1993.

plazo no exista, dentro de las cuarenta y ocho horas desde que tomó conocimiento de la situación de privación de libertad previa; o antes del cumplimiento de tal plazo, en caso que haya denegado la información correspondiente al ser ésta debidamente requerida.

Se trata por tanto, en ambas alternativas, de un *delito de incumplimiento del deber*, donde 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 la privación de la libertad pudo haber sido legal en la alt. (1) e incluso no tuvo lugar en la alt. (2) –. El tipo penal impone al Estado y al particular que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado la obligación de informar sobre la privación de la libertad o sobre el paradero o suerte de la persona privada de su 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 vistas 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 destacar 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 su libertad a una persona, o que toma 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. El delito continúa renovándose, “se sigue consumando”,<sup>219</sup> con cada acto (u omisión) del autor.<sup>220</sup> De esto se desprende que aun cuando

---

<sup>219</sup> Mir Puig, *Derecho Penal*, p. 227.

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 la misma (o de las circunstancias por él conocidas, en caso que no esté informado respecto de la suerte efectivamente corrida por la víctima), el delito continua siendo ejecutado y no se agota, dado que continúa incumpléndose el deber de información. Si en cambio el delito se esclarece porque la víctima recupera su 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 derechos antes enumerados, y estos dejarían de estar afectados si la víctima recupera su 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 la muerte esclarecidas). El delito habrá sido consumado durante el tiempo 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. En el derecho penal interno es de importancia central definir el momento del cese de la ejecución y de los efectos del injusto de un delito, a fin de establecer los plazos de prescripción. Respecto de la desaparición forzada, sin embargo, no existe plazo prescriptivo alguno, ya que se trata de un crimen contra la humanidad y es por tanto *imprescriptible*.

La desaparición forzada sólo puede ser cometida en *forma dolosa*. Y debe cometerse, además, *con la intención de dejar fuera del amparo de la ley* a la persona que es privada de su libertad. Este requisito subjetivo del tipo hace del dolo un dolo más intenso con respecto al elemento volitivo.

La *jurisdicción ratione temporis* debe ser establecida no de acuerdo al momento de la privación de la libertad (que, de acuerdo a lo dicho, entendemos que es un acto preparatorio, o condición necesaria para la comisión del crimen) sino al *momento en que se incumple el*

---

<sup>220</sup> Véase en igual sentido y en detalle sobre el significado de la permanencia del delito Aponte, *Desplazamiento forzado*, pp. 26 ss.

*mandato de información*,<sup>221</sup> que coincide en el caso de la desaparición forzada con la consumación (*Vollendung*) – aunque no con el agotamiento (*Beendigung*) – del delito. En este sentido entonces, y en concordancia con la prohibición de la retroactividad como elemento del principio de legalidad (arts. 11, 22 (1) ECPI),<sup>222</sup> entendemos que la jurisdicción internacional rige para todos aquellos hechos en que el deber de informar se incumpla por primera vez y/o continúe siendo incumplido *luego* de la entrada en vigencia de la normativa, dado que en esta situación el crimen continúa siendo cometido luego de dicha entrada en vigencia: se corroboran así la *privación de la libertad* como condición necesaria así como el *incumplimiento del deber* de informar, que es la conducta central que tiene lugar en el momento en que la normativa internacional ya se encuentra vigente.<sup>223</sup> Esta aparente violación del principio de irretroactividad no es tal, dado que se trata de un delito de ejecución permanente que por lo tanto estará siendo ejecutado desde el primer momento en que se incumple el deber de información y hasta que se realice el último “acto” (u omisión) que constituya el incumplimiento del mandato.<sup>224</sup> De esta manera, la jurisdicción internacional tendrá lugar siempre que “todos los elementos”<sup>225</sup> de la desaparición forzada estén presentes luego de la entrada en vigencia del ECPI, aun cuando el inicio de comisión y los primeros actos sean anteriores a dicha entrada en vigencia. En cuanto al elemento de contexto, entendemos que el ECPI deja abierta la posibilidad de la competencia internacional aun cuando el contexto se haya iniciado con anterioridad a su entrada en vigencia, aunque ésto, como se expuso *supra*, es relativizado en las mencionadas notas al pie de los

---

<sup>221</sup> Esta idea ha sido tomada y seguida por la Corte Suprema del Perú (véase Acuerdo Plenario de Perú, op. cit., p. 9).

<sup>222</sup> En el ECPI no existe una regulación expresa respecto de la jurisdicción temporal en caso de delitos de ejecución continua en el tiempo. Cfr. al respecto Bourgon, en Cassese/Gaeta/Jones: “Jurisdiction *ratione temporis*”, p. 550. Véase asimismo Pangalangan, en Triffterer: “Article 24”, nm. 13, quien explica cómo debe ser considerado el momento de la conducta en el caso de delitos de ejecución permanente a los fines del art. 24 ECPI.

<sup>223</sup> Así también lo ha entendido recientemente la Corte Suprema del Perú (véase Acuerdo Plenario de Perú, op. cit., p. 9). Véase ya con anterioridad igual decisión de la CorIDH en *Tiu Tojin vs. Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008, párr. 87. : “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 de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son, la Sala Penal Nacional de Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y la Corte Constitucional de Colombia<sup>99</sup>, Estados que, al igual que Guatemala, han ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.”

<sup>224</sup> Cfr. Roxin, *Derecho Penal*, § 5 nm. 52; Jescheck/Weigend, *Tratado de derecho penal*, p. 281.

<sup>225</sup> Broomhall en Triffterer, “Article 22”, nm. 32 (“In the case of crimes arising from a continuing course of conduct, it will have to be shown that all the elements of the crime are made out during the time in which the prohibition applies.”).



Elementos.<sup>226</sup> Creemos que la exigencia allí planteada, en cuanto a que el elemento de contexto también deba iniciarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma penal, es problemático 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 inicio bajo la vigencia de la ley que la prohíbe, no se explica que no pueda imputársele el crimen cometido.

A nivel 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 jurisprudencial -. 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 exigirse a éstos la presentación de la prueba de cargo que demuestre los hechos. El Estado es quien ante la acusación de comisión del crimen de desaparición forzada deberá demostrar que la privación de la libertad no ha sido realizada por sus agentes ni con su autorización, apoyo o aquiescencia, o que la privación de la libertad fue debidamente informada en plazo, o que ante el conocimiento de una privación de la libertad no informada movilizó los recursos tendientes al esclarecimiento de los hechos, etc.

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 su 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 denegare dicha información al ser ésta debidamente requerida; o

(2) no informare sobre la privación de libertad o sobre el paradero o suerte de la persona privada de su libertad dentro del plazo legalmente estipulado o, en su defecto, en el plazo de cuarenta y ocho horas a partir de haber tomado conocimiento sobre la privación de la libertad a que hace referencia el apartado anterior, o denegare dicha información al ser ésta debidamente requerida, con la intención de dejar a esa persona fuera del amparo de la ley, será penado con...

---

<sup>226</sup> *Supra* nota 194 y texto principal.

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 su libertad y la mantuviere oculta en territorio que se encuentre 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.

## Bibliografía

- AA.VV., *La desaparición, crimen contra la humanidad. Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada de personas*, Buenos Aires, 1987.
- AA.VV., *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. El “nunca más” y la comunidad internacional*, Buenos Aires, 1989.
- 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.
- , *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, München, C.H.Beck, 2. ed. 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 (también Bogotá, Temis, 2006) [Versión original en alemán: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2. Aufl. 2004.]
- , “Impunidad, CPI y Colombia”, en: Fundación País Libre/ Fundación Konrad Adenauer (eds.), *CPI. Instrumento de Paz para Colombia*, Bogotá, 2004, p. 205-225.
- , “Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional”, en: *RBCC* (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), Nro. 49, julho-agosto de 2004, 48-88.
- , “‘Verbrechenselemente’ sowie Verfahrens- und Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshof”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pp. 405-410.
- , *Impunidad y Derecho penal internacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2ª ed. 1999.
- , “‘Impunidad’, Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen”, en: *Kritische Vierteljahreszeitschrift* 1996, 355-370.
- Ambos, Kai/ Ezequiel Malarino (coord.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.
- Amnistía Internacional, *Desapariciones*, Barcelona, Editorial Fundamentos, 1983.
- Andreu-Guzmán, Federico, “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, *International Commission of Jurists. The review*, Nr. 62-63, 2001, pp. 73-106.
- Aponte, Alejandro, *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Madrid, Centro Internacional de Toledo para la Paz, 2009.
- Barrett, Joseph, “Chechnya’s Last Hope? Enforced Disappearances and the European Court of Human Rights”, *Harvard Human Rights Journal*, Nr. 22, 2009, pp. 133-143.
- Bassiouni, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague et al., Kluwer Law International, 2a. ed. 1999.

- , “Crimes Against Humanity”, en M. Cherif Bassiouni (coord.), *International Criminal Law*. Vol. I, Sources, Subjects, and Contents, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 3a. ed. 2008, pp. 437-492.
- , “Principles of Legality in International and Comparative Criminal Law”, en M. Cherif Bassiouni (coord.), *International Criminal Law*. Vol. I, Sources, Subjects, and Contents, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 3a. ed. 2008, pp. 73-105.
- Borzutzky, Silvia, “The Politics of Impunity: The Cold War, State Terror, Trauma, Trials and Reparations in Argentina and Chile” *Latin American Research Review*, Vol. 42, No. 3, October 2007 1:167–185.
- Bourgon, Stéphane, “Jurisdiction *ratione temporis*”, en A. Cassese/ P. Gaeta/ J.R.W.D. Jones (coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*. Vol. I, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 543-558.
- Brody, Reed/ Felipe González, „Nunca Más: An Analysis of International Instruments on ‚Disappearance‘”, en *Human Rights Quarterly* 19, 1999, p. 265-405.
- Broomhall, Bruce, “Article 22: Nullum crimen sine lege”, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München, Beck et al., 2a. ed. 2008, pp. 713-729.
- 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/ J.R.W.D. Jones (coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*. Vol. I, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 353-378.
- Cassese, Antonio/ Paola Gaeta/ John R.W.D. Jones, *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*. Vol. I, New York, Oxford University Press, 2002.
- Cornelius, Kai, *Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.
- Cryer, Robert/ Håkan Friman/ Darryl Robinson/Elizabeth Wilmshurst, *An introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge, CUP, 2007.
- Dixon, Rodney, „Article 7“ (parcial), en: Triffterer, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München, C.H.Beck, 2a. ed. 2008.
- Fernández, Gonzalo D., “Landesbericht Uruguay”, en A. Eser/ U. Sieber/ J. Arnold (coord.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*. Tomo Parte 11 (Chile – Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 449 - 627.
- Fernández Vélez, Giovanna F., *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal Peruano*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- Filippini, Leonardo G., “Materiales sobre los elementos específicos de los crímenes contra la Humanidad en el art. 7° del Estatuto de Roma”, en P.F. Parenti/ L.G. Filippini/ H.L. 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, pp. 71-117.
- 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*, nro. 9, 1966, pp. 757-778.
- Gómez López, Jesús Orlando, *Crímenes de lesa humanidad*, Santafé 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, pp. 335-373.
- 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*, München, C.H.Beck, 2a. ed. 2008.
- von Hebel, Hermann/ 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, 79-126.
- Jescheck, Hans-Heinrich/ Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal: Parte General*, Granada, Comares, 5ª ed. 2002.
- Klonovsky, Michael/ Jan von Flocken, *Stalins Lager in Deutschland 1945 – 1950. Dokumentation. Zeugenberichte*, München, dtv, 1993.
- Kolb, Robert, „Droit international pénal“, en R. Kolb, *Droit international pénal: précis*, Bâle, Helbing Lichtenhahn et al., 2008, pp. 1-264.
- Lüder, Sascha Rolf/ Thomas Vormbaum (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster, Lit, [2002].
- Malarino, Ezequiel, “Un resumen comparativo“, en: K. Ambos/J.L. Gómez Colomer/R. Vogler (eds.), *La Policía en los Estados de Derecho Latinamericanos*, Bogotá, 2003, disponible en [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene\\_Projekte.html#police](http://lehrstuhl.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/ Néstor Rodríguez (eds.), *When States Kill. Latin America, the U.S., and Technologies of Terror*. Austin, TX: University of Texas Press, 2005.
- Menzel, Jörg/ Tobias Pierlings/ Jeannine Hoffmann (coord.), *Völkerrechtsprechung: ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- Millaleo Hernández, Salvador A., „Landesbericht Chile“, en A. Eser/ U. Sieber/ J. Arnold (coord.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*. Tomo Parte 11 (Chile – Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008, pp. 23 – 447.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona: Reppertor, 7ª ed. 2006.
- Nowak, Manfred, *Questions of Dissappearances*, 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*, Nro. 18, 2007, pp. 301-319.
- Pangalangan, Raul C., “Article 24: Non-retroactivity *ratione personae*“, en O. Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München, Beck et al., 2a. ed. 2008, pp. 735-741.

- 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: *Revista IIDH*, 1999, vol. 29, pp. 25-69.
- Parenti, Pablo F./ Leonardo G. Filippini/ Hernán L. 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.
- Politi, Mauro, “Elements of Crime”, en A. Cassese/ P. Gaeta/ J.R.W.D. Jones (coord.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*. Vol. I, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 443-473.
- Robinson, Darryl, “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, en *American Journal of International Law*, Nro. 93, 1999, pp. 43-57.
- Roht-Arriaza, Naomi, *The Pinochet Effect. Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 1ª ed. en castellano 1997.
- Rückert, Wiebke/ Georg Witschel, „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, pp. 59-93.
- Sancinetti, Marcelo/ Marcello Ferrante, “Argentinien”, en Albin Eser/Jörg Arnold (coord.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Tomo 3, Freiburg, iuscrim, 2002.
- Schüler, Andreas, „Das Rückwirkungsverbot im Völkerstrafrecht“, en H.-H. Kühne/ R. Esser/ M. Gerding (coord.) *Völkerstrafrecht. 12 Beiträge zum internationalen Strafrecht und Völkerstrafrecht*, Osnabrück, Jonscher, pp. 197-216.
- Scovazzi, Tullio/ Gabriella Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Martinus Nijhoffs Publishers, 2007.
- Taylor, 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* Nr. 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*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2. ed. 2007.
- , *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- , „Konturen eines deutschen Völkerstrafrechtes. Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuchs“, en *Juristen Zeitung* Nro. 18, 2001, pp. 885-895.
- Werle, Gerhard/ Wulff Burchards, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, Tomo 6/2, München, C. H. Beck, 2009.
- Witschel, Georg/ Wiebke Rückert, “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.