

XIV<sup>4</sup> / VÖL / Cri, 1570

# Desaparición forzada de personas

*Análisis comparado e internacional*

Kai Ambos (Coordinador)  
Alemania

Ezequiel Malarino  
Argentina

Pablo Rodrigo Alflen da Silva  
Brasil

José Luis Guzmán Dalbora  
Chile

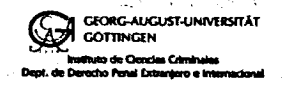
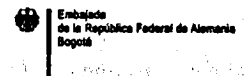
Claudia López Dfáz  
Colombia

Iván Meini  
Perú

Pablo Galain Palermo  
Uruguay

Juan Luis Modolell González  
Sistema interamericano de DDHH

Kai Ambos / María Laura Böhm  
Análisis comparativo-internacional



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

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

Coordinación de contenido: Kai Ambos  
Coordinación editorial: Juliana Correa

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

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

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

Andreas Forer  
Coordinador ProFis

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

#### Autores

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

Impresión  
Nomos Impresores.  
Bogotá, D. C.

Las opiniones expresadas representan la opinión de sus respectivos autores.

## PRESENTACIÓN

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

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

KAI AMBOS,  
Göttingen, Alemania, julio de 2009

## CAPÍTULO II

# LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO

### Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa

KAI AMBOS / MARÍA LAURA BÖHM

#### Prof. Dr. KAI AMBOS

Nacido el 29 de marzo de 1965 en Heidelberg, Alemania. Realizó estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Albert Ludwig de Freiburg (Alemania), en Oxford (Gran Bretaña) y en München (Alemania). Primer examen estatal (1. Staatsexamen) 1990 en München, segundo examen estatal de juez (2. Staatsexamen) 1994 en Baden Württemberg/Tribunal provincial de Freiburg. Obtuvo su doctorado el 9 de diciembre de 1992 en la Universidad de München (Prof. Dr. Schüler Springorum), donde también tramitó su trabajo post-doctoral (Habilitation, con los Profs. Dr. Volk y Simma; involucrados también los Profs. Drs. Roxin, Schöch y Schönemann) que terminó en julio de 2001. Obtuvo la venia legendi para las materias Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Derecho Internacional y Derecho Comparado. Entre 1991 y 2003 se desempeñó, inter alia, como responsable de las áreas Derecho Penal Internacional (incluyendo Derechos Humanos) e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, en Freiburg, y como prof. asistente en la cátedra del Prof. Dr. Albin Eser. El 7 de mayo de 2003 fue nombrado catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg August de Göttingen. Es Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. El 24 de marzo de 2006 fue nombrado Juez del Tribunal Estadual de Göttingen. El 30 de abril de 2008 fue elegido Decano para Estudios (Studiendekan) de la Facultad de Derecho.

#### MARÍA LAURA BÖHM

Nacida en Buenos Aires en 1975, es abogada por la Universidad de Buenos Aires (1999) y Magister en Criminología por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Bs. As., 2003). Trabajó en diversos cargos en la Defensa Pública Oficial ante Tribunales Orales Criminales (Bs. As., 1995-2003). Entre 2004 y 2008 fue becaria de la Fundación Konrad-Adenauer. Obtuvo el título de *Diplom-Kriminologin* del Instituto de Investigación Social en Criminología (Universidad de Hamburgo, 2006), para el cual realiza actualmente su investigación doctoral. Desde octubre de 2008 se desempeña como asistente de investigación en la cátedra del Prof. Kai Ambos en la Universidad Georg August de Göttingen. Entre sus publicaciones cuentan contribuciones a revistas especializadas y trabajos colectivos de Argentina, Alemania y España; así como la coordinación de la obra colectiva *Políticas de Seguridad* (junto a Mariano H. Gutiérrez). Principales intereses de investigación: Derecho penal y modelos de seguridad, Sociología jurídico-penal de la postmodernidad, Derecho penal internacional.

## OBSERVACIÓN PRELIMINAR

El siguiente estudio se basa en los informes individuales de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú y Uruguay publicados en este libro. Los países mencionados fueron seleccionados por la importancia práctica y normativa (derecho aplicable y jurisprudencia) que ha tenido y tiene en ellos el crimen de la desaparición forzada de personas. A diferencia de la situación colombiana, en los otros casos la práctica de la desaparición forzada ha tenido lugar sistemáticamente durante las dictaduras militares de las décadas del setenta y del ochenta del último siglo, es decir, antes que existiese una codificación internacional de esta práctica (la primera fue la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, CIDFP, de 1994). Esta sola circunstancia plantea problemas en común a todos estos ordenamientos y a la jurisprudencia que se sienta respecto de estos hechos<sup>1</sup>.

En este capítulo se desarrollará en primer término un análisis comparativo de los informes nacionales reunidos en este volumen (1). Se presentarán así someramente los hechos (A) y el derecho aplicable (B) en los distintos casos nacionales, y la figura del secuestro como delito ordinario alternativo que fue considerado o aplicado por la jurisprudencia de los distintos países en casos de desaparición forzada de personas (C). Nos adentramos a continuación en las distintas interpretaciones que los comentaristas realizan de la figura penal de desaparición forzada de personas en sus diversas formulaciones, tanto en su ámbito material (D) como procesal (E). En el último punto de esta primera parte se bosquejarán los problemas de la tipicidad más destacables (F). A continuación (2) se realizará una exposi-

<sup>1</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 KAI AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005 (versión original en alemán: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004), pág. 33; *id.*, "Impunidad, CPI y Colombia", en Fundación País Libre-Fundación Konrad Adenauer (Eds.), *CPI, Instrumento de paz para Colombia*, Bogotá, 2004, págs. 205 y ss.; *id.*, "Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional", en RBCC (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), núm. 49, julho-agosto de 2004, págs. 48 y ss.; *id.*, *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999; *id.*, "Impunidad", *Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen, und Grenzen der Weltweiten Straflastigkeit von Menschenrechtsverletzungen*, en *Kritische Vierteljahresschrift*, 1996, págs. 355 y ss.; CRISTOPH GRAMMER, *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pág. 1.

ción de las fuentes A) y la jurisprudencia sobre desaparición forzada de personas en el ámbito del derecho penal internacional en la problemática penal material (B) y procesal (C). Para finalizar, se plantearán pautas para la formulación e interpretación de la figura y se propondrá un tipo modelo de la desaparición forzada de personas como conducta individual del crimen de lesa humanidad que incluya las formulaciones y problemas relevados en los distintos ordenamientos nacionales e internacionales (3).

## 1. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

### A) Hechos

La desaparición forzada de personas, antes de ser analizada como una figura penal, debe entenderse como una estrategia de lucha y supresión de la oposición política<sup>2</sup>. Con la denominación *desaparición forzada* se hizo referencia originariamente a la práctica que empezó en 1962 en Guatemala<sup>3</sup> y se extendió al resto de Latinoamérica fundamentalmente durante las décadas de 1970, 1980 y principios de la década de 1990<sup>4</sup> como parte de los planes estatales de “guerra contra la subversión”<sup>5</sup>. Estos programas fueron llevados a cabo casi exclusivamente por dictaduras y gobiernos militares *de facto*<sup>6</sup> (el Plan Cóndor es un dato clave en este contexto)<sup>7</sup>. Si bien la técnica de “desaparecer” personas fue ampliamente utilizada por la anti-

<sup>2</sup> Sobre el desarrollo histórico fáctico y normativo de la desaparición forzada de personas, *vid.* por todos GRAMMER, *Der Tatbestand*, *op. cit.*, págs. 3, 7 y ss.

<sup>3</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, *Der Tatbestand*, *op. cit.*, pág. 8; TULLIO SCOVAZZI y GABRIELLA CITRONI, *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Martinus Nijhoffs Publishers, 2007, págs. 10 y ss., 18 y ss., 87 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. SONIA PARAYRE, “La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en IIDH, vol. 29, 1999, pág. 26; véase GIOVANNA FERNÁNDEZ VÉLEZ, *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pág. 40.

<sup>5</sup> Cfr. GRAMMER, *Der Tatbestand*, *op. cit.*, págs. 7 y ss. [“Unterdruckungsmethode (“método de sometimiento”)], pág. 8].

<sup>6</sup> En general sobre la historia del contexto y los hechos de desapariciones forzadas de personas en Latinoamérica, véase Amnistía Internacional, *Desapariciones*, *passim*, GRAMMER, *Der Tatbestand*, *op. cit.*, págs. 9 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. sobre el plan Cóndor, PATRICE MCSHERRY, *Predatory States. Der Operation Condor and Covert War in Latin America*, Boulder, CO: Rowman & Littlefield, 2005; Cecilia Menjivar y Néstor Rodríguez (Eds.), *When States Kill. Latin America, the U. S., and Technologies of Terror*, Austin, TX, University of Texas Press, 2005; SILVIA BORZUTZKY, “The politics of impunity: The Cold War, State Terror, Trauma, Trials and Reparations in Argentina and Chile” en *Latin American Research Review*, vol. 42, núm. 3, october 2007; NAOMI ROHT-ARRIAZA, *The Pinochet Effect. Transnational justice in the age of human rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005, págs. 150 y ss. El caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, CorIDH, sent. de 22 septiembre 2006, serie C, núm. 153, fue el primer caso en que la Corte juzgó hechos cometidos en el contexto de la Operación Cóndor. Véase sobre este caso SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, *op. cit.*, págs. 180 y ss.

gua Unión Soviética en la década del treinta del siglo pasado<sup>8</sup>, fue conocida a partir de prácticas de desaparición en el Tercer Reich alemán<sup>9</sup>, y aun continúa vigente en numerosos países<sup>10</sup>, puede afirmarse sin duda que la extensión temporal y

<sup>8</sup> KAI CORNELIUS, *Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, págs. 116 y ss., realiza un detallado estudio de las prácticas soviéticas de detención sin información sobre ella, y critica (pág. 401) que se identifique en general la desaparición forzada de personas con Latinoamérica y que se quiera ver el primer antecedente en el decreto emitido por Hitler en 1941 (véase al detalle *infra* nota 9), ya que la antigua Unión Soviética habría hecho uso habitual de esta práctica de detenciones que llevaban al Gulag (acrónimo ruso de “*Glávnoye Upravlieniye Ispravitel'no-trudovij Lagueré*” [Dirección General de Campos de Trabajo], que existía desde mucho antes que Hitler hubiera llegado al poder. Como consecuencia de las prácticas de detención soviéticas, entre 1930 y 1953 fueron detenidas en cárceles y campos de trabajo y rehabilitación 11,8 millones de personas, de las cuales entre 1,6 y 1,7 millones murieron durante el encierro (*ibid.*, pág. 403). Más del noventa por ciento de las ejecuciones llevadas a cabo por la extinta Unión Soviética entre 1937 y 1938 (632.000 de 683.000) tuvieron lugar sin haber habido proceso ante jueces, sin testigos y sin defensores (*ibid.*, pág. 403). CORNELIUS reconoce sin embargo que no ha habido respecto de las prácticas soviéticas un juicio, como sí en Alemania, que las hubiera hecho visibles (*ibid.*, pág. 401). Cfr. también críticos sobre el “olvido” respecto de las prácticas soviéticas MICHAEL KLONOVSKY y JAN VON FLOCKEN, *Stalins Lager in Deutschland 1945-1950. Dokumentation, Zeugenberichte*, München, dtv, 1993, pág. 14.

<sup>9</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 siete mil sospechosos de resistencia desde Francia, Bélgica, Holanda y Noruega y su traslado secreto a Alemania, a fin de evitar que en caso de ser sometidos a juicio y condenados a muerte fuesen convertidos en mártires por sus nacionales. De acuerdo con el decreto, estas personas podían ser detenidas por simples sospechas y ser “desvanecidas”, de modo que no pudiera obtenerse información sobre su paradero y situación. El fin de la medida era sembrar el terror mediante una “intimidación efectiva” de la población y de los familiares, ya que era de esperar que el miedo paralizase toda acción opositora. Cfr. sobre este decreto CORNELIUS, *Vom spurlosen Verschwindenlassen*, *op. cit.*, págs. 85 y ss.; Amnistía Internacional, *Desapariciones*, Barcelona, Edit. Fundamentos, 1983, pág. 8; MESEKE, *Der tatbestand*, *op. cit.*, pág. 229 y s.; SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Martinus Nijhoffs Publishers, 2007, págs. 10 y ss., 18 y ss., 87 y ss.; DARRYL ROBINSON, “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, pág. 56. En el mismo sentido CHRISTOPHER HALL, “Article 7<sup>o</sup>” (parcial), en Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 2008, nota marginal 73, remite a este decreto como primer documento en que se dispuso la desaparición forzada de personas, y señala que habría sido fruto de la admiración que profesaba Hitler al terror generado por Stalin y al sistema de arrestos secretos utilizado por este. El primer juzgado y condenado por el delito de desaparición forzada de personas —en cumplimiento del decreto *Nacht und Nebel*— fue el mariscal de campo Wilhelm Keitel, en los Juicios de Nürenberg, juicio por el cual se hicieron visibles y conocidas estas prácticas del Tercer Reich. Cfr. sobre este primer caso MANFRED NOWAK, *Questions of Disappearances*, UN.Doc.E-CN.4-2002-71, págs. 7 y 27; CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, *op. cit.*, pág. 401; GERHARD WERLE y WULFF BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 6-2, München, C. H. Beck, 2009, núm. 85, nota al pie 277. Véase también la sentencia del Tribunal Militar Internacional del 1<sup>o</sup> de octubre de 1946, en *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher*, t. I, 1947 (págs. 189 y ss. para la sentencia contra Keitel y págs. 324-328, donde se especifica el veredicto).

<sup>10</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

territorial de esta práctica en Latinoamérica hace de la desaparición forzada de personas un fenómeno con características regionales y temporales indudablemente ligadas a las dictaduras militares latinoamericanas del último tercio del siglo pasado<sup>11</sup>. Si bien en este trabajo nos concentramos en Argentina<sup>12</sup>, Brasil<sup>13</sup>, Chile<sup>14</sup>, Colombia<sup>15</sup>,

detentions in Council of Europe member states”, Information Memorandum II, Rapporteur: Mr. Dick Marty, AS-Jur (2006) 03 rev, 22 Jan. 2006; Reporte de Christos Pourfourides, Enforced Disappearances (Council of Europe Disappearances Report), Council of Europe, parl. Ass., Doc. 10679, 19 Sep. 2005, paras. 14.19 [donde se trata de desapariciones en Azerbaiyán, Belarús, Turquía, Rusia (República Checa) y Ucrania]; Amnesty International, *Urgent Action (Sri Lanka)* “Disappearance” —fear of torture or ill-treatment— health concern: Professor Sivasubramaniam Raveendranath (m), AI Index: ASA 37-035-2006, 20 Dec. 2006. Véase también SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 62 y ss., sobre la extensión de estas prácticas en Europa, Asia y África.

<sup>11</sup> Así también WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., págs. 868 (para esta y próximas referencias consúltese la obra en español de este autor: *id.*, *Tratado*). Con referencia sobre “prácticas aisladas”, en que no se trata de un actuar sistemático en el marco de doctrinas de seguridad nacional, sino como medidas de seguridad interior. Véase GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., págs. 16 y 18. Véase también como casos más actuales y de distinto tenor del contexto latinoamericano, el de las desapariciones forzadas realizada en el marco de la *war on terror*, en SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., cap. I. 6.

<sup>12</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, *Der tatbestand*, cit., pág. 10, con más literatura en nota 36. Sobre la desaparición forzada de personas en Argentina véase también MARCELO SANCINETTI y MARCELLO FERRANTE, “Argentinien”, en Albin Eser y Jörg Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, t. 3, Freiburg, Iuscrim, 2002; SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 15 y ss., 75 y ss. Sobre el Juicio a las Juntas (militares), véase GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., págs. 68 y ss. con más literatura en nota al pie 123.

<sup>13</sup> En Brasil se registran 144 desaparecidos políticos durante la dictadura que rigió entre 1964 y 1985, de acuerdo con los datos relevados en *Dossiê Ditadura Mortos e Desaparecidos Políticos no Brasil (1964-1985)*; cfr. también el informe *Brasil: nunca mais*, Petrópolis, Arquidiocese de São Paulo, 1985.

<sup>14</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, t. II, 1991, pág. 883; en el *Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política*, Santiago de Chile, 1996, pág. 565, de la Corporación Nacional de Reconciliación y Reparación (informe que complementó los datos del Informe de la Comisión de 1991). Una detallada investigación sobre el caso chileno y en particular sobre la figura de Augusto Pinochet, véase en ROHR-ARRIAZA, *The Pinochet Effect*, cit. Cfr. también, GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., pág. 10, más bibliografía en nota 29. Para un informe detallado acerca de las reacciones jurídica y política que tuvieron lugar en Chile tras el paso del sistema dictatorial al sistema democrático, véase SALVADOR MILLALEO HERNÁNDEZ, “Landesbericht Chile”, en A. Eser, U. Sieber y J. Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Parte 11 (Chile-Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008, págs. 23-447.

<sup>15</sup> En general sobre la desaparición de personas en Colombia, véase AA.VV., *Memorias del Seminario internacional sobre desaparición forzada, Derecho penal y Procesos restaurativos: Dilema y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano*, Bogotá, Fundación Social, 2006, en especial págs. 53 y ss., 115 y ss. Cfr. GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 13 con más indicaciones bibliográficas en nota 63.

Perú<sup>16</sup> y Uruguay<sup>17</sup>, debe tenerse presente que también Bolivia, El Salvador, Haití, Honduras y México conocieron holgadamente esta práctica<sup>18</sup>. Algunos hechos particulares y su tratamiento al momento de la imputación, juzgamiento o extradición de los presuntos responsables se detallan a continuación de acuerdo con los aspectos dogmáticos que en cada caso cabe subrayar.

### B) Derecho aplicable

Cada uno de los países comparados dispone de una normativa diferente respecto de la desaparición forzada de personas (en adelante “desaparición forzada”). Por ello es necesario realizar una breve reseña de la situación jurídica en cada uno de estos ordenamientos internos a fin de tener una acabada idea de la diversidad de tipos y dificultades que se presentan al momento de intentar hacer la unificación interpretativa dogmática de esta figura penal.

En Argentina la desaparición forzada como conducta individual del crimen de lesa humanidad fue incorporada al ordenamiento nacional en enero de 2007 mediante la ley 26200, que dispone la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) y remite en el artículo 2° al artículo 7°, apartado 1° i) y apartado 2°, i) de dicho estatuto. El tipo penal es así el mismo establecido en el ECPI, mientras que como pena se establece en el artículo 9° de la ley 26200 entre 3 y 25 años. La CIDFP<sup>19</sup> y la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF)<sup>20</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.

<sup>16</sup> En Perú le son atribuidos al Estado 4414 casos de desapariciones forzadas entre los años 1980 y 2000, tal como se encuentran registrados y documentados en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, t. VI, CVR, pág. 74. En general para el estudio del caso peruano, véase GIOVANNA VÉLEZ FERNÁNDEZ, *La desaparición forzada*, op. cit. Cfr. así mismo, GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 11 con más indicaciones bibliográficas en nota 40.

<sup>17</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 15848” (t. I). En general sobre el proceso de transición política y jurídica tras la última dictadura, véase GONZALO FERNÁNDEZ, “Landesbericht Uruguay”, op. cit., en A. Eser, U. Sieber y J. Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Parte 11 (Chile-Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008.

<sup>18</sup> Cfr. el cuadro elaborado por el grupo de trabajo de la ONU sobre personas desaparecidas en el lapso 1980 y 2000, en el cual los países latinoamericanos ocupan —con excepción de Irak y Sri Lanka— los primeros puestos en cuanto a cantidad de personas desaparecidas.

<sup>19</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 REED BRODY y FELIPE GONZALEZ, “Nunca Más: An Analysis of International Instruments on «Disappearances»”, en *Human Rights Quarterly*, 19, 1999, págs. 265-405.

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



Brasil y Chile, por su parte, no tienen tipificada la figura de desaparición forzada de personas en sus ordenamientos internos ni han ratificado la CIDFP, por lo que tampoco les es exigible tal tipificación.

En Colombia se establece en el artículo 12 de la Constitución Política de 1991 la prohibición de desaparición forzada de personas<sup>21</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 artículo 268A y fue luego reproducido en el vigente Código Penal del año 2000 (ley 599 del 24 de julio de 2000) como artículo 165, que dispone lo siguiente:

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

"A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquel, y realice la conducta descrita en el inciso anterior"<sup>22 y 23</sup>.

Respecto del ordenamiento interno colombiano, cabe subrayar que la Constitución Política fue reformada (mediante aceptación expresa de la Corte Constitucional) a fin de aceptar pautas establecidas por el ECPI que sin dicha reforma resultaban inconstitucionales y que fueron aceptadas exclusivamente a los efectos de aplicar el ECPI en Colombia<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> "Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes".

<sup>22</sup> Modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 (D. O. 45602 del 7 de julio de 2004): Art. 14.—"Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley [...]". Las causales de agravación y atenuación están previstas en los artículos 166 y 167, respectivamente.

<sup>23</sup> Sent. C-317 de 2 de mayo de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. La frase en bastardilla fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional colombiana, ya que restringía al extremo el ámbito de protección establecido ampliamente en el artículo 12 de la Constitución Política, dado que particulares que no pertenecen a ningún grupo, o a ningún grupo armado, o a ningún grupo armado al margen de la ley no podrían ser considerados autores, aunque realizasen la conducta descrita.

<sup>24</sup> Véase al respecto el texto de LÓPEZ DÍAZ en este volumen.

En Perú se tipificó la desaparición forzada de personas en 1991 en el artículo 323 del Código Penal, dentro del capítulo II "Delitos de terrorismo", del título "Delitos contra la tranquilidad pública". Los delitos de terrorismo fueron, sin embargo, derogados del Código Penal por decreto-ley 25475 del 5 de mayo de 1992 e insertados en una ley especial que no incluía la desaparición forzada de personas. Esta última figura fue vuelta a incorporar al Código Penal por decreto ley 25592 del 26 de junio de 1992, como artículo 320 y bajo el título de los "Delitos contra la humanidad". El texto es básicamente el mismo de 1991, con el agregado de que la desaparición debe ser "debidamente comprobada" (lo cual no resulta acorde con los estándares internacionales)<sup>25</sup>. El mencionado artículo 320 estipula:

"El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 36, incisos 1 y 2"<sup>26</sup>.

En Uruguay la figura de desaparición forzada se tipificó como crimen de lesa humanidad en el artículo 21 de la ley 18026 del 25 de septiembre de 2006<sup>27</sup>, donde se establece como delito de tipo permanente (mientras se desconozca el destino de la persona desaparecida) e imprescriptible<sup>28</sup>. El artículo 21 de dicha ley dispone:

"21.1.: El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte, será castigado con dos a veinticinco años de penitenciaría. 21.2.: El delito de desaparición forzada será considerado como [sic] delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. 21.3.: El juez podrá considerar como [sic] atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias: a) que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo menor a diez días; b) que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido".

<sup>25</sup> Véase sobre este aspecto *infra* nota 197 y texto principal.

<sup>26</sup> Por aplicación del artículo 29 del Código Penal peruano, que establece un máximo de 35 años para las penas privativas de la libertad temporal, este máximo debe ser entendido para la desaparición forzada de personas precisamente.

<sup>27</sup> Ley 18026 de Cooperación con la Corte Penal Internacional en materia de lucha contra el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad, sancionada el 25 de septiembre de 2006 (publicada D. O. 4 oct-006 – núm. 27091).

<sup>28</sup> En la misma ley se establece en el artículo 7º que "los crímenes y penas tipificados en los títulos I a III de la parte II de la presente ley son imprescriptibles", por lo que la desaparición forzada de personas queda abarcada por esta disposición.

Ya con anterioridad a esta ley Uruguay había aprobado la CIDFP (1995) y el ECPI (2002). Precisamente en cumplimiento del compromiso asumido internacionalmente fue sancionada la ley que tipificó la figura de la desaparición forzada de personas.

C) *¿Secuestro como delito ordinario alternativo?*

Antes de adentrarnos en el análisis material de la figura de la desaparición forzada, conviene acentuar que en varios de los casos de jurisprudencia analizados en los informes nacionales no se ha recurrido a esta figura al momento de realizar las imputaciones correspondientes o al momento de juzgar sobre ellas. La lógica explicación reside en que, como acaba de exponerse, la desaparición forzada no era una figura penal tipificada en ninguno de los ordenamientos nacionales al momento de comenzar la ejecución de los hechos en cuestión. En los casos analizados respecto de Brasil (pedido de extradición por desaparición forzada de personas, extradición 974-5 y extradición 1079) y Chile (caso Liquiñe) se recurre expresamente al análisis de los hechos a partir de la figura del secuestro o privación ilegítima de la libertad vigente al momento de los hechos. Mientras que en el primer caso destacan las diferencias propias de ambas figuras y se rechazan por tanto los pedidos de extradición por la falta de correspondencia de los ordenamientos<sup>29</sup>, se condena en el segundo por secuestro agravado<sup>30</sup>. También en Perú se evaluó la correspondencia entre el secuestro y la desaparición forzada de personas y se realizó la distinción entre ambas figuras, fundamentalmente a partir del bien jurídico protegido, que es múltiple, en el caso de la desaparición forzada de personas pero no en el secuestro<sup>31</sup>. Al profundizar estas diferencias se cita en la sentencia un fallo de la Corte colombiana<sup>32</sup>, en el cual destaca además que la desaparición forzada —a diferencia del secuestro— requiere dos actos, a saber: la privación de la libertad (que puede ser legal *ab initio*, a diferencia del secuestro)

<sup>29</sup> Véase el texto de ALFLEN DA SILVA en este volumen. En lo fundamental se sostiene que mientras que el secuestro puede ser cometido por cualquier persona, la desaparición forzada de personas es un delito especial y que el tipo subjetivo del secuestro no requiere una intención especial que, como se verá más adelante, sí es requisito fundamental de la desaparición forzada de personas. Sobre el requisito de la doble criminalidad en el derecho de extradición, véase KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, op. cit., § 10 nota marginal 75 con más referencias.

<sup>30</sup> Véase el capítulo de GUZMÁN DALBORA en este volumen. Importante es que no obstante las numerosas pruebas secundarias e indicios de las ejecuciones de los detenidos, no se pudo condenar por homicidio ya que la jurisprudencia chilena exige para esta condena que el cadáver o los restos sean reconocidos y el fallecido, identificado, y en este caso los cuerpos habían sido arrojados al río y arrastrados por la corriente.

<sup>31</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". (Sent., Consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos, pág. 29). Véase el texto de MEINI en este volumen.

<sup>32</sup> Corte Const. de Colombia, sent. C-317 de 2002 (M. P. Clara Inés Vargas).

y la negativa a reconocer dicha privación o de dar noticia al respecto (elemento que no está presente en modo alguno en el secuestro, ya que la obligación de informar sobre el secuestro implicaría una flagrante violación al derecho de no incriminarse —*nemo tenetur se ipsum accusare*—, establecido en todas las legislaciones aquí revisadas).

D) *Derecho material de la desaparición forzada de personas*

a) *Bien jurídico*. Respecto del bien jurídico protegido, las opiniones pueden ser divididas en dos grupos.

ALFLEN DA SILVA y LÓPEZ DÍAZ entienden que se trata de la protección de *múltiples derechos esenciales* (idea que claramente sigue la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CorIDH, como se verá luego). Entre los bienes mencionados se encuentran conjunta o alternativamente mencionados la vida, la integridad física, la libertad, el derecho a no ser sometido a tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, etc. LÓPEZ DÍAZ subraya que si bien se ven afectados múltiples bienes jurídicos, el bien jurídico principalmente afectado es el de la libertad, por lo que para definir la ley aplicable a los hechos investigados es fundamental que la ley que se aplique haya estado vigente al momento de empezar la ejecución, que es precisamente el momento en que se priva de la libertad<sup>33</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 de personas (la libertad, la vida, la integridad física, etc.). Estos autores ponen de resalto, sin embargo, que no son esa multiplicidad de bienes (que se encontrarían en un primer nivel) los que están siendo protegidos por esta figura penal y que la caracterizan y hacen necesaria. Se supone, como subraya MEINI, que una nueva figura penal debe cubrir un vacío y no ser sancionada como mera agravante de figuras ya existentes (como podría ser en este caso su relación con la figura del secuestro o de la privación ilegítima de la libertad, que tienen por bien jurídico protegido la libertad individual). Este comentarista evalúa con todo detalle y descarta los distintos bienes jurídicos que no son protección específica de la figura de la desaparición forzada de personas. Así, explica, no se trata de la vida, ya que el delito puede consumarse aunque la víctima no muera, y, por otro lado, desde el momento en que la persona desaparecida muere —si es que se diese este caso— el delito de desaparición forzada de personas cesa. El concepto jurídico de desaparecido no es, según MEINI, sinónimo de "desconocimiento del destino del sujeto", sino de "desconocimiento de su ubicación en tanto sujeto a quien se protege jurídicamente su personalidad". Es decir, la desapari-

<sup>33</sup> Cfr. LÓPEZ DÍAZ en este mismo volumen.



ción forzada de personas —como también sostiene LÓPEZ DÍAZ— solo se ejecuta en tanto haya una víctima viva. La vida no puede ser entonces el bien jurídico protegido. Tampoco lo es la integridad física o psíquica de la persona desaparecida, ya que si bien estos bienes se ven generalmente afectados por el delito de desaparición forzada de personas —y en tal caso deberían ser aplicadas las reglas del concurso ideal de delitos—, este crimen también puede ejecutarse sin que tales lesiones a la integridad física o psíquica se concreten. Tampoco se protege en forma específica la libertad individual, ya que (como se vio por ejemplo en el art. 230 del C. P. peruano) la desaparición forzada no requiere que la privación de la libertad sea ilegal *ab initio*, pudiendo tratarse de una detención por delito cometido en flagrancia o con base en orden fundada del juez.

En la desaparición forzada, dice GALAIN PALERMO —que no niega como MEINI la pluriofensividad del delito—, se trata más bien de las *capacidades, seguridades o circunstancias que son necesarias para el libre ejercicio de la vida social*, que asegura a su vez el libre ejercicio de los derechos humanos y la protección de estos<sup>34</sup>. En este nivel, por tanto, característico de la protección que se pretende mediante la figura de la desaparición forzada de personas, el bien jurídico se muestra en una doble expresión. En lo *personal* se ve afectado el ejercicio de los derechos para la salvaguardia de los derechos del primer nivel antes mencionado, y en lo *colectivo*, se ve afectado el interés social en el normal funcionamiento de la administración de justicia. Si bien MEINI no diferencia estos dos niveles, sus reflexiones complementan las ideas expuestas, ya que sostiene que con la figura de la desaparición forzada de personas opera una *sustracción jurídica de la víctima de la protección que merece como persona*, la infracción del deber supone en sí misma la posibilidad de que ello suceda. Si se parte entonces de que el delito de desaparición forzada se ejecuta mediante la infracción de un deber que supone la sustracción jurídica del sujeto, el bien jurídico protegido sería entonces la *personalidad jurídica*. Esta abarca el derecho a acceder a los mecanismos legales de protección, incluido el debido proceso, pero se centra en la detención del sujeto del sistema jurídico, lo que directamente afecta el bien jurídico de la administración de justicia en el aspecto colectivo.

b) *Elementos generales o de contexto*. Este requisito tiene directa vinculación con el carácter de *crimen de lesa humanidad* de la desaparición forzada. El concepto *lesa humanidad*, como es definido en el artículo 7° ECPI, se refiere a hechos cometidos en el marco de un ataque generalizado o sistemático, que se realiza con la participación o tolerancia —*de iure* o *de facto*— del poder público, y que tiene por destinataria a una población civil. Los tres elementos que conforman el contexto que hace de un delito un crimen de lesa humanidad son, por tanto: a) la sistematicidad o generalidad del ataque; b) la participación del poder público, y c) la

<sup>34</sup> En este sentido puede leerse también la jurisprudencia uruguaya, que subraya que no se trata solo de la privación de la libertad, sino que el factor de “incertidumbre” es lo que caracteriza al delito y debe ser evitado. *Vid.* al respecto el artículo de GALAIN PALERMO en este volumen.

comisión de los hechos en agravio de una población civil<sup>35</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, etcétera. Sobre este punto volveremos más adelante [*infra* 2. B) b)].

Como pudo advertirse de los ordenamientos nacionales citados, el así llamado “elemento de contexto” de la figura de la desaparición forzada es únicamente requerida por aquellos ordenamientos que han incorporado sin modificaciones el texto del ECPI, como es el caso de Argentina. En los tipos penales legislados en Colombia, Perú y Uruguay no se hace en cambio mención alguna a los elementos de contexto. Al no exigirse que los hechos sean cometidos en un contexto especial para poder ser considerados desaparición forzada, la aplicación de la figura se amplía considerablemente, pierde un elemento de gravedad sustancial y plantea por tanto dificultades si se pretendiese sostener el carácter de crimen de lesa humanidad. Así lo entiende por ejemplo GALAIN PALERMO, cuando en crítica al ordenamiento uruguayo considera que este crimen solo puede ser cometido en forma generalizada o sistemática, como exige el ECPI, pero subraya que no es necesario que este elemento de contexto se manifieste explícitamente en una norma escrita<sup>36</sup>. También LÓPEZ DÍAZ considera que el delito de desaparición forzada de personas es de lesa humanidad que solo puede ser imputado en caso de que los hechos hayan sido cometidos en forma generalizada o sistemática, lo cual a su criterio no fue el caso de los hechos de la “Toma del Palacio” por ella analizados<sup>37</sup>, ya que se habría tratado de hechos particulares que solo pudieron afectar a quienes se encontraban en ese momento en ese edificio<sup>38</sup>. En caso de que la actual figura penal colombiana hubiese estado vigente al momento de (comienzo de) los hechos, debería colegirse por tanto que los hechos en cuestión sí encuadraban en la conducta descrita por el tipo penal del artículo 165 del Código Penal, pero que tal adecuación no implicaba que se estuviera ante un delito de lesa humanidad. El ordenamiento colombiano vigente, por tanto, no se correspondría con las exigencias del ECPI (que exige precisamente que el crimen en cuestión sea im-

<sup>35</sup> *Vid.* sobre el elemento de contexto con más detalle AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7, notas marginales 182 y ss.; *id.*, *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006, págs. 168 y ss. Véase también el capítulo de MEINI en este volumen.

<sup>36</sup> *Vid.* el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen.

<sup>37</sup> *Vid.* la referencia al caso en su capítulo en este volumen.

<sup>38</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. *Vid.* JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Crímenes de lesa humanidad*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1998, pág. 261.

prescriptible, sea sometido a jurisdicción internacional, etc.). Esta falta de correspondencia resulta por demás llamativa, si se tiene presente que la ley 589 del 6 de julio de 2000, que sancionó por primera vez la figura penal de la desaparición forzada de personas, precisamente tuvo por objetivo cumplir con el mandamiento del ECPI al tipificar en el ordenamiento interno los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra.

c) *¿Delito especial?* En los ordenamientos nacionales la desaparición forzada de personas es sancionada mayoritariamente (en concordancia con la figura en el ámbito internacional) como delito especial, es decir, un delito que solo puede ser cometido por quienes revisten una calidad especial. Así se sanciona en Perú en el artículo 320 del Código Penal ("El funcionario o servidor público") y en Uruguay en el artículo 21.1. del Código Penal ("siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado"). La calidad especial del tipo penal de la desaparición forzada de personas refleja claramente la naturaleza de las prácticas que dieron origen a tal tipificación. Precisamente en el contexto de dictaduras latinoamericanas las desapariciones forzadas se dieron fundamentalmente en manos de agentes estatales. Así también lo ponen de manifiesto los casos comentados, en que se trata en su totalidad de hechos cometidos por uniformados. Los comentaristas explican que el carácter especial de este delito está estrechamente relacionado con la estructura típica misma. Dado que se trataría de un delito de infracción del deber<sup>39</sup>, solo puede ser cometido por quien tiene un deber extrapenal respecto al sujeto privado de la libertad<sup>40</sup>. Al respecto subraya incluso MEINI que la mera condición de agente estatal o de servidor público no es suficiente para poder ser autor de este delito, sino que también debe comprobarse que el sujeto en cuestión sea competente para informar sobre el paradero o situación jurídica del sujeto. Es decir, no cualquier funcionario público puede ser autor del delito, aunque —según la jurisprudencia peruana, partidaria de la teoría de la unidad del título de imputación y por tanto de la responsabilidad del *extraneus* en delitos especiales— sí cualquiera puede ser cómplice. Así, según MEINI, aunque quien intervenga en la detención sea un funcionario público, si no tiene la obligación de informar sobre el paradero o situación del sujeto, no podrá responder como autor del delito: sería más bien cómplice de la desaparición forzada y en todo caso autor de secuestro agravado por actuar como funcionario público (C. P. peruano, art. 152.3).

El ordenamiento de Colombia, por su parte, se aparta de la idea del delito especial ya que extiende la posibilidad de autoría a cualquier persona, es decir, también a los particulares sin vinculación alguna con el Estado o con agrupación política alguna. El tipo penal preveía como autores exclusivamente a "grupos armados al margen de la ley" (C. P., art. 165), lo cual, tras una revisión constitu-

<sup>39</sup> Sobre esto en detalle *infra*.

<sup>40</sup> Véase la posición de MODOLELL GONZÁLEZ en este volumen.

cional, este artículo fue declarado inexecutable<sup>41</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 artículo 12 de la Constitución Política, que prohíbe la desaparición forzada de toda persona, independientemente de quién sea el autor de tal desaparición. LÓPEZ DÍAZ considera esta ampliación a la vez atractiva y problemática, ya que los particulares no tienen el deber constitucional ni legal de dar información o de autoincriminarse, como sí los agentes públicos, y por tanto no pueden ser obligados a ello. Por esta razón entiende LÓPEZ DÍAZ, al igual que MEINI al analizar el tipo colombiano, que si un particular cometiese un hecho tal como está descrito en el artículo 165 del Código Penal, no se trataría de desaparición forzada de personas, sino de secuestro<sup>42</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.

d) *Conducta típica.* En cuanto a la conducta propiamente dicha, la mayoría de los ordenamientos y de los comentaristas coinciden en que se trata de un delito que puede subdividirse en dos fases, a saber: la primera corresponde a la *privación de la libertad*, y la segunda, a la *no información sobre esta situación de privación de la libertad*. Estas dos fases —que coinciden con las previstas en los ordenamientos y jurisprudencia internacionales<sup>43</sup>— se describen e interpretan de distintas maneras.

La pregunta central bien apuntada por GALAIN PALERMO es: ¿En qué momento el privado de libertad desaparece? Compartimos su respuesta: la desaparición se consuma precisamente cuando el autor "hace desaparecer" a la persona privada de libertad al omitir brindar información y sustraer de este modo a la víctima de sus derechos y de la capacidad de defensa (nivel personal de afectación del bien jurídico) e impedir que la administración de justicia pueda ejercer sus funciones y deberes jurisdiccionales y de protección (nivel colectivo de afectación del bien jurídico).

Ahora bien, ¿en qué consisten y en qué forma se conectan ambas fases desde el comienzo de ejecución y la consumación del delito?<sup>44</sup> Los elementos indicados

<sup>41</sup> Cfr. *infra* nota 23 y texto principal.

<sup>42</sup> Véanse las consideraciones de ambos comentaristas en sus respectivos textos en este volumen.

<sup>43</sup> Sobre la interpretación de los elementos del tipo objetivo en el ordenamiento penal internacional véase *infra* 2. B).

<sup>44</sup> A esta pregunta responde GALAIN PALERMO con cuatro posibles interpretaciones, de las cuales acepta y adopta como propia la cuarta, que es la que consideramos en el texto principal. Las otras tres interpretaciones pueden resumirse como sigue: *Primera interpretación:* el tipo penal de desaparición forzada de personas comienza a ejecutarse con la privación de la libertad y se consuma con la primera negación de esta situación. Se trataría así de un delito instantáneo con efectos permanentes. Si se aplicase esta interpretación al caso de desaparición por él comentado, se estaría violando el principio de irretroactividad. En una *segunda interpretación* plantea el comentarista que po-

en las normativas nacionales e interpretadas por la doctrina y sus comentaristas son los siguientes:

a) *Privación de la libertad.* La privación de la libertad exigida por los ordenamientos colombiano ["El particular que someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma (...)", C. P., art. 165]; peruano ["(...) que prive a una persona de su libertad (...)", C. P. art. 320] y uruguayo ["El que de cualquier manera y por cualquier motivo (...) procediere a privar de libertad a una persona (...)", ley 18026, art. 21.1] puede ser interpretada de dos formas: esta privación de la libertad puede entenderse, así lo sostiene LÓPEZ DÍAZ, como primera conducta exigida del tipo, y por tanto como conducta con la que empieza la ejecución del hecho. Una segunda interpretación, sostenida por GALAIN PALERMO y MEINI, es entender a esa privación de la libertad como presupuesto y no como elemento del comportamiento típico. Este estaría en este caso conformado únicamente por la segunda fase del delito, mientras que la privación debe verse más bien como la situación en que dicho comportamiento típico tiene lugar. Ya sea que se sosten-

dría tratarse de un delito de omisión impropia o comisión por omisión, en el que se establece un mandato que obliga a determinados autores a "evitar la desaparición de personas". Se trataría así de un delito (tal como es exigido por el tipo) de ejecución permanente, ya que se trataría de un incumplimiento constante durante el tiempo que no se evitara esa desaparición. En este caso la cuestión central residirá en la prueba de la voluntad del autor especial (véase la literatura en que basa GALAIN PALERMO esta afirmación en su texto en este volumen); esta idea, por otra parte, se ve corroborada por la jurisprudencia chilena analizada por GUZMÁN DALBORA, a cuyo texto remitimos, ya que la permanencia en la ejecución no puede depender de que sean hallados los restos o no, sino del dominio voluntario del hecho de parte del autor. En esta interpretación la privación de la libertad de la víctima sería una condición necesaria del tipo de desaparición forzada de personas, estando el núcleo central del injusto en la omisión posterior de brindar información. Con esta interpretación la omisión del deber de salvaguarda sería permanente, la lesión al bien jurídico (individual y social) sería actual al momento del juzgamiento, y por tanto no habría lesión al principio de legalidad (no habría lesión al principio de legalidad porque se estaría aplicando la ley 18026, publicada el 4 de octubre de 2006, es decir, con anterioridad a la imputación y al juicio). Sin embargo, en esta interpretación, el conocimiento acerca de la situación de "desaparición" (que pone en posición de garante por inferencia) estaría dado por la participación de alguna forma en la privación de la libertad, lo que reduce el número posible de autores (en contra de la norma extensiva corroborada por la posibilidad de la segunda variante) y exigiría además que ese ponerse —por inferencia— en posición de garante hubiese tenido lugar —como todo comienzo de ejecución—, ya en vigencia del tipo penal que la estipulara (consúltese la nota 81 en el texto de GALAIN PALERMO). Esta interpretación tampoco resulta convincente, dado que la misma descripción típica estaría determinando la inferencia, sin ser necesario que se recurriera al "hacer precedente" para configurarla, lo que se ve reafirmado además por la posibilidad de que la privación de la libertad fuera legítima, lo que impediría hablar de una posición de garante fundada en una inferencia ilegítima. Una *tercera interpretación* podría postular que se trataría de un delito de omisión propia o pura, para lo cual la norma debe ser interpretada, al igual que en el caso anterior, como el mandato de "evitar la desaparición de personas", en el que la privación de libertad no formaría parte de la conducta típica, sino su condición necesaria. Esta interpretación iría en contra de la idea de permanencia dada por el tipo penal, ya que sería de consumación instantánea.

ga una u otra interpretación, en ningún caso se exige que dicha privación de la libertad sea ilegítima *ab initio*.

b) *No información sobre la privación de la libertad.* Respecto de esta segunda fase, los ordenamientos nacionales difieren entre sí, previendo distintos requisitos para la acción delictiva.

En el ordenamiento peruano, la descripción de la segunda fase reza: "[...] ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada [...]" (C. P., art. 320). MEINI sostiene que el tipo penal debe ser interpretado en el sentido de un incumplimiento de deber. El delito de desaparición forzada de personas implicaría así —y es así también desarrollado en la jurisprudencia nacional— el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado a fin de garantizar los derechos reconocidos en la CIDFP<sup>45</sup>. Subraya así mismo el comentarista que es determinante el que el deber no se cumpla en la forma y plazos establecidos en cada caso por la ley, por lo que no es necesario que el funcionario sea emplazado para que le pueda ser exigido el informar. Así lo ha entendido también la Corte Constitucional de Colombia —a la que precisamente MEINI hace referencia para fundar su opinión—: "No es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona"<sup>46</sup>. Esta posición es también compartida por LÓPEZ DÍAZ y explicada por ella a partir del artículo 33 de la Constitución colombiana, que prohíbe la obligación de autoincriminarse<sup>47</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" (C. P., art. 165). El *sustraer del amparo de la ley*, sin embargo, no debe ser considerado requisito adicional, sino una expresa mención del núcleo del injusto que, como bien expresaron GALAIN PALERMO y MEINI, se refiere a la posibilidad de acción y ejercicio de derechos y al efectivo funcionamiento de la administración de justicia.

De igual manera, se interpreta el ordenamiento de Uruguay, que dice: "[...] seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte [...]" (ley 18026, art. 21.1). La idea de esta norma es evitar la

<sup>45</sup> Vid. el capítulo de MEINI en este volumen.

<sup>46</sup> Vid. Corte Constitucional, sent. C-317 de 2 mayo 2002.

<sup>47</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 capítulo de LÓPEZ DÍAZ en este volumen.

omisión de un mandato<sup>48</sup>. Y este mandato es distinto de denunciar el delito, ya que se está exigiendo a determinados autores evitar la desaparición forzada de personas privadas de la libertad. En su segunda variante [“o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte (...)”]<sup>49</sup> se prevé el delito únicamente como delito de omisión y se extiende la obligación de brindar información a cualquier agente estatal o particular con su apoyo que no haya participado de la privación de libertad pero conoce sobre el hecho de la privación o sobre el destino del privado de la libertad. GALAIN PALERMO acepta que pueda exigirse a un funcionario público brindar información, ya que tiene un deber específico de colaboración para evitar así cometer el delito de encubrimiento (aunque esta figura ya se encuentra prevista en forma autónoma en el ordenamiento uruguayo), pero no acepta en cambio esta exigencia respecto de un particular, que no puede ser obligado a autoincriminarse. Esta segunda variante, por tanto, no tendría razón de ser. Si consideramos relevante, sin embargo, que si la segunda fase del delito ha sido considerada suficientemente importante como para poder configurar el delito por sí misma, pondría de manifiesto que precisamente esta segunda fase del delito fuera la central para la configuración de la desaparición forzada de personas —idea que también resaltan los 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 papel concreto de funcionario<sup>50</sup> —o asimilable a funcionario—, función que sería anterior a la tipificación de la desaparición forzada de personas. Se reprocha no cumplir un deber de salvaguarda, y este deber se debe deducir del cargo y de las funciones desempeñadas al momento de la comisión de los hechos. Como consecuencia de esta interpretación, debe sostenerse que este delito solo puede ser cometido en autoría, dado que el menor incumplimiento al deber transforma al garante en autor<sup>51</sup>.

c) *Carácter permanente*. En cuanto al delito de desaparición forzada de personas como incumplimiento de deber, las opiniones y la jurisprudencia son por tanto coincidentes. No así en cambio respecto de la permanencia de este incumplimiento —y por tanto de la permanencia del delito— en el tiempo.

<sup>48</sup> Sobre esta idea y lo que sigue, cfr. el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen.

<sup>49</sup> La formulación del Código Penal uruguayo se asemeja en esta doble posibilidad de comisión del delito a la formulación del § 7, 1° párr., 7 VStGB, que ya había sido sancionado en 2002, y a la descripción dada en los Elementos de los Crímenes del ECPI (ICC-ASP-1-3 0260338s.doc 127, adoptados el 9 de febrero de 2002). Véase al respecto *infra* nota 132.

<sup>50</sup> *Vid.* la fundamentación funcionalista de esta interpretación en el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen, nota al pie 88 y texto principal.

<sup>51</sup> Para un detallado análisis sobre la autoría y la accesoriedad en este caso, *vid.* el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen, nota al pie 94 y texto principal.

La jurisprudencia y la opinión mayoritaria sostienen que la ejecución del delito es permanente en tanto el destino de las personas desaparecidas no haya sido esclarecido, sin que importe si el autor continúa o no en dominio voluntario del hecho. MEINI, por ejemplo, admite que haya conducta criminal en tanto perdure el estado antijurídico, esto es, en tanto no se conozca —por cualquier tipo de medio— el destino de la persona desaparecida. En consecuencia, entonces, el tipo penal de la desaparición forzada de personas puede ser imputado aun cuando al momento de la privación de la libertad tal tipo penal aún no había sido sancionado, dado que precisamente el injusto continúa y permanece incluso tras la entrada en vigencia del tipo penal específico. GALAIN PALERMO sostiene que el delito se consume 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 comentarista entiende que no puede hacerse depender el injusto de la circunstancia accidental de que la víctima aparezca con vida o de que alguien informe sobre ella. Para quienes sostienen que se trata de un crimen de ejecución permanente, esta permanencia dependería más bien, según GALAIN PALERMO, de que el autor continuara en dominio del hecho de la desaparición. El dominio del hecho debe ser actual, y esto es lo que torna al delito de ejecución permanente. Esta interpretación resulta a primeras vistas análoga a la opinión sentada por la jurisprudencia chilena<sup>52</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 eventual permanencia del delito. Sin embargo, hay aquí una diferencia sustancial que reside fundamentalmente en la estructura típica de la desaparición forzada de personas y en la propia interpretación seguida por GALAIN PALERMO. En el caso chileno se determinó en la sentencia condenatoria que la ejecución del delito de secuestro cesó en el momento en que el autor del hecho fue retirado de sus funciones. Desde que pierde su calidad de funcionario público pierde también el dominio del hecho, y no puede por tanto imputársele la permanencia en la ejecución de este<sup>53</sup>. En el caso del tipo penal de la desaparición forzada de personas, explica en cambio GALAIN PALERMO que aunque el autor ya no se encuentre en ejercicio de sus funciones (situación que se da en la mayoría de los casos analizados por los comentaristas) sigue estando obligado por el mandato de informar mientras subsista el derecho de la sociedad a exigir el esclarecimiento y la debida administración de justicia respecto de los hechos acontecidos (nivel colectivo del bien jurídico protegido por esta figura penal). La consecuencia directa de una y otra solución será, por tanto, que mientras la jurisprudencia chilena pudo evaluar el plazo de prescripción del delito y de las penas bajo estudio, tal alternativa no es posible en el caso de la desaparición forzada de personas, en que generalmente —de acuer-

<sup>52</sup> Sentencia de casación dictada por la Corte Suprema el 25 de septiembre de 2008. Véase para su análisis el capítulo de GUZMÁN DALBORA en este volumen.

<sup>53</sup> Véanse los pormenores de esta jurisprudencia en el capítulo de GUZMÁN DALBORA en este volumen.

do con la interpretación reseñada— los hechos siguen sin ser esclarecidos, el deber de informar sigue por tanto vigente y los efectos del injusto permanecen afectando el bien jurídico hasta el momento mismo del juzgamiento.

e) *La (ir)retroactividad y el principio de legalidad.* El delito de desaparición forzada no solo se muestra complejo respecto de su estructura típica. El juzgamiento actual de hechos cometidos cuando aún no estaba tipificada esta conducta en los ordenamientos internos presenta un verdadero desafío a la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Malarino comenta que en Argentina la jurisprudencia (CSJN, Cámaras Federales) ha juzgado en distintas oportunidades hechos que podrían tipificarse como desaparición forzada de personas, pero —precisamente por las dificultades mencionadas— no ha establecido pautas fundadas y precisas respecto del derecho aplicable ni respecto de la estructura típica del delito y se ha abocado más bien a explicar la pertinencia de la condena de hechos cometidos con anterioridad a la sanción legislativa y ha recurrido para ello fundamentalmente a normas internas. Esta jurisprudencia aplicaría así un derecho penal diferenciado, en el cual una subsunción primaria relativa a la tipificación y la sanción se rige por el derecho interno mientras que una subsunción secundaria respecto de la cualificación se rige por las normas internacionales (a fin de argumentar la retroactividad y la *imprescriptibilidad* de los crímenes en cuestión). La jurisprudencia argentina hace esforzados intentos por eludir la aplicación del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>54</sup>.

MALARINO identifica en este sentido tres caminos adoptados por la jurisprudencia al momento de evadir la aplicación del artículo 18 superior, los cuales rechaza terminantemente: 1) la tesis de la costumbre (o de la legalidad débil), según la cual el delito de desaparición forzada habría sido derecho consuetudinario aun antes de ser legislado internamente, por lo que en esta interpretación de la jurisprudencia el principio de legalidad se ve reducido a un débil *nullum crimen sine iure*<sup>55</sup>; 2) la tesis del derecho común (o de la legalidad incompleta), de acuerdo con la cual se considera que el delito de desaparición forzada ya habría estado tipificado en el Código Penal al momento de la comisión de los hechos, dado que ya en aquel momento se preveían figuras que unidas conformarían partes del *iter criminis* del delito, y 3) la tesis de la retroactividad (o de la legalidad ausente), según la cual el principio de legalidad no rige en el ámbito de los crímenes internacionales y por

<sup>54</sup> Const. Pol. argentina, art. 18: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso [...]"

<sup>55</sup> Debe subrayarse respecto de esta terminología (*nullum crimen sine iure*), que ya fue introducida con anterioridad por STEFAN GLASER ("La méthode d'interprétation en droit international pénal", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 9, 1966, pág. 766) precisamente al explicar las diferencias entre el principio de legalidad *nuclear*, propio del derecho penal interno, y el principio de legalidad del derecho penal internacional. Véase también AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 5, nota marginal núm. 6; con respecto al *common law id.*, *Cómo imputar*, págs. 15 y ss.; *id.*, *Principios*, pág. 42 y ss.

tanto estaría plenamente habilitada su retroactividad. Esta última tesis también ha sido sostenida por la jurisprudencia uruguaya con igual argumento<sup>56</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>57</sup> y por la Corte Constitucional de Colombia<sup>58</sup>.

Respecto del *ámbito temporal* de aplicación de la ley, cabe subrayar el caso analizado por LÓPEZ DÍAZ de la "Toma del *Palacio de Justicia*", ya que la imputación fiscal expresamente plantea el problema de la sucesión temporal de las leyes aplicables y acusa así por el delito de secuestro (vigente al momento del comienzo de los hechos imputados, en 1985) ejecutado entre 1985 y 2000, en concurso real con desaparición forzada de personas, en ejecución desde el año 2000 (en que se sanciona el nuevo tipo penal) hasta la fecha de la acusación. Si bien el delito ya estaba empezado, su ejecución continuaría bajo la vigencia de la nueva ley y esta podría ser por tanto aplicada (esta posibilidad es también sostenida por MEINI). LÓPEZ DÍAZ, antes de rechazar la alternativa escogida por el fiscal, expone posibles soluciones a la cuestión planteada. Primero discute la aplicación retroactiva de la ley vigente al momento del juzgamiento (o al momento de aparición del desaparecido o de encontrarse su cadáver). Esta alternativa es rechazada, ya que —como ha señalado también MALARINO— plantea el problema de la violación del principio de legalidad, de la prohibición de la retroactividad, de la seguridad jurídica y del principio de inocencia<sup>59</sup>. La comentadora se manifiesta aquí abiertamente contra las decisiones de la CorIDH, que conducirían a la aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada con violación flagrante de todos los derechos del imputado<sup>60</sup>. Una segunda posibilidad es que se optara por el concurso de delitos como lo hizo la fiscalía (secuestro en concurso real con desaparición forzada de personas). El problema en este caso es que se estaría violando el principio de doble

<sup>56</sup> Sentencia 1142 de 17 de diciembre 2007 del JLP de Primera Instancia 19° Turno. *Vid.* al respecto GALAIN PALERMO en este mismo volumen.

<sup>57</sup> Sent. 352 de 23 octubre 2008 del TPA de 2° Turno (Ministro Redactor José Balcaldí). *Vid.* al respecto el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen.

<sup>58</sup> Sent. C-368 de 29 marzo 2000 (M. P. Carlos Gaviria). *Vid.* al respecto el capítulo de LÓPEZ DÍAZ en este volumen.

<sup>59</sup> La violación del principio de inocencia es explicada por LÓPEZ DÍAZ con base en el requisito de que la desaparición forzada de personas solo puede tener por víctima a una persona viva. Si al momento de entrada en vigencia de la nueva ley la persona antes desaparecida ya no vive, el delito no se ejecuta y no puede ser imputado. Una imputación resultaría por tanto violatoria del principio de inocencia, ya que se realizaría una imputación que ante la duda se estuviera resolviendo en perjuicio —y no en favor— del imputado.

<sup>60</sup> LÓPEZ DÍAZ en este volumen, nota al pie 32. La comentadora se refiere para su crítica al caso *Tijón vs. Guatemala*, sentencia del 26 de noviembre de 2008.



incriminación y de inocencia<sup>61</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>62</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 C. P. de 1980), aunque en este caso la acción penal (de acuerdo con los arts. 79, 80 y 82 del C. P. de 1980) estaría prescrita<sup>63</sup>.

#### E) Derecho procesal

a) *Prueba*. Únicamente el ordenamiento peruano dispone expresamente en su tipo penal de desaparición forzada que la desaparición debe ser “debidamente comprobada”. No hay jurisprudencia nacional (aunque sí internacional<sup>64</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>65</sup>. Distinto es el caso de la prueba de vida exigida por LÓPEZ DÍAZ, dado que la comentadora refiere tal prueba a los efectos de definirse si al momento de entrada en vigencia del tipo penal la persona desaparecida efectivamente estaba desaparecida y no muerta.

A los efectos de probar la privación de la libertad, la jurisprudencia de Uruguay, por ejemplo, ha admitido en ambas instancias elementos de prueba de distinta índole<sup>66</sup> y se ha mostrado incluso flexible al respecto, al basarse fundamentalmente

<sup>61</sup> Véase el argumento en *supra* nota 59.

<sup>62</sup> Dado que la discusión se plantea precisamente por el carácter permanente de esos hechos, consideramos que la comentadora se refiere aquí al momento del comienzo de la privación de la libertad y de la primera sustracción al ejercicio de los derechos.

<sup>63</sup> Tal como se plantea en el caso actualmente investigado (Proceso 1031-3, Sala Tercera) del coronel (r) Luis Alfonso Plazas Vega (responsable del operativo contra la “Toma del Palacio”), el secuestro (Ley 100 de 1980, art. 269) tenía prevista la pena de seis meses a tres años de prisión, la cual se aumentaba hasta la mitad por disposición del art. 270 de la misma ley. De esta manera la pena máxima para el delito imputado era de cuatro años y seis meses, lo cual implica que la acción penal respecto de los hechos investigados habría prescrito a los cinco años (plazo mínimo previsto legalmente), es decir, en 1990. LÓPEZ DÍAZ deja abierta la respuesta sobre la prescripción; véase su capítulo en este volumen.

<sup>64</sup> CorIDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, sentencia del 22 de noviembre de 2005, serie C, núm. 136. Véase al respecto *infra* nota 197 y texto principal.

<sup>65</sup> Véase el capítulo de MEINI en este volumen, su nota al pie 6 y texto principal.

<sup>66</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.).

en meros indicios para aseverar que esta prueba “tiene la potencialidad para desvirtuar la presunción de inocencia”<sup>67</sup>. Ante la imposibilidad —debido a la irretroactividad de la ley— de condenar por desaparición forzada de personas, se condenó en Uruguay por homicidio, descartando expresamente que fuera necesario recuperar los restos para considerar suficiente la prueba de tal delito<sup>68</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 estos, para que pueda dictarse una condena por homicidio<sup>69</sup>.

b) *Prescripción*. La cuestión de la prescripción se presenta en todos los casos en estudio en que precisamente por aplicación del principio de irretroactividad, o por no existir tipificada la figura de desaparición forzada en el ámbito nacional, se imputan delitos comunes que, por haber sido cometidos dos o tres décadas antes de ser juzgados, en muchos casos estarían prescritos si se guiasen por las normas de derecho común<sup>70</sup>. Esta dificultad no se presenta, en cambio, respecto del tipo penal de la desaparición forzada, si esta es considerada crimen de lesa humanidad —expresa o implícitamente—, ya que por aplicación de las normas del derecho penal internacional este crimen es considerado imprescriptible, lo que trae sin embargo contradicciones con algunos ordenamientos internos, como el colombiano<sup>71</sup>.

#### F) Conclusiones: problemas de la tipicidad

Las dificultades planteadas por el tipo penal de la desaparición forzada<sup>72</sup> pueden resumirse en los siguientes aspectos, que intentaremos resolver en el acápite 2 a la luz de las normas, jurisprudencia y doctrina del ordenamiento internacional:

—La desaparición forzada protege un *bien jurídico múltiple*. La dificultad reside en especificar cuál es el bien fundamentalmente protegido por la figura, ya que esta decisión repercute en los elementos del crimen (si es la vida, por ejemplo, con la

<sup>67</sup> Sent. 136 de 1º enero 2007, TAP 2º Turno, fs. 80.

<sup>68</sup> *Vid.* el capítulo de GALAIN PALERMO en este volumen, su nota 112.

<sup>69</sup> *Vid.* el capítulo de GUZMÁN DALBORA en este volumen, su acápite “Aspecto procesal”.

<sup>70</sup> *Vid.* al respecto en especial los trabajos de GUZMÁN DALBORA y de GALAIN PALERMO en este volumen, que desarrollan ampliamente este problema.

<sup>71</sup> *Vid.* art. 28 de la Constitución Política colombiana, y en detalle al respecto el capítulo de LÓPEZ DÍAZ en este volumen.

<sup>72</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, *vid.* GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 2.



muerte el crimen cesa; si es el derecho a la administración de justicia, la estructura típica girará en torno a la obstaculización de los recursos jurídicos, etc.).

—La desaparición forzada requiere el elemento de *contexto* para poder ser considerada delito de lesa humanidad y perseguida como tal. Esta carencia se observa en todos los ordenamientos nacionales.

—Se trata de un delito de *delito especial* que no puede ser imputado a los hechos cometidos por un particular sin vinculación a agentes estatales o agrupaciones políticas. El ordenamiento colombiano amplía así la figura de manera excesiva.

—La figura de desaparición forzada deja dudas respecto del *momento y forma de la consumación*, ya que la primera fase del delito (la privación de la libertad) puede ser entendida como primera conducta, o como condición necesaria para el comportamiento típico de la segunda fase (el no informar). La figura estará descrita por tanto en forma poco satisfactoria si no define cuándo se incumple el deber de informar (¿cumplido el plazo legal?, ¿cumplido un plazo prudencial en caso de falta de plazo legal?, ¿al no informar habiendo sido requerido?).

—El momento del *cese de la ejecución* no es establecido con claridad, dado que el dominio del hecho cesa generalmente antes que se esclarezca la situación de la persona desaparecida. (¿Cesa entonces la ejecución con la pérdida de la posición de garante o continúa hasta que se esclarezcan los hechos?).

—El tipo implica la contradicción entre la exigencia de brindar información y el *derecho a no autoincriminarse*.

—La exigencia de que la *desaparición sea* “debidamente comprobada” representa una traba procesal sustancial que parece impedir *ab initio* toda condena.

## 2. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

### A) Fuentes

La preocupación por la prohibición penal de la desaparición forzada de personas tiene de hecho su fuente en el ámbito del derecho internacional, en el marco más amplio de la protección de los derechos humanos, y es luego recogida en los ordenamientos nacionales como tipo penal<sup>73</sup>. Es importante recordar en este contexto

<sup>73</sup> Sobre este paso del derecho internacional al derecho interno, véase por todos GRAMMER, *Der Tatbestand*, op. cit. Sobre el creciente interés desde la perspectiva de los derechos humanos, también CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 401; GISELA MANSKE, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit: zu einem zentralen Begriff der Internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pág. 261.

que la normativa internacional se fue desarrollando apenas a partir de la esforzada acción de organizaciones no gubernamentales con vistas a persuadir a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU a tomar parte activa en las reacciones a las desapariciones ocurridas en Argentina<sup>74</sup>.

El análisis que sigue se funda en cuatro ordenamientos normativos<sup>75</sup>, y en el estudio de la doctrina o jurisprudencia que los ha interpretado. Los instrumentos que concretan dichos órdenes tienen distintos grados de obligatoriedad, distintos ámbitos de aplicación y, fundamentalmente, algunas diferencias al momento de precisar el crimen de desaparición forzada y de establecer sus consecuencias. A continuación presentamos someramente estos instrumentos y la descripción que cada uno de ellos hace de la desaparición forzada de personas.

El repudio internacional a la desaparición forzada de personas se concretó por primera vez en forma expresa en 1992 mediante la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (DPPDF)<sup>76</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 estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”.

<sup>74</sup> Cfr. al respecto HALL, en TRIFFTERER, *Commentary*, cit., art. 7º, nota marginal núm. 73. Véase el trasfondo de la formación de este grupo en IAIN GUEST, *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1990. Así, se conformó en 1980 el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de Personas a fin de investigar los casos en cuestión [E.S.C. Res. 20, 36 U. N. Escor Supp. (núm. 3) at 180, párr. 1, U. N. Doc. E/CN.4/1408 (1980)]. Destacan también jornadas de carácter internacional en las que se presentaron proyectos y se sentaron criterios para la continuación del estudio en el ámbito de la ciencia penal y que fueron luego publicadas en sus lugares de organización: París (*Le refus de l'oubli. La politique de disparition forcée de personnes*, Colloque de Paris, janvier-février 1981, Paris, Berger-Levrault, 1981) y Buenos Aires (sobre la primera jornada de Buenos Aires, 1987); AA.VV., *La desaparición, crimen contra la humanidad. Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada de personas*, de la segunda jornada de Buenos Aires (1987), AA.VV., *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. El “nunca más” y la comunidad internacional*, Buenos Aires, 1989). Vid. sobre este desarrollo GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 3; vid. también HALL, en TRIFFTERER, *Commentary*, art. 7, nota marginal núm. 73.

<sup>75</sup> En general sobre el desarrollo de la figura de desaparición forzada de personas en el derecho internacional, véase CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., págs. 390 y ss.; GRAMMER, *Der tatbestand*, cit., pág. 3 y ss.; HALL, en TRIFFTERER, *Commentary*, cit., art. 7, nota marginal núm. 73.

<sup>76</sup> Declaración aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, res. 47/133 de 18 diciembre 1992.

A esta Declaración siguió en 1994 la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP)<sup>77</sup>, instrumento de carácter regional y vinculante para los países que lo ratifican<sup>78</sup>. Dispone en el artículo II: "Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

Esta descripción es adoptada luego —con algunas variaciones— en la tipificación penal de la figura en el artículo 7° ECPI<sup>79</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,

<sup>77</sup> *Supra* nota 19.

<sup>78</sup> La Convención debe entenderse como reacción a los hechos sucedidos en Latinoamérica durante las dictaduras (cfr. WERLE y BURCHARDS, "§ 7 VStGB", en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 85).

<sup>79</sup> Hasta la tipificación de esta figura las codificaciones se encontraban exclusivamente en instrumentos de protección de los derechos humanos (cfr. WERLE y BURCHARDS, "§ 7 VStGB", en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 85). Sobre los pormenores de su inclusión, véase HERMANN VON HEBEL y DARRYL ROBINSON, "Crimes within the Jurisdiction of the Court", en Roy S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague et al., Kluwer Law International, 1999, pág. 102; MESEKE, *Tatbestand*, cit., págs. 229 y s. Sobre el desarrollo del derecho penal internacional desde Nürenberg hasta la Corte Penal Internacional, *vid.* ANTONIO CASSESE, PAOLA GAETA y JOHN JONES, *The Rome statute of the international criminal court: a commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002, págs. 3-184. Los elementos del crimen de desaparición forzada de personas explicados en los Elementos de los Crímenes (ICC-ASP-1-3 0260338s.doc 127, adoptados el 9 de febrero de 2002) no resultan según algunos autores lo suficientemente esclarecedores, dado que reflejan más compromisos políticos que el resultado de un análisis sistemático de la figura (cfr. HALL, en TRIFFTERER, *Commentary*, art. 7°, nota marginal núm. 73); en opinión de otros, en cambio, los Elementos especifican suficientemente la descripción legal del ECPI, dado que en los tratos de estos Elementos se ha considerado la jurisprudencia de la CorIDH (en este sentido, MESEKE, *Tatbestand*, cit., pág. 231); también realiza un balance positivo GERHARD WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pág. 871. Véase sobre los proyectos y conflictos en derredor de la redacción de los Elementos el trabajo de MAURO POLITI, "Elements of Crime", en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome statute...*, *op. cit.* Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR) no prevén explícitamente la desaparición forzada de personas como crimen contra la humanidad, por lo que no sorprende que en los casos llevados ante dichos tribunales no haya habido condenas por desaparición forzada de personas. Tampoco en instrumentos anteriores (Estatutos de Nürenberg y de Tokyo, v. gr.) estuvo prevista la figura, por lo que su inclusión en el ECPI contó con cierta resistencia. *Vid.* sobre GEORG WITSCHEL y WIEBKE RÖCKERT, "Genocide and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime", en H. Fischer, C. Kreß y S. R. Lüder (Coords.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 2001, pág. 99.

seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado".

Con esta codificación la desaparición forzada pasa a ser un crimen de carácter internacional<sup>80</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>81</sup>. Esta ley se basa fundamentalmente en la codificación dada en el artículo 7° (2)(i) ECPI<sup>82</sup>, pero amplía y especifica parcialmente el tipo penal internacional<sup>83</sup>, por lo que consideramos que la descripción de la figura en cuestión y los antecedentes legislativos al respecto pueden arrojar elementos que contribuyan a la definición e interpretación del crimen<sup>84</sup>. El § 7 dispone: "(1)

<sup>80</sup> KAI AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nota marginal núm. 217. Con posterioridad las Naciones Unidas aprobó una *Convención internacional para la protección de todas las personas de desapariciones forzadas* (A/RES/61-177, resolución del 20 de diciembre de 2006), aunque esta se encuentra aún en trámite de ratificación y no está por tanto vigente. En el artículo 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 sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley". Esta descripción sigue así en sus líneas generales la normativa hasta aquí mencionada. Para un amplio comentario de esta Convención véase SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 265 y ss. (cap. IV).

<sup>81</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 núm. 42). En esta ley se tipifican los crímenes del derecho penal internacional (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra) en el ordenamiento penal nacional alemán. La ley fue elaborada por un grupo de trabajo establecido por el Ministerio de Justicia Federal en el que participaron, además de funcionarios del gobierno, los profesores AMBOS, FISCHER, KREß, WEIGEND, WERLE y ZIMMERMANN, véase también AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 6 nota marginal núm. 53.

<sup>82</sup> *Vid.* WERLE y BURCHARDS, "§ 7 VStGB", cit., nota marginal núm. 85.

<sup>83</sup> CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 401 explica que el tipo penal diseñado para el Código Penal Internacional alemán es más detallado que el descrito en el ECPI, para que las exigencias del ordenamiento constitucional y penal alemán (legalidad, determinación, etc.) se vieran cumplidas. Cfr. sobre esta explicación los proyectos de ley del Bundesrat (Cámara Alta del Parlamento alemán), BR-Drs. 29/02 del 18 de enero de 2002, y del Bundestag (Cámara Baja del Parlamento alemán), BT-Drs. 14/8524 del 13 de marzo de 2002, S. 21. *Vid.* también WERLE y BURCHARDS, "§ 7 VStGB", cit., nota marginal núm. 85, que pone de resalto el interés del legislador en cubrir el requisito de determinación establecido en el art. 103, párr. 2° de la Constitución alemana; ya antes GERHARD WERLE, "Konturen eines deutschen Völkerstrafrechtes. Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuchs", en *Juristen Zeitung*, núm. 18, 2001, pág. 889.

<sup>84</sup> Los proyectos de ley y las actas de las discusiones parlamentarias y documentación al respecto pueden consultarse en Sasha Lüder y Thomas Vormbaum (Eds.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster, Lit, 2002. En especial la primera sesión parlamentaria en que se debatieron los proyectos presentados (BT-Plenarprotokoll 14/228 del 22

El que en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil [...]

"7. mantenga desaparecida por la fuerza a una persona con la intención de sustraerla durante largo tiempo a la protección de la ley

"a) secuestrándola o privándola gravemente de su libertad física de cualquier otro modo por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política, sin que en lo sucesivo se atienda sin demora la demanda de información sobre su suerte o paradero,

"b) negándose, por orden de un Estado o de una organización política o en contra de una obligación legal, a proporcionar sin demora información sobre la suerte o paradero de una persona que ha sido privada de su libertad física bajo las condiciones de la letra a, o proporcionando una información falsa"<sup>85</sup>.

La interpretación doctrinaria o de la jurisprudencia de estos ordenamientos se expone a continuación, siguiendo básicamente el mismo orden desarrollado en el capítulo 1 respecto de los ordenamientos nacionales.

#### B) Doctrina y jurisprudencia respecto del derecho material

Acerca de la jurisprudencia relativa a la desaparición forzada, debe subrayarse en primer término que no hay casos juzgados en el ámbito del derecho penal internacional. Al momento de concluir este texto no hay ningún caso concluido ni en trámite frente a la Corte Penal Internacional (CPI) por desaparición forzada. Sí hay numerosos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que han ido definiendo la figura de desaparición forzada y ampliando el ámbito de protección brindado por ella en los instrumentos internacionales<sup>86</sup>, y ya hay

de marzo de 2002) aporta valiosas argumentaciones que si bien no se adentran en los pormenores de las figuras individuales del Código Penal Internacional alemán, sí esclarecen los fundamentos y fines de la sanción proyectada (en Lüder y Vormbaum, *Materialien*, cit., págs. 73 y ss.). En general sobre los fundamentos, fines y exigencias de un Código Penal Internacional nacional, WERLE, "Konturen", *passim*.

<sup>85</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". (trad. de Alicia Gil Gil), en [http://lebrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende\\_Projekte\\_Translation.html](http://lebrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte_Translation.html).

<sup>86</sup> Vid. SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 132.

sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que van trazando criterios interpretativos propios<sup>87</sup>, naturalmente con miras al carácter de violación de derechos humanos, y no de comisión de crímenes internacionales<sup>88</sup>. Tampoco hay fallos ni casos en trámite en Alemania por imputación del § 7 VStGB.

La jurisprudencia de la CIDH y la opinión doctrinaria sobre la normativa bajo estudio brindan sin embargo cuantioso material, que si bien no contribuye directamente a una precisa tipificación penal<sup>89</sup> traza líneas interpretativas provechosas para aplicar en este delito. MODOLELL GONZÁLEZ subraya que en la jurisprudencia de la CIDH se recuerda el mandato de criminalización que obliga a los Estados parte a tipificar el delito en su derecho interno conforme a los estándares internacionales, ya que por tratarse de un crimen pluriofensivo que viola a la vez numerosos derechos consagrados en la CADH, no sería suficiente con que se recurriera a la combinación de figuras comunes para su persecución y condena<sup>90</sup>. MODOLELL GONZÁLEZ se manifiesta en contra de que la CIDH ordene la forma de tipificación de la conducta (en que la Corte tendría para el comentador "un afán de controlar hasta el último detalle"<sup>91</sup>), lo cual a su criterio la Corte hace en ocasiones incluso erradamente, y en general en forma excesivamente laxa, lo cual lesionaría el principio de legalidad. Incluso, considera 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 el autor, lo que denota mayor o menor punibilidad de la conducta. Por otro lado, la CIDH, citando el ECPI, califica la desaparición forzada como delito de lesa humanidad, y le atribuye a su vez carácter de *ius cogens*<sup>92</sup>. También aquí se manifiesta en contra MODOLELL GONZÁLEZ, pero sobre esto nos explayamos en los puntos que siguen.

a) *Bien jurídico*. La CIDH ha dicho reiteradamente que la desaparición forzada es "pluriofensiva"<sup>93</sup> por afectar al mismo tiempo distintos bienes jurídicos. Esta

<sup>87</sup> Para consideraciones generales respecto de la jurisprudencia del TEDH, véase SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 220 y ss.

<sup>88</sup> En general sobre el desarrollo histórico y la jurisprudencia de ambas cortes de derechos humanos, vid. PABLO PARENTI, LEONARDO FILIPPINI y HERNÁN FOLGUEIRO, *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: orígenes y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007; Jörg Menzel et al. (Coords.), *Völkerrechtsprechung: ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005; SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 132 y ss. para la CIDH, págs. 188 y ss. para el TEDH.

<sup>89</sup> Vid. la crítica en AMBOS, *Internationales Strafrecht*, § 7, nota marginal núm. 217.

<sup>90</sup> Vid. Gómez Palomino vs. Perú, 22 noviembre 2005. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 92.

<sup>91</sup> Vid. el capítulo de MODOLELL GONZÁLEZ en este volumen.

<sup>92</sup> Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, *supra* nota 7, párrs. 84, 93, 128, 130-132; caso La Cantuta vs. Perú, sent. de 29 noviembre 2006, serie C, núm. 162, párrs. 160 y 225.

<sup>93</sup> Por todos SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 132.



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>104</sup>. En este mismo caso, si bien no se trata de la definición de un bien jurídico protegido, cabe subrayar que se ordenó al Estado de Guatemala esclarecer el lugar en que hallaban los restos mortales de la víctima, exhumarlos y devolverlos a sus familiares<sup>105</sup>.

b) *Elementos generales o de contexto*. El elemento de contexto reviste una importancia central. Su comprobación definirá para algunos si se trata o no de desaparición forzada, y para otros, si esa conducta puede ser considerada o no crimen de lesa humanidad. La diferencia no es menor: mientras que en el primer caso el elemento de contexto es un elemento de la estructura típica de la desaparición forzada —sin contexto no hay este delito—, en el segundo caso el elemento de contexto no es requisito del tipo —puede haber el delito aun cuando no esté dado el elemento de contexto— sino más bien un factor agravante que convierte a la desaparición forzada de personas en crimen contra la humanidad. Esta diferenciación se advierte en los aspectos normativo, doctrinario y de jurisprudencia, como se expone a continuación.

Dentro de la primera alternativa se cuentan el ECPI y el VStGB, en los que la desaparición forzada se describe precisamente como acto individual de los crímenes contra la humanidad, y el requisito de que los hechos se den en un contexto determinado está directamente relacionado a la figura típica misma, es decir, en el ECPI la desaparición forzada —crimen contra la humanidad— solo estará dada si existe un contexto determinado (art. 7º ECPI)<sup>106</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

<sup>104</sup> CIDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, *supra* nota 97, párr. 163. Con detalle y con más referencias bibliográficas sobre este tercer nivel colectivo, consúltese GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 120 y ss.

<sup>105</sup> CIDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sent. de 22 febrero 2002, serie C, núm. 91 (Reparaciones). Sobre esta sentencia, véase SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 159 (“By this means respect to the dead and to their remains was substantially ensured and proper burial was recognized as a human right”).

<sup>106</sup> Esta idea ya estuvo presente en el proyecto de Convención redactado en la Jornada de París de 1981, *supra* nota 74; en el proyecto de Convención de 1982 redactado por la Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos; en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de noviembre de 1983, res. 666 (xiii-0-83) in Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights (“the practice of the forced disappearance of persons in the America [...] constitutes a crime against humanity”); en el Primer Coloquio sobre Desaparición Forzada de Personas en Colombia en 1986. Así también como exigencia para los crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia del TPIR, como se ve por ejemplo en el caso *Akayesu* (TPIR, sent. 2 septiembre 1998).

marco de un ataque generalizado o sistemático<sup>107</sup>, ya que esta forma de comisión comprende la esencia de tales crímenes<sup>108</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>109</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>110</sup>, idea que estaría confirmada por el texto mismo de la CIDFP cuando prevé la posibilidad de la desaparición forzada de “una o más personas”<sup>111</sup>. Esta alternativa se ve reforzada por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y para Ruanda (TPIR), ante los cuales no se han resuelto casos de desaparición forzada pero sí casos en que los tribunales se han expedido respecto de la posibilidad de que *un solo hecho* —en contexto de ataque generalizado o sistemático— configure un crimen contra la humanidad<sup>112</sup>. Sin embargo, en la misma jurisprudencia del TPIY parece incorporarse un elemento adicional, cuando el tribunal exige en *Kupreskic* que el hecho individual “debe ser llevado a cabo en forma sistemática o a gran escala”<sup>113</sup>. En este mismo sentido, CASSESE exige que *las ofensas deben ser realizadas a gran escala o en forma sistemática*<sup>114</sup>, esto es, no solamente realizadas *en un contexto de ataque generalizado o sistemático*.

En la segunda interpretación —el elemento de contexto no es requisito típico sino solamente un factor agravante— parece —contradictoriamente— encontrarse la

<sup>107</sup> Cfr. en este sentido ALICIA GIL GIL, *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999, pág. 151; ALINE BRUER-SCHÄFER, *Der Internationale Strafgerichtshof: die internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt a.M., Lang, 2001, pág. 296; CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 400; MANSKE, *Verbrechen*, cit., pág. 172.

<sup>108</sup> RODNEY DIXON, “Article 7” (parcial), en: Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2008, nota marginal núm. 3: “It captures the essence of such crimes, namely that they are acts which occur during a widespread or systematic attack on any civilian population in either times of war or peace”.

<sup>109</sup> DIXON, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 4.

<sup>110</sup> Cfr. HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 73.

<sup>111</sup> De igual idea HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 73.

<sup>112</sup> Cfr. TPIY, *Prosecutor vs. Kvočka*, case núm. I-98-30-1-A, Trial Chamber Judgment, párrs. 207 y 209.

<sup>113</sup> TPIY, *Prosecutor vs. Kupreskic*, case núm. IT-95-16-A, Judgment, Appeals chamber, 23 oct. 2001; crit. HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., art. 7º, nm. 73.

<sup>114</sup> Cfr. ANTONIO CASSESE, “Crimes against Humanity”, en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, New York, Oxford University Press, 2002, págs. 356 y ss. (“One of the most significant of these elements is the fact that such offences must be large-scale or systematic”, pág. 356).



CIDFP cuando dice en uno de sus considerandos preliminares: "Reafirmando que la práctica sistemática de la desaparición forzada *constituyera un crimen de lesa humanidad*". De esta idea se desprendería, por tanto, que la práctica *no sistemática* de la desaparición forzada *no constituyera un crimen de lesa humanidad*. La posibilidad de que el contexto no sea un requisito de la desaparición forzada parece ser confirmado, además, por la jurisprudencia de la CIDH, cuando establece que la responsabilidad internacional del Estado en cuestión se ve agravada si la conducta típica "forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado"<sup>115</sup>. Al respecto podría concluirse con MODOLELL GONZÁLEZ que la Corte pareciera admitir la existencia de casos —no agravados— de desaparición forzada cuando el hecho se produce en forma aislada y desarticulada. La Corte, en consecuencia, parece pronunciarse en forma contradictoria sobre este punto, ya que, como crítica MODOLELL GONZÁLEZ, califica por una parte la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad<sup>116</sup>, pero prevé por otro lado que el crimen pueda ser cometido en forma no sistemática y no ser crimen de lesa humanidad, por lo que esta categorización no sería más que una "mención rimbombante" que tiene por único fin acentuar la gravedad del crimen en cuestión, y que no acarrearía en cambio una función descriptiva limitadora que redujera los casos considerados desaparición forzada a aquellos producidos en un contexto de ataque "generalizado o sistemático"<sup>117</sup>. En la doctrina, esta misma postura se ve representada por GRAMMER, que entiende que la exigencia del elemento de contexto deja fuera de consideración los casos aislados de hechos fácticamente iguales<sup>118</sup>.

Respecto de la jurisprudencia del TEDH, cabe simplemente subrayar que el elemento de contexto no ha sido especialmente considerado, e incluso en el caso de Chipre<sup>119</sup>, no obstante el innegable contexto de ataque en que tuvieron lugar la desaparición de 1491 chipriotas griegos (ataque que tuvo como consecuencia la división política de la isla), la Corte no ha hecho un análisis diferenciado de esta circunstancia<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> CIDH, caso Goiburú y otros vs. Paraguay, *supra* nota 7, párr. 82.

<sup>116</sup> CIDH, caso Goiburú y otros vs. Paraguay, *supra* nota 7.

<sup>117</sup> *Vid.* el capítulo de MODOLELL GONZÁLEZ en este volumen.

<sup>118</sup> GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 19. El autor se muestra contundente al exigir "Eine juristische Erfassung der Tat muss beide Formen berücksichtigen". ["Una formulación jurídica del delito debe considerar ambas formas"]. Aquí y en adelante, las traducciones del inglés y del alemán al español son de M. L. Böhm.

<sup>119</sup> TEDH, Cyprus vs. Turkey, sent. 10 mayo 2001.

<sup>120</sup> *Vid.* GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 62 y ss. Esta observación cobra aún más peso, si se tiene en cuenta que los primeros 17 casos resueltos por el TEDH tuvieron exclusivamente a Turquía como Estado acusado. Sin embargo, "[i]n allen Entscheidungen gehen die Richter von einem isolierten Fall aus, lehnen also das Vorliegen eines ‚klassischen‘ Falls im Rahmen einer groß angelegten Praxis ab". ["En todas las decisiones los jueces parten de un caso aislado, rechazan por tanto el estar frente a un caso «clásico» en el marco de una práctica perpetrada a gran escala"] (*ibid.*, pág. 58).

c) *Delito especial*. En cuanto a quiénes pueden ser autores del crimen de desaparición forzada el ordenamiento internacional y el VStGB presentan distintas variantes en sus formulaciones: "[...] por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento [...]" (DPPDF); "[...] cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado [...]" (CIDFP, art. II); "[...] por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia [...]" (ECPI, art. 7 (2)(i)); "[...] por orden o con la aquiescencia de un Estado o de una organización política [...]" [§ 7 (1)(7) a) y b) VStGB].

El Estado puede ser el actor por medio de sus agentes, o puede ordenar, autorizar, consentir o apoyar a particulares o grupos de particulares. Existe por tanto acuerdo respecto de que el delito puede ser cometido tanto por agentes estatales, como por particulares vinculados *de alguna manera* en su actuar con el Estado. La CIDH ratificó la doble posibilidad de responsabilidad del Estado como autor directo (por medio de sus funcionarios) y autor "indirecto" por apoyo o aquiescencia en el caso Gómez Palomino<sup>121</sup>. En esta sentencia la Corte se pronunció sobre la figura de desaparición forzada descrita por el artículo 320 del Código Penal peruano y consideró que el ordenamiento de Perú no estaba en concordancia con los estándares internacionales, ya que al referirse solo al "funcionario o servidor público" como posible autor del delito, limitaba el ámbito de aplicación en forma inconveniente. La Corte ordenó a modo de reparación en su sentencia la modificación del Código y la inclusión de todos los sujetos activos mencionados en el artículo 7º (2) ECPI<sup>122</sup>. Por lo demás, la CIDH es muy estricta en cuanto a la responsabilidad del Estado sobre grupos de particulares, por ejemplo y en especial en el caso colombiano, sobre grupos paramilitares. En otras palabras: la Corte exige poco y de todos modos menos que un "control efectivo" (como la Corte Internacional de Justicia<sup>123</sup>) para establecer el vínculo necesario entre el Estado y estos grupos. En efecto, la Corte más bien adjudica al Estado responsabilidad, sin realmente discutir el tema en profundidad ni elaborar un estándar racional<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> CIDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 64.

<sup>122</sup> CIDH, caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 64, párr. 149. ("El artículo 320 del Código Penal del Perú restringe la autoría de la desaparición forzada a los «funcionarios o servidores públicos». Esta tipificación no contiene todas las formas de participación delictiva que se incluyen en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, resultando así incompleta", párr. 102).

<sup>123</sup> Sobre la prueba de "effective control" de la CIJ —y la prueba menos exigente del "overall control" empleada por el ICTY y CPI, véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nota marginal núm. 237 con más referencias.

<sup>124</sup> Véase sobre todo el caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, sentencia de 15 septiembre 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, núm. 134, para. 111 ("Dicha responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado. Los



En los *Elementos de los Crímenes* del ECPI se exige explícitamente que la “aprehensión, detención o secuestro haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo” (elemento 4) y que la “negativa a reconocer la privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas haya sido realizada por un Estado u organización política o con su autorización o apoyo” (el. 5). Mientras que en el primer caso la aquiescencia estatal es suficiente, en el segundo —en lo que a la negativa (segundo acto) respecta— la sola aquiescencia estatal no implicaría la comisión del crimen<sup>125</sup>. Esta idea fue seguida en el ordenamiento alemán. Mientras que para la primera alternativa de actuación (privación de la libertad seguida de omisión de información, § 7, párr. 1, Nr. 7a VStGB) se prevé que el particular pueda actuar “por orden o con la tolerancia de un Estado o de una organización política”, la conexión entre particular y Estado u organización política en la segunda alternativa (negación de brindar información, § 7, párr. 1, Nr. 7a VStGB) se reduce al actuar “por orden”. Si el particular solo contase con la aquiescencia del Estado o de la agrupación política, el delito no estaría configurado<sup>126</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 pudiera desprenderse tanto del derecho interno, como directamente del derecho internacional<sup>127</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

Estados partes en la Convención tienen obligaciones *erga omnes* de respetar y hacer respetar las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona. Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones interindividuales. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención”. *Vid.* también Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 enero 2006, serie C, núm. 140, párrs. 138-140; Masacre de Ituango vs. Colombia, sentencia de 1º julio 2006, serie C, núm. 148, párrs. 134-138; Masacre de la Roche-la vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 11 mayo 2007, serie C núm. 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>125</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. WITSCHER y RÖCKERT, en *Elements of Crimes*, pág. 102; HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 134.

<sup>126</sup> *Vid.* WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB” en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 89.

<sup>127</sup> *Vid.* BR-Drs. 29-02 de 18 enero 2002 (Zu §7 Abs. 1 Nr. 7 Buchstabe b). Siehe auch Werle/Burchards, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, nm. 89.

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, etcétera. La CIPPDF hace expresa esta ampliación al establecer:

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

d) *Conducta típica.* En cuanto a la conducta típica, debe quedar claro que se trata de un crimen complejo que puede ser cometido de muy diversas maneras<sup>128</sup>. En la normativa, doctrina y jurisprudencia internacionales está plenamente establecido que la desaparición forzada consiste fundamentalmente en dos conductas<sup>129</sup>, como lo ha dicho expresamente la CIDH: la privación de la libertad y la negación a dar información, que deben entenderse como cumulativas y no como alternativas<sup>130</sup>. Esta doble conformación también es puesta de resalto por la doctrina al interpretar el ECPI, de donde se desprende que las características esenciales de este crimen son que una persona es privada de la libertad y durante esta privación de libertad es privada además de la protección de la ley, ya que hay una negación a reconocer esa situación de privación de la libertad o a brindar información al respecto<sup>131</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 incluye las dos fases) se agrega una alternativa b), que describe exclusivamente el negar información (con posterioridad a ser demandada) acerca de una privación de libertad que ya está teniendo lugar (§ 7, párr. 1, núm. 7 VStGB)<sup>132</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 artículo 7 (1)(i) ECPI (esclarecido en los *Elementos de los Crímenes*):

<sup>128</sup> *Vid.* FEDERICO ANDREU-GUZMÁN, “The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, en *International Commission of Jurists. The review*, núm. 62-63, 2001, pág. 73 y ss.; HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 128; WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 869.

<sup>129</sup> *Vid.* AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nm. págs. 216 y s.; HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 128; WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 871.

<sup>130</sup> Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sent. de 12 agosto 2008, párr. 196. La doble conducta la indicó ya antes en el caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 121, párr. 149, en la que le ordenó a Perú modificar el artículo 320 del Código Penal (que solo prevé la primera fase) a fin de completar la figura de acuerdo con los estándares internacionales.

<sup>131</sup> *Vid.* HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 73.

<sup>132</sup> Esta doble alternativa existe también en el ordenamiento de Uruguay (*vid. supra* nota al pie 49).

"1. Que el autor:

"a) Haya aprehendido, detenido, o secuestrado a una o más personas; o

"b) Se haya negado a reconocer la aprehensión, la detención o el secuestro o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas".

"2. a) Que tal aprehensión, detención o secuestro haya sido seguido o acompañado de una negativa a reconocer esa privación de libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas; o

"b) Que tal negativa haya estado precedida o acompañada de esa privación de libertad".

Esta segunda alternativa, como se verá, no varía en lo fundamental respecto de la segunda fase de comisión de la primera alternativa. En los fundamentos de la ley que sancionó el VStGB se explicó incluso que esta segunda alternativa era el "reflejo" ("Spiegelbild") de la primera, por lo que el análisis de la primera vale en lo esencial para la segunda<sup>133</sup>.

a) *Privación de la libertad*. En cuanto a la privación de la libertad, por tanto, puede ser por arresto, detención, secuestro o cualquier otro medio<sup>134</sup>. En cuanto a la comprensión de los términos *arresto*, *detención*, *prisión* y *secuestro*, estos son aceptados internacionalmente tal como son esclarecidos en el *Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas bajo Cualquiera Forma de Detención o Encarcelamiento*<sup>135</sup>. La CIDH ha sentado además que no se exige que sea ilegal *ab initio*<sup>136</sup>, lo cual concuerda con el artículo II de la CIDFP ("cualquiera que fuere su forma") y no se ve contradecido por la letra del ECPI. Esta interpretación es rechazada por MODOLELL GONZÁLEZ<sup>137</sup> pero aceptada en general por la doctrina, que acepta la posibilidad de que la privación de la libertad empiece como detención legal, incluso de parte de un particular si se tratase de aprehensión en flagrancia<sup>138</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

<sup>133</sup> Así también WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 871.

<sup>134</sup> ComIDH, caso Chumbivilcasa vs. Perú, núm. 10559, Informe núm. 1-96, 1º marzo 1996. De igual opinión HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 129.

<sup>135</sup> Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 43/172. Sobre las distintas interpretaciones de la privación de la libertad, véase CORNELIUS, *Verschwindenlassen*, cit., págs. 266 y ss., que de ellas extrae y explica el fundamento del deber de información (respuesta que encuentra en el ordenamiento procesal alemán).

<sup>136</sup> Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, sent. de 26 enero 2000; caso Heliodoro Portugal v. Panamá, sent. de 12 agosto 2008, párr. 192.

<sup>137</sup> Vid. el capítulo de MODOLELL GONZÁLEZ en este volumen.

<sup>138</sup> Vid. por todos HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 129.

alternativa de comisión prevista en el ECPI— que el autor de la privación de la libertad sea el mismo de la negativa a brindar información<sup>139</sup>.

En cuanto a esta primera fase, es importante subrayar que parte de la doctrina considera que se trata más bien de una condición necesaria<sup>140</sup>, y no de un acto constitutivo del tipo; mientras que otros entienden que "representa solo una acción preparatoria —aunque incorporada en el tipo—"<sup>141</sup>, por lo que ni en una ni en otra interpretación podrá hablarse de tentativa si se ha dado apenas este primer paso descrito por los ordenamientos.

b) *No información*. La falta de información<sup>142</sup> es la segunda conducta reconocida por la CIDH como un elemento de la figura de desaparición forzada, que debe estar presente cuando se tipifica el delito<sup>143</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>144</sup>.

En las jurisprudencias nacionales analizadas y en los comentarios de la doctrina al respecto hay acuerdo mayoritario respecto de que para que se consuma la acción delictiva no es necesario que se requiera expresamente información; es decir, que no es necesario que se emplase a quien debe brindar la información respecto de la situación de privación de libertad<sup>145</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>146</sup>.

<sup>139</sup> Vid. MESEKE, *Tatbestand*, cit., pág. 232.

<sup>140</sup> Así MEINI y GALAIN PALERMO en este volumen.

<sup>141</sup> AMBOS, *La parte general*, cit., pág. 378.

<sup>142</sup> Vid. el estudio detallado de la desaparición forzada de personas en lo que hace relación al deber de información (*Benachrichtigungspflicht*), en CORNELIUS, *Von Spurlosen Verschwindenlassen, passim*, en especial sobre la historia de las detenciones y el deber de información bajo las *lettres de cachet* en Francia antes de 1789 (págs. 5 y ss.) y tras la revolución de 1789 (págs. 32 y ss.), y sobre el derecho de detención de carácter policial ("polizeiliches Verhaftungsrecht") en Alemania durante el Tercer Reich (págs. 68 y ss.) en los campos de concentración ("Konzentrationslager") (págs. 75 y ss.).

<sup>143</sup> Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, *supra* nota 130, párr. 198; caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 64, párrs. 103 y ss.

<sup>144</sup> HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 131 ("essential element", "The purpose and the automatic, invariable and immediate effect of the deprivation of liberty or denial of information is the removal of the person concerned from the protection of the law").

<sup>145</sup> Esta idea es compartida por los autores reunidos en este volumen.

<sup>146</sup> ["unverzüglich", "ohne schuldhaftes Zögern"]. Así lo entiende CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 281, que acude a la definición del Código Civil alemán (§ 121 BGB) para definir la idea "sin demora".

El ordenamiento alemán<sup>147</sup> —penal internacional— en cambio, el VStGB en la primera alternativa de comisión prevista (§ 7, párr. 1, Nr. 7a VStGB) exige expresamente que tal información haya sido requerida. Así lo explicitan también WERLE y BURCHARDS: “El simple no brindar la información correspondiente sin haber habido una petición [*Nachfrage*] previa al respecto no alcanza para la consumación de la alternativa del tipo penal”<sup>148</sup>. Y también se aplica a la segunda alternativa (§ 7, párr. 1, Nr. 7b VStGB), aunque no esté expresamente señalado<sup>149</sup>.

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

Ley 18026, art. 21.1: “El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado [...] omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte”.

Es decir, cualquier particular que con la mera aquiescencia estatal omita información sobre las circunstancias de la privación de la libertad y se niegue a darla, está cometiendo la conducta descrita. Sin embargo, al no quedar esclarecido cuál sea la fuente del deber de información de ese particular o sea de qué deriva su deber de garante —¿la propia descripción típica, como sugiere GALAIN PALERMO?—, tampoco está claro cómo podría evitarse cometer el delito sin inculparse. En la segunda alternativa de la formulación alemana el particular solo puede cometer la conducta delictiva cuando actúa “por encargo” del Estado u organización política, o cuando “incumple un deber jurídico”<sup>150</sup>.

<sup>147</sup> En el ordenamiento alemán el deber de información sobre una detención está expresamente incluido en el art. 104, 4 GG, y en § 114b StPO. La inclusión normativa y el rango constitucional dados al mismo pueden entenderse como reacción a las prácticas soviéticas (cfr. *supra* nota 8), y solo en segunda medida como reacción a la práctica establecida a partir del decreto Nacht und Nebel de 1941 (cfr. *supra* nota 9) (CORNELIUS, *Von Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., págs. 204 y 224 y ss.).

<sup>148</sup> WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 88 [“Die bloße Nichterteilung einer entsprechenden Auskunft ohne vorherige Nachfrage reicht für die Vollendung der Tatbestandsalternative nicht aus”]; en idéntico sentido ya en WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 871, si bien en esta oportunidad más temprana no queda suficientemente claro cuál sea la fuente para tal afirmación, dado que en tal obra se comenta el art. 7 (1)(7) ECPI, en el cual no se exige dicha petición de información.

<sup>149</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 y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 89; MESEKE, *Tatbestand*, cit., págs. 232 y ss.

<sup>150</sup> *Vid. supra* nota 85.

Ambas referencias estarían poniendo al sujeto en posición de garante, ya sea *por su asimilación al cumplimiento de una función pública* —por actuar “por encargo del Estado”—, lo cual lo situaría en la posición de funcionario público y le adjudicaría ese mismo cometido y el mandato de no incumplir con el deber de velar por el correcto funcionamiento de las instituciones y el respeto de los derechos que debe proteger; o por obligación *cumplir un deber jurídico*, que se funda en que el particular por propia decisión y sin orden estatal se alineó en una política estatal de desapariciones y en tal asimilación se ve vinculado por tanto a los deberes jurídicos que interna o internacionalmente se prevén para los funcionarios públicos<sup>151</sup>. En ninguno de ambos casos se estaría violando por tanto el principio *nemo tenetur*.

c) *Permanencia*. La desaparición forzada es un delito de tipo de ejecución permanente<sup>152</sup>. La CIDH ha destacado que esta prolongación implica una “situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención”<sup>153</sup>. No se trata del tiempo en sí, sino de que en ese lapso en que no se ha brindado información sobre el estado de privación de libertad de la víctima, ni esta ni terceros tienen la posibilidad de ejercer el debido control legal y fáctico de la situación de encierro, por lo que el estado de vulnerabilidad de la víctima es absoluto, y la posibilidad de arbitrariedad del autor del crimen, ya que no existe la posibilidad de que la administración de justicia cumpla con su tarea de control sobre las funciones de los organismos estatales y de canalización de los derechos individuales. Esta “prolongación” afecta por tanto el bien jurídico protegido tanto en su esfera personal, como colectiva. Este requisito, sin embargo, es considerado por MODOLELL GONZÁLEZ contrario a la letra del artículo II CIDFP, ya que en este nada se dice al respecto, mientras que en el ECPI la idea de la “prolongación” sería reconducida a un elemento subjetivo del injusto (“con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” [art. 7 (2)(i), últ. Parte], que actuaría según MODOLELL GONZÁLEZ como “tendencia interna trascendente”<sup>154</sup>.

En cuanto al momento en que tal permanencia concluye, es decir, en cuanto al momento en que cesa la ejecución del delito, la CIDH ha mostrado un desarrollo en su jurisprudencia que consideramos positivo. En sus tres primeras sentencias la Corte analizó las acciones involucradas en la desaparición forzada y se refirió

<sup>151</sup> WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nm. 89 [“wenn der Täter sich aus eigenem Entschluss und ohne Anordnung freiwillig in eine staatliche Politik des Verschwindenlassens einordnet und dabei zugleich eine bestehende Rechtspflicht zur Auskunftserteilung verletzt”]. (“cuando el autor por propia decisión y sin orden se alinea voluntariamente en una política estatal de desapariciones forzadas y lesiona a la vez el deber jurídico subsistente de brindar información”).

<sup>152</sup> *Vid.* por todos HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 128.

<sup>153</sup> Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, *supra* nota 97, párr. 150.

<sup>154</sup> *Vid.* el capítulo de MODOLELL GONZÁLEZ en este volumen.

al momento de la (presunta) muerte de la persona desaparecida mediante su ejecución secreta<sup>155</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 con los indicios reunidos, cesaba la ejecución del delito<sup>156</sup>. A partir del caso Blake, como se mencionó *supra*<sup>157</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>158</sup>. También los parientes cercanos a la persona detenida desaparecida pasaron a ser considerados afectados por el crimen. Con dicha ampliación, la *permanencia* de la ejecución del delito se vio también *extendida*, de modo que ya no la muerte, sino el esclarecimiento de la situación de la persona desaparecida, indica el cese de la ejecución. Esta misma idea ha sido confirmada y seguida mayoritariamente por la doctrina<sup>159</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 empezara con anterioridad a que el Estado en cuestión hubiera aceptado dicha competencia, en tanto el injusto continuara. Esta jurisprudencia se mantuvo en las sentencias posteriores, y así dijo la Corte en el caso Heliodoro Portugal:

“[...] a diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aún si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha [...] En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto [sic] dicha violación hubiera continuado. En este sentido, la Corte observa que el artículo III de la Convención sobre Desaparición Forzada establece que una desaparición forzada «será considerad[a] como [sic] continuad[a] o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima». De igual manera, la Corte ha señalado anteriormente que «mientras no sea determinado el paradero de [...] personas [desaparecidas], o debidamente localizados e identificados sus restos, el tratamiento jurídico adecuado para [tal] situación [...] es [el] de desaparición forzada de personas»<sup>160</sup>.

<sup>155</sup> Vid. los casos Velásquez Rodríguez v. Honduras, *supra* nota 94, párrs. 155-157; Godínez Cruz vs. Honduras, *supra* nota 94, párrs. 163-165; Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, *supra* nota 94, párrs. 148-150. En las próximas tres sentencias la Corte no volvió a tratar el tema de las acciones propias de la desaparición forzada de personas.

<sup>156</sup> Vid. en este sentido GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 49, espec. nota al pie 28.

<sup>157</sup> CIDH, caso Blake vs. Guatemala, véase *supra* nota 101 y texto principal.

<sup>158</sup> ComIDH, caso Quinteros vs. Uruguay, *supra* nota 99.

<sup>159</sup> Vid. HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 128 (“when the fate or whereabouts of the person is known”); SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 146 y ss.

<sup>160</sup> CIDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sent. de 12 agosto 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 34.

Una consecuencia directa de la consideración del crimen de desaparición forzada como delito permanente es así el efecto inmediato que tal permanencia tiene en la validez temporal de la ley que debe ser aplicada y por tanto también el efecto sobre la competencia de la Corte. Expresamente ha dicho la Corte en una de sus últimas sentencias:

“Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable”<sup>161</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 prolonge” en inglés, como explica HALL, no hace referencia a una larga duración, sino a hacer algo más largo, extender o prolongar, por lo que un “prolonged period of time” hace referencia a una cierta extensión, y no a una extensión determinada en horas, días, semanas, meses o años<sup>162</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 después, concluyendo así la continuación del delito”<sup>163</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>164</sup>. En contra de esta idea, en cambio, parece expresarse WERLE al interpretar el § 7, Abs. 1, Nr. 7 VStGB: “Privaciones de la libertad de solo poca duración no son abarcadas por el ámbito

<sup>161</sup> Caso Tiu Tojin vs. Guatemala, *supra* nota 60, párr. 87.

<sup>162</sup> Vid. HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 133.

<sup>163</sup> HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 133 [“Indeed, it is in the first few hours and days after the initial deprivation of liberty and the refusal to acknowledge or to give information that the person is most at risk. In some countries there is a pattern of «disappearances» in which the victim, absent effective outside intervention, is killed after a matter of days and the bodies may be found shortly afterwards, thus, ending the continuing crime”].

<sup>164</sup> Actualmente estaría reconocido que ese período no pudiera exceder de las 24 o 48 horas (HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 133, nota al pie 592). Véase una compilación de la ley a los estándares relevantes respecto del contacto con el mundo exterior en Amnesty International, Fair Trials Manual, AI Index: POL 30/002/1998, 1° de diciembre de 1998, capítulos 4 (“el derecho de los detenidos a tener contacto con el mundo exterior”) y 5 (“Derecho de ser llevado inmediatamente ante un juez o un oficial de justicia”).

de aplicación de la normativa<sup>165</sup>, dejando sin embargo abiertas las pautas para definir cuándo la duración es “poca” o “mucho”<sup>166</sup>.

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>167</sup>). Así también la doctrina, que relaciona este elemento subjetivo con el que motivó en su momento a Hitler al decretar esta práctica<sup>168</sup>, “concebida precisamente para evadir el entretejido legal de la protección de los derechos humanos”<sup>169</sup>. En este sentido interpreta entonces la doctrina el elemento subjetivo de la definición legal del ECPI: se trata del dolo (“Vorsatz”) más una intención especial (“Absicht”)<sup>170</sup>, que podrá ser entendida tanto como requisito de una “intencionalidad más intensa”<sup>171</sup>, o como “ultraintencionalidad”<sup>172</sup>. Esta misma idea se confirma en el texto del VStGB (“con la inten-

<sup>165</sup> WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., núm. 87 [“Freiheitsentziehungen von nur geringer Dauer unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Vorschrift”].

<sup>166</sup> El texto del proyecto de ley presentado por el Bundesrat no esclarece el punto, limitándose a subrayar que por tratarse de una privación de la libertad corporal “de carácter grave” (“in schwerwiegender Weise der körperlicher Freiheit beraubt”) el tipo penal exige que sea de mucha duración (cfr. BR-Drs. 29-02 del 18 de enero de 2002 (Zu §7 Abs. 1 Nr. 7 Buchstabe a).

<sup>167</sup> Como se afirmó privar del ejercicio de sus derechos y por tanto dejar fuera de la ley a la persona detenida se desprende de los propios elementos típicos de la figura y de las características de los casos efectivamente registrados (uso de escuadrones que actúan sin llevar uniforme, en vehículos no identificables, sin órdenes de detención, detención en lugares de encierro especiales, etc.). *Vid.* en este sentido HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 132 (“In the light of these common characteristics of the crime, such factors are convincing circumstances that all of those involved in the crime intend to deprive the victim of the protection of the law”).

<sup>168</sup> HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 132. Sobre el decreto Nacht und Nebel, véase *supra* nota 9.

<sup>169</sup> WILDER TAYLER, “Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of All Persons from Forced Disappearance”, en *International Commission of Jurists: The Review* núm. 62-63, 2001, pág. 65 [“conceived precisely to evade the legal framework of human rights protection”].

<sup>170</sup> *Vid.* AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., § 7 nota marginal núm. 216; MESEKE, *Tatbestand*, cit., pág. 233; CRYER *et al.*, *An Introduction to international criminal law and procedure*, Cambridge, CUP, 2007, pág. 217; ROBERT KOLB, “Droit international pénal”, en R. Kolb, *Droit international pénal: précis*, Bâle, Helbing Lichtenhahn *et al.*, 2008, pág. 111.

<sup>171</sup> *Vid.* AMBOS, *La parte general*, cit., págs. 427 y ss. y 433 y ss., donde se señala que la figura tiene una exigencia de dolo más intensa que la requerida por el art. 30 ECPI. Véase de acuerdo con esta idea MESEKE, *Tatbestand*, cit., pág. 233.

<sup>172</sup> Así MODOLELL GONZÁLEZ en su texto en este volumen.

ción de sustraerla por tiempo prolongado de la protección de la ley”) que según los fundamentos dados por el legislador se refiere a “una intención distinta del dolo” exigida por el tipo penal<sup>173</sup>.

Se desprende de la nota al pie 23 de los *Elementos de los crímenes del ECPI* (“Dado el carácter complejo de este crimen, se reconoce que en su comisión participará normalmente más de un autor con un propósito delictivo común”), que como no es necesario que sea el mismo actor el que lleve a cabo todos los actos de esta figura compleja, tampoco se exige que la frase “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley [...]” sea aplicada a un solo sujeto respecto de todos los actos realizados por otros sujetos. Sí es necesario, sin embargo, un cierto conocimiento respecto de los otros actos. Así lo estipula el *elemento 3*, aclaratorio de la desaparición forzada de personas en el ECPI:

“3. Que el autor haya sido consciente de que: (27)

”a) Tal aprehensión, detención o secuestro sería seguido en el curso normal de los acontecimientos de una negativa a reconocer la privación de la libertad o a dar información sobre la suerte o el paradero de esa persona o personas (28); o

”b) Tal negativa estuvo precedida o acompañada de esa privación de libertad”.

La primera nota al pie 27<sup>174</sup> hace referencia al artículo 30 (2) ECPI, mientras que la nota al pie 28<sup>175</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>176</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 situación de que la persona, sobre la que se niega el brindar información, se encuentra privada de su libertad en forma ilegítima<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> *Vid.* BR-Drs. 29-02 del 18 de enero de 2002 (Zu §7 Abs. 1 Nr. 7 Buchstabe b): “In subjektiver Sicht verlangt die Vorschrift neben dem Vorsatz die Absicht, eine Person, «für längere Zeit dem Schutz des Gesetzes zu entziehen»”. [“Desde el punto de vista subjetivo [...] la normativa exige junto al dolo la intención de sustraer a una persona «por tiempo prolongado de la protección de la ley”].

<sup>174</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>175</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>176</sup> WITSCHEL y RÜCKERT, “Genocide and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime”, en H. Fischer/ C. Kreß/ S.R. Lüder (coord.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 2001 págs. 102-103.

<sup>177</sup> *Vid.* WERLE, *Völkerstrafrecht*, cit., pág. 872; WERLE y BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar*, cit., nota marginal núm. 89.



e) *La (ir)retroactividad y el principio de legalidad*. El ámbito de jurisdicción temporal ampliado a partir del caso Blake<sup>178</sup>, se extendió nuevamente, en otro sentido, con el caso Trujillo Oroza<sup>179</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>180</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 CIDH entendió que como el Estado mismo reconocía haber cometido el crimen de desaparición forzada en 1972, la jurisdicción de la Corte se veía habilitada para afirmar la desaparición forzada desde esa misma fecha. Esta decisión tuvo efectos directos en la reparación pecuniaria ordenada en favor de los familiares, que no fue calculada desde 1993, sino desde 1972<sup>181</sup>. Además, la CIDH se ha manifestado expresamente en favor de la retroactividad de su jurisdicción para los casos en que un Estado haya reconocido la competencia de la Corte con posterioridad a que fuera empezada la desaparición forzada<sup>182</sup>. Así lo ha hecho también el TEDH<sup>183</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 Estatuto”. Los elementos 7 y 8, como se señaló anteriormente, se refieren a “que la conducta se haya cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil” (elemento 7) y a que “el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era [sic] parte de un ataque

<sup>178</sup> CIDH, caso Blake vs. Guatemala, véase *supra* notas 101 y 157 y texto principal.

<sup>179</sup> CIDH, caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, sent. de 26 enero 2000, serie C, núm. 64 (Fondo).

<sup>180</sup> Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, *supra* nota 179, párr. 42.

<sup>181</sup> CIDH, caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, sent. de 27 febrero 2002, serie C, núm. 92 (Reparaciones), párr. 97.

<sup>182</sup> Caso Heliodoro Portugal, *supra* nota 130, párr. 34. La Comisión de Derechos Humanos, en cambio, evitó pronunciarse al respecto en el caso Menanteau Aceituno y Carrasco Vásquez vs. Chile, Comunicación núm. 746/1997, 4 agosto 1999, en que tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de tres cuestiones centrales atinentes al ámbito de aplicación de la ley (la responsabilidad del Estado por violaciones de derechos humanos cometidos bajo un gobierno anterior, la compatibilidad de las leyes de amnistía con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la propiedad de recursos tales como la creación de comisiones de verdad y reconciliación) y no lo hizo. *Vid.* crítico al respecto SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 121.

<sup>183</sup> *Vid.* el caso Kolk and Kislyiy v. Estonia., sent. de 17 enero 2006 (Application núm. 23052/04 y núm. 24018-04). En el caso Boucherf vs. Algeria, Comunicación núm. 1196/2003, 27 abril 2006, la Com. Eur. de DDHH se refirió expresamente al tema de un proyecto de ley de amnistía, sin rechazarlo contundentemente, sino solo considerando que Algeria no debería basarse en tal proyecto para actuar en contra de quienes intentaran llevar casos de desaparición forzada ante la Comisión. Tal expresión en forma condicional deja abierta por tanto la puerta a la violación de los derechos reclamados ante la Comisión. *Vid.* críticos al respecto SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 130.

generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo” (el. 8). Esto significa que la competencia de la CPI no solo se determina de acuerdo con el comienzo del período comisivo (cuando se incumple por primera vez el deber de informar), sino también de acuerdo con el momento en que se empieza el ataque que determina el contexto, lo cual es ciertamente problemático<sup>184</sup>. Esta interpretación, de todos modos, no tiene una base en el Estatuto<sup>185</sup>. En cuanto a la jurisdicción temporal, el ECPI se limita a establecer en los artículos 11 y 22 (1) la prohibición de retroactividad *ratione personae*<sup>186</sup>.

### C) *Jurisprudencia respecto del derecho procesal*

La dificultad probatoria es uno de los problemas centrales al momento de juzgar el delito de desaparición forzada. En general, lo único —y último— sobre lo que hay conocimiento cierto es el momento en que el sujeto es secuestrado o arrancado de su entorno, en caso de que haya habido testigos de tal acto, por lo que toda circunstancia posterior queda precisamente en la incertidumbre y falta por tanto de pruebas<sup>187</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 en los que se ha reunido escaso material probatorio: los testimonios de quienes han “aparecido” y las pruebas físicas y psíquicas de los tratos recibidos, las huellas de los centros de detención descubiertos con posterioridad, el patrón seguido en muchos casos en cuanto al perfil de los “desaparecidos” —que depende obviamente del contexto en que se cometan los hechos— y los testimonios de los “insider”, que formaron parte de alguna manera de la estructura estatal o de las agrupaciones que cometieron estos crímenes<sup>188</sup>.

La suma de los indicios como prueba suficiente ha sido considerada ya en el caso Bleier, el primer caso de desaparición forzada de personas analizado por la

<sup>184</sup> Así también HALL, en Triffterer, *Commentary*, cit., nota marginal núm. 134, nota al pie 594: “For example, if prisoners who were initially deprived of their liberty, lawfully or unlawfully, before entry into force [the Statute] were to «disappear» in detention in connection with an attack on a civilian population that occurred after that date, then the Court would be able to exercise jurisdiction”.

<sup>185</sup> En efecto, la inclusión de esta aclaración al redactarse los *Elementos de los crímenes* fue realizada por insistencia de delegaciones de países de Latinoamérica que pretendían excluir precisamente la posibilidad de la jurisdicción *ratione temporis* a los casos de desaparecidos en el contexto de las dictaduras de las últimas décadas del siglo pasado. *Vid.* WITSCHEL y ROCKERT, en *Elements of crimes*, cit., pág. 102.

<sup>186</sup> Así también HÉCTOR OLÁSULO, “A note on the evolution of the principle of legality in ICL”, en *Criminal Law Forum*, núm. 18, 2007, pág. 307; ANDREAS SCHÜLER, “Das Rückwirkungsverbot im Völkerstrafrecht”, en H.-H. Kühne, R. Esser y M. Gerding (Coords.) *Völkerstrafrecht. 12 Beiträge zum internationalen Strafrecht und Völkerstrafrecht*, Osnabrück, Jonscher, págs. 197 y ss.

<sup>187</sup> Sobre esto SANCINETTI y FERRANTE, “Argentinien”, cit., pág. 99.

<sup>188</sup> *Vid.* GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., págs. 19 y ss. con más referencias.



CIDH<sup>189</sup>, en el cual se estableció el principio de inversión de la carga de la prueba<sup>190</sup> dadas las circunstancias propias de la desaparición forzada<sup>191</sup>. Esta decisión fue seguida luego por la CIDH a partir del caso Velásquez Rodríguez<sup>192</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 aquellas”<sup>193</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

<sup>189</sup> Establecido en cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

<sup>190</sup> Este principio, sin embargo, no debe verse como mera creación de la jurisprudencia, sino concreción del artículo 42 del Reglamento de la ComIDH: “Se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al gobierno del Estado aludido si, en el plazo máximo fijado por la Comisión de conformidad con el artículo 34, párrafo 5, dicho gobierno no suministrare la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa”.

<sup>191</sup> ComIDH, caso Bleier v. Uruguay, Comunicación núm. R.7/30, 29 de marzo de 1982. En el caso Yurich, sin embargo, la Comisión ha hecho un retroceso al respecto (ComIDH, caso Yurich vs. Chile, Comunicación núm. 1978/2002, 12 de diciembre de 2005, párr. 6.4) al considerar inadmisibles el caso en cuestión porque el actor no pudo demostrar por ningún medio que tras la entrada en vigencia en Chile del Protocolo Opcativo del PIDCP el Estado chileno haya realizado algún acto que confirmase la desaparición forzada ocurrida con anterioridad a dicha entrada en vigencia. La Comisión dio así prioridad a la objeción *ratione temporis* en desmedro de la naturaleza permanente del crimen, del derecho a la verdad de los familiares y sin considerar el principio de inversión de carga de la prueba sostenido anteriormente por la Comisión. Cfr. también en desacuerdo con la decisión SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 125 y ss., 190 y ss. (“The criterion applied by the Committee that apparently requires the author of a communication to demonstrate that a State has undertaken actions that would constitute a confirmation of the disappearance lacks any normative or judicial basis and acts to the full detriment of the victim”, pág. 126). Con posterioridad la Comisión retomó su jurisprudencia anterior en el caso Bousroual vs. Algeria, Comunicación núm. 992-2001, 24 abril 2006, sosteniendo nuevamente el principio de la inversión de la carga de la prueba.

<sup>192</sup> CIDH, caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, *supra* nota 94, párr. 80, consideraciones reiteradas luego en el caso Godínez Cruz vs. Honduras, *supra* nota 94, párr. 87, caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, *supra* nota 94, párr. 102. *In extenso*, también a partir de Velásquez Rodríguez, se ha expedido la Corte respecto del carácter especial de las violaciones de derechos humanos que fundan la condena con base en presunciones (Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párrs. 122 y ss.).

<sup>193</sup> CIDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *supra* nota 192, párr. 80.

momento de juzgar violaciones de derechos humanos y en especial en el caso de la desaparición forzada, dado que de lo contrario víctimas y familiares se verían frente a una segura denegación de justicia<sup>194</sup>. Discutible parece ser sin embargo, hasta qué punto puede aceptarse tal principio en el ámbito penal<sup>195</sup>. Expresamente ha sentado esta diferencia la CIDH precisamente en Velásquez Rodríguez: “En efecto, la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. Los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones.

”A diferencia del derecho penal interno, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado”<sup>196</sup>.

Entendemos que ha resuelto expresamente la CIDH años después esta diferenciación y la duda acerca de la validez de este principio en el ámbito del derecho penal (aun del internacional) al sentar que al describirse la figura típica de desaparición forzada en los ordenamientos nacionales, no puede exigirse (como lo hace el ordenamiento peruano), que la desaparición sea “debidamente comprobada” (C. P. peruano, art. 320). Esto lo confirmó la CIDH en el caso Gómez Palomino, en que ordenó a Perú modificar dicha exigencia por acarrear serios problemas de interpretación e imponer a los familiares de la persona desaparecida una indebida carga de la prueba<sup>197</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 procedimientos concretos del autor, una determinada forma de práctica generalizada etc.)<sup>198</sup>.

<sup>194</sup> Cfr. SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, págs. 107, 190 y ss. (“To impose on the relatives of the victims the burden to prove what has concretely happened represents a sort of *probatio diabolica*. It goes without saying that, if a person has disappeared and his relatives are denouncing such an event, the latter are not in a position to prove anything about the fate and whereabouts of their loved one. If they could, they would complain about a different violation, such as arbitrary killing, illegal deprivation of liberty or torture”, págs. 190-191).

<sup>195</sup> Cfr. GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 48 nota al pie 27. *Vid.* también sobre esta discusión CLAUDIO GROSSMAN, “Desapariciones en Honduras: la necesidad de representación directa de las víctimas en litigios sobre derechos humanos”, en P. Nikken (Coord.), *The Modern World of Human Rights: Essays in honour of Thomas Buergenthal*, San José de Costa Rica, IIDH, 1996, págs. 347 y ss.

<sup>196</sup> Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, *supra* nota 94, párrs. 134-135.

<sup>197</sup> Caso Gómez Palomino vs. Perú, *supra* nota 64, párr. 149.

<sup>198</sup> GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 83.

El TEDH, por su parte, también acepta a partir del caso *Timurtas*<sup>199</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>200</sup>; puede decirse que en general no ha adoptado la regla de la "duda razonable" con demasiada exigencia<sup>201</sup>, en realidad, en varios casos es realmente una inversión de la carga de la prueba la que lleva a la decisión adoptada<sup>202</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 CIDH y sentar también expresamente en su jurisprudencia el principio de la inversión de la carga de la prueba<sup>203</sup>.

### 3. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE UN TIPO MODELO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La figura de la desaparición forzada es sin lugar a dudas extremadamente compleja<sup>204</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, y en el ámbito internacional, consideramos que hay *ciertas pautas que deben*

<sup>199</sup> TEDH, caso *Timurtas v. Turkey*, sent. de 13 junio 2000, párr. 85, en la cual la Corte recurre a un análisis aritmético respecto del tiempo transcurrido (transcurso de más de seis años y medio) desde la privación de la libertad para sostener así la presunción de la muerte. En el primer caso del TEDH sobre desaparición forzada de personas, en cambio, *Kurt vs. Turkey*, *supra* nota 102, la Corte había desestimado una violación del art. 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 CIDH, pueda explicarse tal vez por una insuficiente comprensión de las prácticas de desaparición forzada de personas de parte de algunos jueces. Cfr. en este sentido SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 191.

<sup>200</sup> En *Cyprus vs. Turkey*, sent. de 10 mayo 2001, la Gran Cámara de la Corte entendió que las evidencias no eran suficientes para considerar violado el art. 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*, sent. de 31 mayo 2001, el camino trazado por el caso *Timurtas*.

<sup>201</sup> Cfr. SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 213.

<sup>202</sup> Entre los últimos casos en este sentido pueden contarse *Bazorkina vs. Russia*, sent. de 27 julio 2006; *Imakayeva vs. Russia*, sent. de 9 noviembre 2006.

<sup>203</sup> Concordante con esta observación SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., pág. 213.

<sup>204</sup> AMBOS, "Verbrechenselemente" sowie Verfahrens- und Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshof", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, pág. 406; WIEBKE RÜCKERT y GEORG WITSCHIEL, "Genocide and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime", en H. Fischer, C. Kreß y S. R. Lüder (Coord.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 2001, pág. 89; GRAMMER, *Der Tatbestand*, cit., pág. 96.

*tenerse en cuenta* al momento de sancionarse esta figura penal y al momento de evaluarse la reforma del tipo penal existente, en los casos en que este ya se encuentre previsto en el ordenamiento nacional.

El *bien jurídico* afectado por la desaparición forzada es múltiple, y puede diferenciarse en tres aspectos, a saber: en el *individual* se afecta en primer término el ámbito físico-psíquico de la víctima (p. ej. privación de la libertad, lesiones, maltrato, en última instancia la muerte) y en segundo término su seguridad en sentido general, incluso su seguridad jurídica y su derecho a ejercer los recursos necesarios para hacer reconocer y defender, precisamente, sus derechos. En el *familiar* se afecta el derecho de los allegados a conocer de la situación, actuar jurídicamente en defensa de los derechos de la persona detenida-desaparecida y, en su caso, conocer el destino corrido por ella y recuperar sus restos mortales. En este segundo aspecto, por tanto, no se trataría de la víctima material (la del nivel individual) sino de un sujeto pasivo que llamaremos *víctima afectiva*. El tercer y último aspecto de afectación es el *colectivo*, en el cual es la sociedad en su conjunto la que se ve afectada por el debilitamiento institucional que causa la obstrucción de los mecanismos de administración de justicia y por la imposibilidad de reconstrucción de la verdad histórico-social. Se trata así de la sociedad como sujeto pasivo del delito.

Los hechos deben cometerse en un *contexto* específico, esto es, en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Este contexto debe conformar el tipo penal de la desaparición forzada como elemento normativo del tipo objetivo. Los elementos de contexto son precisamente los que caracterizan la gravedad propia de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, dada la indefensión a que se ven sometidos los miembros de esa población, que, precisamente por dicho contexto, se ven impedidos de acudir por las vías regulares a los agentes designados para la protección de sus derechos. De no estar dado el elemento de contexto, los hechos no pueden ser calificados como desaparición forzada —dado que entendemos que este es un crimen propiamente de carácter penal internacional—. Ante la falta del elemento de contexto, los hechos podrán ser juzgados como delitos comunes que, según el caso, podrán configurar privación ilegítima de la libertad agravada por el carácter de funcionario del autor, o por las graves condiciones de la privación de la libertad, la duración, o incluso por la muerte, etcétera. El elemento de contexto no debe entenderse en el sentido de que la privación de la libertad y la negación de información al respecto hayan sido cometidas en forma generalizada o sistemática, sino en el sentido de que hayan sido cometidas *en el marco* de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. El hecho individual (privación de libertad seguida de la no información acerca de ella (alt. 1), o la no información (alt. 2) forma parte del hecho general ("Gesamtat") de ataque generalizado o sistemático contra una población civil<sup>205</sup>.

<sup>205</sup> Importante es distinguir el caso de *desaparición forzada* del de *tortura*, en cuanto a que este sí puede constituir un delito ordinario en caso de que no exista el elemento de contexto, mientras que la *tortura* es un acto que sin lugar a dudas puede ser cometido en forma individual y sin requerir un

La desaparición forzada es un *delito especial*, dado que solo puede ser cometido por personas que revisten ciertas características determinadas. Solo el Estado, o particulares que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia<sup>206</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 solo puede provenir del Estado mismo, dado que únicamente el Estado dispone de tales recursos y precisamente los niega si no informa sobre lo que está obligado a informar (lo que se extiende al particular que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia de este). Si la privación de libertad de una persona y la falta de información al respecto son cometidos por un agente no estatal o sin autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, este se encuentra en condiciones de movilizar sus recursos materiales y jurídicos para el esclarecimiento y juzgamiento de los hechos en cuestión, por lo que el ámbito de afectación se ve reducido al nivel individual físico-psíquico de la persona privada de la libertad.

En este contexto surge la pregunta acerca de si *organizaciones políticas*<sup>207</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 artículo 7° (2) ECPI, en el cual las organizaciones políticas son consideradas sujetos activos de crímenes contra la humanidad. Si bien compartimos esta idea para los otros crímenes contra la humanidad, consideramos que es cuestionable en el caso de desaparición forzada. En primer término por el carácter del bien jurídico protegido, que está directamente vinculado con el acceso a los recursos tendentes a esclarecer la situación de privación de la libertad; el Estado es el único actor en disposición de tales recursos y el único por tanto que puede ponerlos al alcance de quienes los requieran o, como sucede en la desaparición forzada, bloquearlos. Por ello, este

contexto específico (en cualquier comisaría, en cualquier cárcel, cualquier policía o custodio puede torturar a un detenido y violar así el bien jurídico protegido integridad física, dignidad, etc.). En el caso de la desaparición forzada, el bien jurídico protegido se relaciona directamente con el acceso a los recursos de esclarecimiento de los hechos y la administración de justicia, que solo en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil podrían verse bloqueados, lo que dificulta, si no imposibilita, el pensar en un caso de desaparición forzada que no integre un *Gesamtat*.

<sup>206</sup> Sobre el necesario vínculo entre el Estado y estos grupos de particulares, véase ya *supra* notas 122 y ss. con texto principal.

<sup>207</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 i. e., fuerzas de seguridad, unidades policiales, etc.) para que una organización política devenga en organización política en el sentido de la normativa internacional (art. 7, inc. 2 ECPI; cfr. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit.; § 7 nota marginal núm. 188, con más referencias).

bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente podrá ser violado por una organización política si ella pone a la persona privada de la libertad fácticamente fuera del alcance de los recursos estatales. Es decir, el bien jurídico de acceso a la administración de justicia únicamente se verá afectado si esa organización mantiene privada de la libertad a una persona en un territorio al cual el Estado no tiene acceso y en el cual por tanto sus recursos no pueden ser 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 producen, sin embargo, una segunda dificultad, relativa a la calidad especial del autor del crimen y por tanto, al deber de información que se desprende de él (y es plasmado en la descripción penal de la desaparición forzada como mandato del tipo penal mismo). Una organización política podrá ser asimilada al Estado, según el DIH, en cuanto al monopolio de la fuerza que ejerce sobre un determinado territorio y por tanto en cuanto a su posibilidad de bloquear el acceso a la administración de justicia en un caso de privación de la libertad; sin embargo, una organización política no puede ser asimilada al Estado en cuanto al deber de protección y de propiciar la seguridad que tienen sus agentes respecto de los derechos de los habitantes de ese Estado (por lo menos no en una concepción clásica del derecho público internacional, según la cual solamente el Estado es sujeto jurídico internacional y así destinatario de las obligaciones internacionales). Si una organización política priva de la libertad a una persona, por tanto, no tiene ningún deber de informar al respecto. Si se estipulase tal exigencia en el tipo penal, sería necesariamente artificial. El tipo penal respecto de las organizaciones políticas, por ende, no puede tener la misma estructura que tiene respecto del Estado o de los particulares que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia.

Si una organización política (o un particular con su autorización, apoyo o aquiescencia) priva de la libertad a una persona y la traslada al territorio bajo su control, o la mantiene en él, al cual el Estado no tiene acceso y por tanto sus recursos se ven bloqueados, la estructura típica será de *comisión* y no de incumplimiento del deber. No se trata del incumplimiento de un mandato, sino de la privación de libertad seguida del ocultamiento de una persona en el territorio bajo control de la organización política (o de una organización política *aliada*). La ejecución del crimen permanece mientras la persona continúe privada de la libertad fuera del ámbito territorial de control estatal (dado que tanto esta persona como sus familiares y la sociedad misma se ven incapacitados de actuar con vistas al esclarecimiento de los hechos). Es un delito permanente, en tanto el ocultamiento de la privación de la libertad continúe fuera del alcance estatal. Tal conducta requiere ser cometida con dolo y con la intención de sustraer a la persona del ámbito de actuación y por tanto de protección del Estado. Únicamente si están dados todos estos requisitos podrá considerarse a una organización política sujeto activo del

crimen de desaparición forzada, el que en caso de tipificarse deberá ser considerado por tanto en un inciso segundo, es decir, una tercera alternativa de comisión. Nuestra reserva al respecto, sin embargo, sigue vigente, no solo por las dificultades propias de la construcción explicada, sino porque de sancionarse tal tipo penal, existe el alto riesgo de que el Estado acentúe los procesos de selección propios del sistema penal y se vea tentado a utilizar la figura penal para la persecución de sus contrincantes, pero no para los casos cometidos por él mismo o con su autorización, apoyo o aquiescencia.

En cuanto a la calidad especial del autor, por último, es claro que *meros particulares* sin vinculación alguna al Estado o a una organización política no pueden ser autores de este crimen (ni de ningún otro crimen contra la humanidad).

El crimen de desaparición forzada de personas (volviendo ahora a la formulación clásica de su estructura típica) tiene *dos alternativas de comisión*. La *primera alternativa de comisión* incluye dos fases, a saber: la privación de la libertad y la negativa a brindar información al respecto. En esta alternativa la privación de la libertad debe entenderse como acto preparatorio, y puede ser legal, o ilegal. En caso de ser ilegal, si la segunda fase del delito no se alcanza, no habrá tentativa, sino privación ilegítima de la libertad (agravada probablemente por la condición de funcionario público del autor). En ambos casos el delito se consuma en el momento en que se supera el plazo dentro del cual la información debía ser brindada o, en caso de que no exista tal plazo, dentro de las cuarenta y ocho horas<sup>208</sup> desde que empezó la privación de la libertad. Si esta era legal, pasará a ser ilegal. La *segunda alternativa de comisión* se compone exclusivamente de la segunda fase, dándose como condición necesaria el que la privación de la libertad haya tenido lugar con anterioridad (la cual por supuesto no fue practicada por el autor de esta segunda alternativa). En este caso el autor adquiere conocimiento de la situación de privación de la libertad luego que esta ha sido llevada a cabo (siendo indistinto si para el otro autor,

<sup>208</sup> Este plazo máximo no solo coincide en general con los plazos previstos en los ordenamientos nacionales en cuanto a la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad judicial (normalmente a lo más cuarenta y ocho horas, véase para América Latina EZEQUIEL MALARINO, "Un resumen comparativo", en: K. Ambos, J. L. Gómez Colomer y R. Vogler (Eds.), *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos*, Bogotá, 2003, disponible en [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene\\_Projekte.html#police](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene_Projekte.html#police), págs. 579 y ss., 619 y s. con nota 168), sino que se funda principalmente en recomendaciones habidas al respecto en el ámbito del derecho internacional humanitario (cfr. *supra* nota 164). Así también, en cuanto a la obligación de notificación de una detención (contraparte del "right to have the fact of their detention and the place in which they are being held made known to a relative or other person of their choice") ha dicho el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT): "The period of time for which the exercise of the above-mentioned right may be denied should be substantially shortened (e. g. to a maximum of 48 hours)". (CPT/Inf (2000) 5, 13 abril 2000, párrs. 22-23). Véanse en igual sentido CPT/Inf (2003) 22, 13 marzo 2003, párrs. 13-14; y CPT/Inf (2003) 30, 30 junio 2003, párrs. 34-43. También el TEDH ha sentado el máximo de cuarenta y ocho horas respecto de dar conocimiento de la detención en el caso *Brannigan and McBride vs. UK*, sent. de 26 mayo 1993.

el de la privación de libertad, el plazo de información ha vencido o no) y no informa al respecto transcurrido el plazo legalmente previsto en que debe hacerlo o, en caso de que tal plazo no exista, dentro de las cuarenta y ocho horas desde que tomó conocimiento de la situación de privación de libertad previa.

Se trata por tanto, en ambas alternativas, de un *delito de incumplimiento del deber*, en el cual el deber de informar se desprende directamente de la normativa penal (por lo que el principio *nemo tenetur* no resulta violado), y no de un actuar ilegítimo previo —ya que privación de la libertad pudo haber sido legal en la primera alternativa e incluso no tuvo lugar en la segunda—. El tipo penal impone al Estado y al particular que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia de aquel la obligación de informar sobre la privación de la libertad o sobre el paradero o suerte de la persona privada de la libertad. Este mandato, que el texto penal hace explícito en este tipo penal, se desprende de la naturaleza y fines propios del cargo de funcionario público en cuanto a velar por el correcto funcionamiento de los órganos estatales en vista al bienestar y seguridad de los habitantes. Por este motivo, es previsible que en el ordenamiento interno el deber de información respecto de una privación de la libertad ya esté específicamente estipulado y que sus plazos estén expresamente previstos. De ser así, esos son los plazos que rigen. De no haber tales plazos, la normativa penal explícitamente recoge de las pautas sentadas en el ámbito internacional el plazo de cuarenta y ocho horas y lo estipula expresamente en la figura penal. El delito se consuma al no cumplirse con el mandato en el tiempo legalmente estipulado. Y continúa siendo ejecutado en tanto no se cumpla con el deber de informar impuesto por el tipo penal mismo. Es importante subrayar que no es necesario el emplazamiento previo a la negación de información, lo cual se relaciona con el carácter especial del delito: la *negación de información* de la situación de privación de la libertad de la víctima es *en sí misma* (sin necesidad de que tal información sea expresamente requerida) un *incumplimiento* del mandato que corresponde al funcionario público, o del particular que actúa con autorización, apoyo o aquiescencia estatal, que ha privado de la libertad a una persona, o que tiene conocimiento de tal privación de la libertad.

La desaparición forzada es un crimen de ejecución *permanente* que se consuma, como ya se dijo, en el momento en que se incumple el deber de informar y continúa en su ejecución mientras este deber no sea satisfecho. De esto se desprende que aun cuando la víctima hubiese muerto, si el autor no brinda información sobre la privación de libertad sufrida por esta persona, o no informa acerca de la suerte corrida por ella (o de las circunstancias por él conocidas, en caso de que no esté informado respecto de la suerte efectivamente corrida por la víctima), el delito continúa siendo ejecutado, dado que continúa incumpléndose el deber de información. Si en cambio el delito se esclarece porque la víctima recupera la libertad y por tanto "aparece", el delito cesa en su ejecución. No porque haya cesado la privación de la libertad (que también cesa en el caso de la muerte), sino porque el deber de información es impuesto por el tipo penal en protección de los dere-

chos antes enumerados, y estos dejarían de estar afectados si la víctima recuperara la libertad, dado que la incertidumbre propia de la desaparición forzada cesa (lo cual no sucede en el caso de la muerte, en tanto esa muerte no sea debidamente informada y las circunstancias de ella, esclarecidas). El delito habrá sido consumado durante el tiempo en el que la persona estuvo "desaparecida" y cesa en el momento en que "aparece". Aunque la ejecución cese, permanecen los efectos del injusto en tanto los bienes jurídicos sigan estando afectados, es decir, mientras la falta de información siga bloqueando los recursos materiales y legales para el ejercicio de derechos y el esclarecimiento de los hechos, y mientras de este modo perdure el dolor e incertidumbre en los allegados de la persona desaparecida y en la sociedad en general. Por tratarse de un crimen contra la humanidad, se trata de un crimen imprescriptible.

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

La jurisdicción *ratione temporis* debe ser establecida no de acuerdo con el momento de la privación de la libertad (que, según lo dicho es un acto preparatorio o condición necesaria para la comisión del crimen) sino al *momento en que empieza a incumplirse el mandato de información*, que coincide en el caso de la desaparición forzada con el momento de consumación (*Vollendung*)—aunque no de agotamiento (*Beendigung*)—del delito. El primer momento en que se incumple el deber de información es el momento que debe ser considerado inicio. En este sentido, entonces, en concordancia con la prohibición de la retroactividad como elemento del principio de legalidad [arts. 11, 22 (1) ECPI], la jurisdicción internacional rige solamente para todos aquellos hechos en que el deber de informar se incumplió *tras* de la entrada en vigencia de la normativa. En cuanto al elemento de contexto, entendemos que el ECPI deja abierta la posibilidad de la competencia internacional aun cuando el contexto haya empezado con anterioridad a su entrada en vigencia, aunque esto, como se expuso *supra*, es relativizado en las mencionadas notas al pie de los Elementos<sup>209</sup>. Creemos que la exigencia allí planteada, en cuanto a que el elemento de contexto también deba comenzarse con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma penal, es problemática en situaciones en que el contexto está dado, como en el caso colombiano, desde antes de la entrada en vigencia del ECPI, pero la desaparición forzada (como hecho individual) se comete con posterioridad a dicha entrada en vigencia. Dado que al momento de incumplir el deber de información el autor ya estará en condiciones de conocer el nuevo ordenamiento, es decir, cometerá la acción desde un principio bajo la vigencia de la ley que la prohíbe, no se explica que no pueda imputársele el crimen cometido.

En el aspecto procesal postulamos la *inversión de la carga de la prueba*—aunque esto por supuesto no forma parte del tipo penal y es especial materia de desarrollo de

<sup>209</sup> *Supra* nota 184 y texto principal.

la jurisprudencia—. Dado que el Estado mismo es quien dispone —o por lo menos debe disponer— de los recursos materiales y jurídicos para el esclarecimiento de los hechos, y siendo que en la desaparición forzada son precisamente esos recursos los que el Estado niega a quienes intentan movilizar investigaciones y esclarecer los hechos, no puede exigírseles a estos presentar la prueba de cargo que demuestre los hechos. Es el Estado mismo el que ante la acusación de comisión del crimen de desaparición forzada deberá demostrar que esto no es así.

Con base en las consideraciones, precedentes proponemos el siguiente tipo penal:

*"Desaparición forzada de personas.*

"1. El Estado o el particular que actuare con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, que en el marco de un ataque sistemático o generalizado a una población civil

"1) privare a una persona de la libertad por cualquier medio, y luego no informare sobre la privación de libertad o sobre el paradero o suerte de esa persona dentro del plazo legalmente estipulado o, en su defecto, en el plazo de cuarenta y ocho horas; o

"2) no informare sobre la privación de libertad o sobre el paradero o suerte de la persona privada de la libertad dentro del plazo legalmente estipulado o, en su defecto, en el plazo de cuarenta y ocho horas a partir de haber tenido conocimiento sobre la privación de la libertad a que hace referencia el apartado anterior,

"con la intención de dejar a esa persona fuera del amparo de la ley, será penado con [...]"

"2. La organización política o el particular que actuare con la autorización, apoyo o aquiescencia de una organización política, que en el marco de un ataque sistemático o generalizado a una población civil privare a una persona de la libertad y la mantuviere oculta en territorio que se encontrare fácticamente bajo control de dicha organización, con la intención de dejar a esa persona fuera del ámbito de protección del Estado, será penada con [...]"

Sin duda esta propuesta y las consideraciones que llevan a ella serán materia de próximas investigaciones exclusivamente concentradas en la precisión de los aspectos dogmáticos de la figura y sus consecuencias. Con este trabajo esperamos haber dado el primer paso en esa dirección.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La desaparición, crimen contra la humanidad. Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada de personas*, Buenos Aires, 1987.



- *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. El "nunca más" y la comunidad internacional*, Buenos Aires, 1989.
- *Memorias del Seminario internacional sobre desaparición forzada, Derecho penal y Procesos restaurativos: Dilema y desafíos de la verdad, la justicia y la reparación en el contexto colombiano*, Bogotá, Fundación Social, 2006.
- AMBOS, KAI: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2008.
- *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, Atelier, 2008.
- *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- *Temas de derecho penal internacional y europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2005. (Versión original en alemán: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, 2 Aufl, Berlin, Duncker & Humblot, 2004).
- "Impunidad, CPI y Colombia", en Fundación País Libre-Fundación Konrad Adenauer (Eds.), *CPI. Instrumento de paz para Colombia*, Bogotá, 2004.
- "Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional", en RBCC (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), núm. 49, julho-agosto de 2004.
- "'Verbrechenselemente' sowie Verfahrens- und Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshof", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001.
- *Impunidad y derecho penal internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.
- "Impunidad", Makrokriminalität und Völkerstrafrecht. Zu Ausmaß, Ursachen und Grenzen der weltweiten Straflosigkeit von Menschenrechtsverletzungen", en *Kritische Vierteljahreszeitschrift*, 1996.
- AMBOS, KAI y EZEQUIEL MALARINO (Coords.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.
- Amnistía Internacional: *Desapariciones*, Barcelona, Edit. Fundamentos, 1983.
- ANDREU-GUZMÁN, FEDERICO: "The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", en *International Commission of Jurists. The review*, núm. 62-63, 2001.
- BASSIOUNI, M. CHERIF: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., Kluwer Law International, 1999.
- "Crimes Against Humanity", en M. Cherif Bassiouni (Coord.), *International Criminal Law*. vol. 1, Sources, Subjects, and Contents, 3ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- "Principles of Legality in International and Comparative Criminal Law", en M. Cherif Bassiouni (Coord.), *International Criminal Law*, vol. 1, Sources, Subjects, and Contents, 3ª ed., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

- BORZUTZKY, SILVIA: "The Politics of Impunity: The Cold War, State Terror, Trauma, Trials and Reparations in Argentina and Chile", en *Latin American Research Review*, vol. 42, núm. 3, October 2007.
- BOURGON, STÉPHANE: "Jurisdiction *ratione temporis*", en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002.
- BRODY, REED y GONZÁLEZ FELIPE: "Nunca más: An Analysis of International Instruments on 'Disappearance'", en *Human Rights Quarterly*, 19, 1999.
- BRUER-SCHÄFER, ALINE: *Der Internationale Strafgerichtshof: die internationale Strafgerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Recht und Politik*, Frankfurt a.M., Lang, 2001.
- CASSESE, ANTONIO: "Crimes against Humanity", en A. Cassese, P. Gaeta y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002.
- CASSESE, ANTONIO; GAETA, PAOLA y JONES, JOHN: *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002.
- CORNELIUS, KAI: *Vom spurlosen Verschwindenlassen zur Benachrichtigungspflicht bei Festnahmen*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.
- CRYER, ROBERT; FRIMAN, HAKAN, ROBINSON DARRYL y WILMSHURST ELIZABETH: *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*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 2008.
- FERNÁNDEZ, GONZALO D.: "Landesbericht Uruguay", en A. Eser, U. Sieber, J. Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Parte 11 (Chile-Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008.
- FERNÁNDEZ VÉLEZ, GIOVANNA F.: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- FILIPPINI, LEONARDO G.: "Materiales sobre los elementos específicos de los crímenes contra la humanidad en el art. 7º del Estatuto de Roma", en P. F. Parenti, L. G. Filippini y H. L. Folgueiro (Coords.): *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: orígenes y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- GIL GIL, ALICIA: *Derecho penal internacional*, Madrid, 1999.
- GLASER, STEFAN: "La méthode d'interpretation en droit international pénal", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, núm. 9, 1966.
- GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Crímenes de lesa humanidad*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1998.
- GRAMMER, CHRISTOPH: *Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person. Transposition einer völkerrechtlichen Figur ins Strafrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.



- GROSSMAN, CLAUDIO: "Desapariciones en Honduras: la necesidad de representación directa de las víctimas en litigios sobre derechos humanos", en P. Nikken (Coord.), *The Modern World of Human Rights: Essays in honour of Thomas Buergenthal*, San José de Costa Rica, IIDH, 1996.
- GUEST, IAIN: *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1990.
- HALL, CHRISTOPHER K.: "Article 7<sup>o</sup>" (parcial), en Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2<sup>a</sup> ed., München, C. H. Beck, 2008.
- VON HEBEL, HERMANN y ROBINSON DARRYL, "Crimes within the Jurisdiction of the Court", en Roy S. Lee (Ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague et al., Kluwer Law International, 1999.
- KLONOVSKY, MICHAEL y VON FLOCKEN JAN, *Stalins Lager in Deutschland 1945-1950. Dokumentation. Zeugenberichte*, München, dtv, 1993.
- KOLB, ROBERT, "Droit international pénal", en KOLB ROBERT, *Droit international pénal: précis*, Bâle, Helbing Lichtenhahn et al., 2008.
- LÜDER, SASCHA ROLF y VORMBAUM THOMAS (Eds.): *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, Münster, Lit, 2002.
- MALARINO, EZEQUIEL: "Un resumen comparativo", en K. Ambos, J. L. Gómez, Colomer y R. Vogler (Eds.), *La policía en los Estados de derecho latinoamericanos*, Bogotá, 2003, disponible en [http://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.
- MC SHERRY, J. PATRICE: *Predatory States. Operation Condor and Covert War in Latin America*, Boulder, CO, Rowman & Littlefield, 2005.
- MENJÍVAR, CECILIA y RODRÍGUEZ NÉSTOR (Eds.), *When States Kill. Latin America, the U. S., and Technologies of Terror*, Austin, TX, University of Texas Press, 2005.
- MENZEL, JÖRG, PIERLINGS TOBIAS y HOFFMANN JEANNINE (Coords.), *Völkerrechtsprechung: ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- MILLALEO HERNÁNDEZ, SALVADOR A: "Landesbericht Chile", en A. Eser, U. Sieber y J. Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Parte 11 (Chile-Uruguay), Berlin, Duncker & Humblot, 2008.
- NOWAK, MANFRED: *Questions of Disappearances*, UN.Doc.E-CN.4-2002-71.
- OLÁSOLO, HÉCTOR: "A note on the evolution of the principle of legality in ICL", en *Criminal Law Forum*, núm. 18, 2007.
- PAPPA, CHRISTOPH: *Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, Bern, Stämpfli et al., 1996.

- PARAYRE, SONIA: "La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos", en IIDH, vol. 29, 1999.
- PARENTI, PABLO F., FILIPPINI, LEONARDO G. y FOLGUEIRO HERNÁN L.: *Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el derecho internacional: orígenes y evolución de las figuras, elementos típicos, jurisprudencia internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- POLITI, MAURO: "Elements of Crime", en A. Cassese, P. Gaetay y J. R. W. D. Jones (Coords.), *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1, New York, Oxford University Press, 2002.
- ROBINSON, DARRYL: "Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Conference", en *American Journal of International Law*, núm. 93, 1999.
- ROHT-ARRIAZA, NAOMI: *The Pinochet Effect. Transnational Justice in the Age of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005.
- RÜCKERT, WIEBKE y WITSCHEL GEORG: "Genocide and Crimes Against Humanity in the Elements of Crime", en H. Fischer, C. Kreß y S. R. Lüder (Coords.), *International and National Prosecution of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin-Verl. Spitz, 2001.
- SANCINETTI, MARCELO y FERRANTE MARCELLO: "Argentinien", en Albin Eser y Jörg Arnold (Coords.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, t. 3, Freiburg, Iuscrim, 2002.
- SCHÜLER, ANDREAS: "Das Rückwirkungsverbot im Völkerstrafrecht", en H. H. Kühne, R. Esser y M. Gerding (Coords.), *Völkerstrafrecht. 12 Beiträge zum internationalen Strafrecht und Völkerstrafrecht*, Osnabrück, Jonscher.
- SCOVAZZI, TULLIO y CITRONI GABRIELLA: *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Martinus Nijhoffs Publishers, 2007.
- TAYLER, WILDER: "Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of All Persons from Forced Disappearance", en *International Commission of Jurists: The Review*, núms. 62-63, 2001.
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, GIOVANNA F.: *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal peruano*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- WERLE, GERHARD: *Völkerstrafrecht*, 2<sup>a</sup> ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- *Tratado de derecho penal internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- "Konturen eines deutschen Völkerstrafrechtes. Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuchs", en *Juristen Zeitung*, núm. 18, 2001.
- WERLE, GERHARD y BURCHARDS WULFF: "§ 7 VStGB", en *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 6-2, München, C. H. Beck, 2009.
- WITSCHEL, GEORG y RÜCKERT WIEBKE, "Article 7(1)(i)-Crime Against Humanity of Enforced Disappearance of Persons", en Lee, Roy S. (Ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crime and Rules of Procedure and Evidence*, New York, Transnational Publishers, 2001.