



El Delito de Desaparición Forzada De Personas

Por Verónica HEREDIA¹

José Raúl HEREDIA²

“La desaparición forzada es el crimen de crímenes, porque se viola todos los derechos de una persona, se la priva de todos sus derechos.

Es imprescriptible y permanente, todos los días la persona sigue desaparecida”

Nora Cortiñas – Madre de Plaza de Mayo Línea Fundadora

I. La Norma Incorporada en el Código Penal Argentino. Normas Relacionadas.
Proyectos Fuentes. Otros Proyectos

1. Por la Ley 26.679³, se incorporó en el Código Penal la siguiente norma:

Art. 142 ter: *“Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.*

¹ Abogada. Representante Legal de las víctimas en caso Torres Millacura y otros vs. Argentina ante la Corte IDH. Defensora de los Derechos Humanos FRONT LINE N° 1032. Secretaria de la Gremial de Abogados y Abogadas de Argentina.

² Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

³ Sancionada en 13 de abril de 2011, promulgada en 6 de mayo y publicada en 9 de mayo.



La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.”

Se integra así en el Capítulo I, “Delitos contra la libertad individual”, del Título V, “Delitos contra la libertad”.

2. La ley 26.679, declaró de competencia del juez federal la instrucción de este delito incorporándolo en la enumeración del artículo 33, inciso e), del Código Procesal Penal de la Nación [CPrPenNac]. Incorporó también el artículo 194 bis en el mismo Código, con este texto:

El juez, de oficio o a pedido de parte, deberá apartar a las fuerzas de seguridad que intervengan en la investigación cuando de las circunstancias de la causa surja que miembros de las mismas pudieran estar involucrados como autores o partícipes de los hechos que se investigan, aunque la situación sea de mera sospecha.

Asimismo, el artículo 215 bis:

El Juez no podrá disponer el archivo de las causas en que se investigue el delito previsto en el artículo 142 ter del Código Penal, hasta tanto la persona no sea hallada o restituida su identidad. Igual impedimento rige para el Ministerio Público Fiscal.



3. Cabe citar como fuentes inmediatas los proyectos en la Cámara de Senadores: Expediente 933/10⁴ y Expediente 941/10⁵; y en la Cámara de Diputados: Expediente 1006-D-2010⁶.

4. Añadimos como antecedentes parlamentarios, los siguientes proyectos:

- **Proyecto 1984 elaborado por la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos.**

Incorporaba al Código Penal el 140 bis por entender afinidad con la servidumbre prevista en el art. 140.

- **Proyectos en Diputados:**

- **Proyecto 0315-D-84⁷:** cuyo Título era '**REPRESION DEL DELITO DE SECUESTRO Y OCULTAMIENTO O DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS**'. No estaba previsto como modificación del Código Penal sino como una Ley.

- **Proyecto 1084-D-86,** incorporaba en el artículo 140 bis las figuras del secuestro y la desaparición forzada.

- **Proyecto 0736-D-89⁸,** preveía incorporar los artículos 144 sexto a décimo.

- **Proyecto** presentado por Fernández Mejides, Federico Storani, Negri, Garré, de texto elaborado por el Dr. Eugenio Zaffaroni y la Dra. Alicia Olivera, que incorporaba el art. 142 ter al Código Penal.

- **Proyecto 247-D-2000.** En el año 2001 la Cámara de Diputados aprobó el proyecto presentado por el Diputado Teodoro Fúnez en el año 2000⁹, que tramitó en Senadores bajo el número 0150-CD-01, el que sustituía el artículo 144 bis.

⁴V. Expediente Número 933/10 Extracto: "ESCUADERO Y OTROS: PROYECTO DE LEY MODIFICANDO EL CODIGO PENAL Y EL CODIGO PROCESAL PENAL DE LA NACION, RESPECTO AL DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS". Autores: ESCUDERO, SONIA MARGARITA, MORANDINI, NORMA ELENA, JUEZ, LUIS ALFREDO, BORTOLOZZI, ADRIANA RAQUEL.

⁵Con ingreso en 21/04/2010 - Suscribían Blanca Osuna. - Pedro G. Guastavino.- Cesar A. Gioja. - Marina R. Riofrío. - Nanci Parrilli. - Lucia B. Corpacci. - Ada Iturrez de Cappellini.

⁶Firmado por: CARLOTTO, REMO GERARDO, ARETA, MARIA JOSEFA, BARRANDEGUY, RAUL ENRIQUE, DI TULLIO, JULIANA, GULLO, JUAN CARLOS DANTE, GIL LAVEDRA, RICARDO RODOLFO, PERIE, JULIA ARGENTINA, SEGARRA, ADELA ROSA, VARGAS AIGNASSE, GERONIMO, RIVAS, JORGE (Iniciado: Diputados Expediente: 1006-D-2010 Publicado en: Trámite Parlamentario n° 15 Fecha: 16/03/2010).

⁷Elaborado por Abuelas de Plaza de Mayo, Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas y Madres de Plaza de Mayo. Presentado por el Diputado Augusto Conte junto a Raúl Octavio Rabanaque.

⁸Simón Lázara junto a Matilde Fernández de Quarracino, Ricardo E Felgueras, Lucía Teresa Alberti, Roberto Edmundo Sanmartino, Osvaldo Álvarez Guerrero, Marcos A Di Caprio, José Luis Lizurume.

⁹Expte-Dip: 247-D-2000. La Comisión Legislación Penal dejó constancia de los expedientes 1360-D-99 (reproducción del expediente 6629-D-97) y 4163-D-00 (reproducción del expediente 6672-D-97).



- **Proyecto 84-D-04.** También fue remitido a la Cámara de Senadores con media sanción, el Proyecto presentado por la Diputada Rosario Margarita Romero –**Proyecto 2858-D-04-**, el que incorporaba el 142 ter tipificando el delito de DFP.

- **Proyecto 123-D-07.** Presentado por la Diputada Romero, tuvo media sanción y se remitió a Senadores; junto a otros legisladores¹⁰ en el año 2006 presentó un proyecto -**5960-D-2006-** a fin de tipificar el delito de DFP, pero como delito de lesa humanidad, junto al delito de genocidio y tortura¹¹.

- **Proyectos en el Senado:**

- **Proyecto S-110-86.** Proyecto de Ley sobre el Delito de Desaparición Forzada de Personas, sobre el Procedimiento judicial para investigar el destino de las personas desaparecidas y hacer justicia intentando que aparezcan con vida, del senador Dr. Jorge Alberto Giovannoni.

- **Proyectos S-106-88, S-372-90, S-13-92 y S-932-94:** El Dr. Hipólito Solari Yrigoyen presentó en la Cámara de Senadores en el año 1988 un proyecto para la tipificación del delito; ante su caducidad, lo reprodujo en los Proyectos S-372/90, S-13/92 y S-932/94, archivándose finalmente el 23/04/1996. El proyecto preveía que este delito estuviera, no ya en el Título 5, Capítulo 1: Delitos contra la libertad individual, sino en el Título 11: Delitos contra la administración pública, Capítulo 4: Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos, ya que incorporaba los artículos 253 bis y 253 tercero al Código Penal.

- **Proyectos S-594/98 y S-1650/03:** En el año 2003, el entonces Senador Jorge Raúl Yoma reprodujo su Proyecto del año 1998 en el trámite S-1650/03, archivado el 20/01/2006, que incorporaba el Capítulo 7 al Título I ‘Delitos contra las personas’, denominado ‘Delitos de lesa humanidad’, con los artículos 108 bis –que tipificaba el genocidio- y 108 ter, el que tipificaba el delito de DFP. También

¹⁰Rodolfo Roquel, Emilio Arturo García Méndez, Graciela Zulema Rosso, María Graciela de la Rosa, Paulina Esther Fiol, Blanca Inés Osuna, Carlos Miguel Kunkel, María Araceli Carmona, Marta Sylvia Velarde, Diana Beatriz Conti, Edgardo Fernando Depetri, Ana María Carmen Monayar, Héctor Pedro Recalde, Oscar Massei

¹¹ Expte. 5960-D-06 “**Título:** DELITOS DE LESA HUMANIDAD, MODIFICACIONES AL CODIGO PENAL: GENOCIDIO Y DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS, CRIMENES DE GUERRA; CODIGO PENAL: INCORPORACION DE UN ULTIMO PARRAFO AL ARTICULO 34, INCORPORACION DE UN ULTIMO PARRAFO AL ARTICULO 61, INCORPORACION DE UN ULTIMO PARRAFO AL ARTICULO 62, INCORPORACION DE UN ULTIMO PARRAFO AL ARTICULO 68, MODIFICACION DEL ARTICULO 77, SUSTITUCION DEL ARTICULO 78 Y DEROGACION DEL ARTICULO 78 BIS.”



previó como últimos párrafos de los artículos 62 y 65 la imprescriptibilidad de las acciones y las penas de los delitos de genocidio, DFP y tortura. Asimismo, incorporaba como último párrafo del artículo 34, la no concurrencia como causa de justificación de la obediencia debida prevista en el inciso 5°, para dichos delitos.

Antecedentes Históricos. Desaparición Forzada en el Ámbito Internacional

1. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha dicho en su Folleto informativo N° 6/Rev.3 'Desapariciones forzadas o involuntarias':

... Según la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, proclamada por la Asamblea General en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, como conjunto de principios que deben ser aplicados por todos los Estados, se producen desapariciones forzadas siempre que "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" (preámbulo).

Una desaparición es una forma de sufrimiento doblemente paralizante: para las víctimas, muchas veces torturadas y siempre temerosas de perder la vida, y para los miembros de la familia, que no saben la suerte corrida por sus seres queridos y cuyas emociones oscilan entre la esperanza y la desesperación, cavilando y esperando, a veces durante años, noticias que acaso nunca lleguen. Las víctimas saben bien que sus familias desconocen su paradero y que son escasas las posibilidades de que alguien venga a ayudarlas. Al habérselas separado del ámbito protector de la ley y al haber "desaparecido" de la sociedad, se encuentran, de hecho, privadas de todos sus derechos y a merced de sus aprehensores. Incluso si la muerte no es el desenlace final y tarde o temprano, terminada la pesadilla, quedan libres, las víctimas pueden sufrir durante largo tiempo las cicatrices físicas y psicológicas de esa forma de deshumanización y de la brutalidad y la tortura que con frecuencia la acompañan.



La familia y los amigos de las personas desaparecidas sufren una angustia mental lenta, ignorando si la víctima vive aún y, de ser así, dónde se encuentra recluida, en qué condiciones y cuál es su estado de salud. Además, conscientes de que ellos también están amenazados, saben que pueden correr la misma suerte y que el mero hecho de indagar la verdad tal vez les exponga a un peligro aún mayor.

La angustia de la familia se ve intensificada con frecuencia por las consecuencias materiales que tiene la desaparición. El desaparecido suele ser el principal sostén económico de la familia. También puede ser el único miembro de la familia capaz de cultivar el campo o administrar el negocio familiar. La conmoción emocional resulta pues agudizada por las privaciones materiales, agravadas a su vez por los gastos que hay que afrontar si los familiares deciden emprender la búsqueda. Además, no saben cuándo va a regresar, si es que regresa, el ser querido, lo que dificulta su adaptación a la nueva situación. En algunos casos, la legislación nacional puede hacer imposible recibir pensiones u otras ayudas si no existe un certificado de defunción. El resultado es a menudo la marginación económica y social.

La desaparición forzada se ha usado a menudo como estrategia para infundir el terror en los ciudadanos. La sensación de inseguridad que esa práctica genera no se limita a los parientes próximos del desaparecido, sino que afecta a su comunidad y al conjunto de la sociedad.

La desaparición forzada se ha convertido en un problema mundial que no afecta únicamente a una región concreta del mundo. Las desapariciones forzadas, que en su día fueron principalmente el producto de las dictaduras militares, pueden perpetrarse hoy día en situaciones complejas de conflicto interno, especialmente como método de represión política de los oponentes. Es motivo de especial preocupación el acoso de los defensores de los derechos humanos, los parientes de las víctimas, los testigos y los abogados que se ocupan de los casos de desaparición forzada; el uso por los Estados de la lucha contra el terrorismo como excusa para el incumplimiento de sus obligaciones; y la todavía generalizada impunidad por la práctica de la desaparición forzada. Debe prestarse también especial atención a los grupos de personas especialmente vulnerables, como los niños y las personas con discapacidad.



2. El Grupo de Iniciativa para una Convención contra las Desapariciones Forzadas de Personas¹² ubicó la desaparición forzada ‘[d]espués de la Segunda Guerra Mundial –durante la cual los nazis mediante el decreto Noche y Niebla institucionalizaron las desapariciones-’. Así apareció ‘esta metodología... como práctica generalizada en distintos países de América Latina desde mediados de la década del ’60. Utilizada a partir de entonces en escala masiva por diversos regímenes de seguridad nacional, en Argentina fue la forma predominante de la represión ilegal que aplicó la dictadura [cívico] militar instaurada en marzo de 1976’¹³.

Pero, tal como se advierte por especializada doctrina¹⁴ “[si] bien la técnica de ‘desaparecer’ personas fue ampliamente utilizada por la antigua Unión Soviética en la década del treinta del siglo

¹² Organismos que integraban en octubre de 1989 el Grupo de Iniciativa: Abuelas de Plaza de Mayo, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Asociación Americana de Juristas, Asociación Latinoamericana de Derechos Humanos, Asociación Ex Detenidos Desaparecidos, Centro de Estudios Legales y Sociales, Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas, FEDEFAM, Institutos de Relaciones Internacionales, Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Madres de Plaza de Mayo –Línea Fundadora, Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos, Movimiento Judío por los Derechos Humanos, Oficina de Solidaridad con los Exiliados Argentinos, Servicio de Paz y Justicia.

¹³ ‘Introducción’ en “LA DESAPARICION FORZADA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD – EL ‘NUNCA MAS’ y la Comunidad Internacional. Instrumentos jurídicos internacionales para la prevención y contra la impunidad”, pág. 1. Acaso pueda remitirse a un antecedente remoto, sucedido en nuestro país: “Desde 1820, las expediciones contra los aborígenes pampeanos inauguraron la costumbre nefasta de hacer desaparecer al combatiente enemigo y sus familias, apoderarse de sus propiedades y justificarlo todo con la defensa de la Nación”. “...la sola denominación que recibió la expedición contra los pueblos nativos –y que aún sigue vigente en los libros de historia- deja expuesta su ideología: la Campaña del Desierto hace imaginar un enorme espacio despoblado y yermo, cuando en realidad se trataba de grandes áreas con considerables riquezas naturales y habitadas durante miles de años por pueblos nativos. Al despojar de entidad a los que iban a ser desalojados, se los desaparecía previamente y se aflojaban los debates morales en torno de los métodos utilizados para hacerlo...” [V. HISTORIA DE LA ARGENTINA OLVIDADA. 1810-1955, por Ignacio MONTES DE OCA, edhasa, Buenos Aires, setiembre de 2011, p. 64 y p. 109].

¹⁴ KAI AMBOS/MARIA LAURA BÖHM ‘LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO TIPO PENAL AUTÓNOMO - Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa’, en “Desaparición Forzada de Personas - ANÁLISIS COMPARADO E INTERNACIONAL”, Ed. TEMIS S.A., págs. 198/200.



pasado¹⁵, fue conocida a partir de prácticas de desaparición en el Tercer Reich alemán¹⁶, y aun continúa vigente en numerosos países¹⁷, puede afirmarse sin duda que la extensión temporal y 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”. Lamentablemente, tal como lo refleja la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta aberrante práctica continúa en los gobiernos democráticos de la región en el siglo XXI.

¹⁵ Interesa esta cita de los autores; “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, 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 Lageréi”) [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 (ibíd., 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 (ibíd., 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 (ibíd., 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”.

¹⁶ “Por medio del decreto secreto del 7 de diciembre de 1941, conocido luego a partir de los Juicios de Núremberg como “Nacht-und-Nebel-Erlass” (Decreto Noche y Niebla), Hitler ordenó el secuestro de aproximadamente siete mil sospechosos de resistencia desde Francia, Bélgica, Holanda y Noruega y su traslado secreto a Alemania, a fin de evitar que en caso de ser sometidos a juicio y condenados a muerte fuesen convertidos en mártires por sus nacionales. De acuerdo con el decreto, estas personas podían ser detenidas por simples sospechas y ser “desvanecidas”, de modo que no pudiera obtenerse información sobre su paradero y situación. El fin de la medida era sembrar el terror mediante una “intimidación efectiva” de la población y de los familiares, ya que era de esperar que el miedo paralizase toda acción opositora. Cfr. sobre este decreto CORNELIUS, *Vom spurlosen Verschwindenlassen...*, op. cit., págs. 85 y ss.; Amnistía Internacional, *Desapariciones*, Barcelona, Edit. Fundamentos, 1983, pág. 8; MESEKE, *Der tatbestand*, cit., pág. 229 y s.; SCOVAZZI y CITRONI, *The struggle*, cit., págs. 4 y ss.; DARRYL ROBINSON, “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, pág. 56. En el mismo sentido CHRISTOPHER HALL, “Article 7^o” (parcial), en Triffterer, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2^a 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 Núremberg, juicio por el cual se hicieron visibles y conocidas estas prácticas del Tercer Reich. Cfr. sobre este primer caso MANFRED NOWAK, *Questions of Disappearances*, UN.Doc.E-CN.4-2002-71, págs. 7 y 27; CORNELIUS, *Vom Spurlosen Verschwindenlassen*, cit., pág. 401; GERHARD WERLE y WULFF BURCHARDS, “§ 7 VStGB”, en *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd. 6-2, München, C. H. Beck, 2009, núm. 85, nota al pie 277. Véase también la sentencia del Tribunal Militar Internacional del 1º de octubre de 1946, en *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher*, t. I, 1947 (págs. 189 y ss. para la sentencia contra Keitel y págs. 324-328, donde se especifica el veredicto)” (Ibidem).

¹⁷ “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*



Aquel Grupo de Iniciativa convocó a un Coloquio Internacional que se realizó en la Facultad de Derechos y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires del 10 al 13/10/1988, donde se examinaron un proyecto de Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, un anteproyecto de Convención Internacional para la prevención y la sanción de las desapariciones forzadas de personas y un proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁸.

La Asamblea General de Naciones Unidas, aprobó la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas¹⁹, el 18/12/1992. Tuvo como fundamento el art. 55 de la Carta de las Naciones; su Resolución 33/173 de 20/12/1978; los Convenios de Ginebra de 12/08/1949 y los Protocolos Adicionales de 1977; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; los Principios fundamentales sobre la utilización de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley; la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder; las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que figuran en el Anexo de su resolución 43/173, de 9/12/1988; los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, formulados por el Consejo Económico y Social en el Anexo de su resolución 1989/65, de 24/05/1989, y aprobados por la Asamblea General en su resolución 44/162, de 15/12/1989.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas²⁰ el 9/06/1994. Tuvo como fundamento la

“war on terror” (AI Index: AMR 51-108-2005, 4 Aug 2005); Council of Europe, Parliamentary Assembly, Committee on Legal Affairs and Human Rights, “Alleged secret detentions in Council of Europe member states”, Information Memorandum II, Rapporteur: Mr. Dick Marty, AS-Jur (2006) 03 rev, 22 Jan. 2006; Reporte de Christos Pourfourides, Enforced Disappearances (Council of Europe Disappearances Report), Council of Europe, parl. Ass., Doc. 10679, 19 Sep. 2005, paras. 14.19 [donde se trata de desapariciones en 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”.

¹⁸ Proyectado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁹ [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.RES.47.133.Sp?OpenDocument)

²⁰ <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-60.html>



Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Asamblea General de Naciones Unidas, adoptó la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas²¹, el 6/02/2007.

Desaparición Forzada como Delito de Lesa Humanidad: Estatuto de Roma - Ley

26.200

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²², establece la competencia complementaria y posterior a la entrada en vigor, de la Corte Penal Internacional en relación a los crímenes de genocidio, lesa humanidad²³, guerra y agresión²⁴. Declara a estos crímenes imprescriptibles, dolosos, establece causales eximentes de responsabilidad penal, admite el error de hecho como de derecho si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen –delito-, y admite la obediencia debida, excepto para el genocidio y la desaparición forzada.

En el artículo 7, dispone cuáles son los crímenes de lesa humanidad²⁵, que resultan ser aquellos actos que se indican *cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una*

²¹ <http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>

²² Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

²³ ‘Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional’, por ALICIA GIL GIL, Revista de derecho penal – 2003-1, Director EDGARDO ALBERTO DONNA, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 215/270.

²⁴ Artículo 5. En relación al delito de agresión indicó que será competente una vez que se defina dicho crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará.

²⁵ **Artículo 7 - Crímenes de lesa humanidad:** 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (...)



población civil y con conocimiento de dicho ataque. Entre aquellos actos se encuentra la desaparición forzada de personas –inciso i)-, descrita como:

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

La Ley 26.200²⁶, implementó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional²⁷, aprobado por el Estado de Argentina mediante Ley 25.390²⁸ que depositó el 8/02/2001 en poder del Secretario general de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación²⁹. Aclaró que la expresión 'crimen' debe entender 'delito'. Estableció como pena para el delito de desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad, la prisión de 3 a 25 años y, en caso de la muerte de la persona, la pena de prisión perpetua.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas³⁰ [GTDFI], en su Comentario General sobre el delito de desaparición forzada como crimen contra la humanidad³¹, aclaró que:

7. A partir de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, así como del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se puede observar que los crímenes de lesa humanidad son delitos que se cometen en un contexto. En otras palabras, crímenes de lesa humanidad se caracterizan por los elementos contextuales. Los elementos específicos que permiten diferenciar, por ejemplo, el asesinato como un delito común de asesinato cuando se presenta como un crimen contra la humanidad.

²⁶ Sancionada el 13 de diciembre de 2006 y promulgada de hecho el 5 de enero de 2007.

²⁷ Adoptado por las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998.

²⁸ Sancionada el 30 de noviembre de 2000 y promulgada de hecho el 8 de enero de 2001.

²⁹ La Argentina fue el Estado número 28 en ratificar el Estatuto de Roma y quinto de los Estados Americanos (OEA) tras Trinidad y Tobago, Belice, Venezuela y Canadá, entrando en vigor.

³⁰ <http://www.ohchr.org/SP/Issues/GTDesaparecidos/Pages/DisappearancesIndex.aspx>

³¹ http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCas_crime_against_humanity.pdf



8. Lo mismo se aplica a las desapariciones forzadas, que sólo pueden ser calificados como crímenes de lesa humanidad cuando se cometen en un contexto determinado.

(...)

10. La jurisprudencia de los dos tribunales internacionales ad hoc penal se ha resuelto, entre otros, por la sentencia del Tribunal Internacional ad hoc para la ex Yugoslavia, la Cámara de Apelaciones en el caso Kunarac y otros (12 de junio de 2002, TI-96-23 y 23/1-A, véase el apartado 71 a 105), en el que la Sala de Apelaciones consideró que los elementos contextuales del crimen contra la humanidad son los siguientes:

- a. existencia de un "ataque"
- b. el ataque tenía como objetivo la población civil;
- c. este ataque debe haber sido generalizado o sistemático;
- d. el autor tuviera conocimiento de dicho ataque.

Esos mismos elementos son los que dispone el artículo 7 del Estatuto de Roma. Así, la Ley 26.200 regula el delito de desaparición forzada de personas [DFP] como delito de lesa humanidad y la ley que incorpora el artículo 142 ter que comentamos, número 26.679, tipifica el delito de DFP de manera individual.

Desaparición Forzada como Delito Individual: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas - El Tipo Penal de la Ley 26.679



1. Tal como se indicara, el 13/04/2011, la Cámara de Diputados³² sancionó la Ley 26.679 que introdujo el artículo 142 ter al Código Penal argentino y tipificó el delito de desaparición forzada de personas [DFP].

Si bien todos los proyectos de tipificación de la DFP tuvieron como antecedentes solo a los aberrantes hechos ocurridos durante la dictadura cívico-militar padecida por la Argentina desde 1976 a 1983, al momento de sancionarse la Ley 26.679 se tuvieron en cuenta, además, las desapariciones forzadas que continúan produciéndose en Argentina luego de retomada la democracia.

La tipificación del delito de DFP era un mandato constitucional incumplido desde el año 1997, cuando mediante la Ley 24.820³³ se constitucionalizó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³⁴ [CIDFP], aprobada por Ley 24.556³⁵. El artículo III de la CIDFP establece:

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

Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] en el marco del Caso 12.533 Iván Eladio Torres contra Argentina y en cumplimiento del artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dictó el Informe de Fondo 114/09 el 28/10/2009 y concluyó, entre otras cuestiones, que el Estado de Argentina era responsable por la violación al artículo III de la CIDFP y recomendó al

³² <http://www1.hcdn.gov.ar/sesionesxml/provisorias/129-3.htm>

³³ Sancionada el 30/04/1997 y Promulgada el 26/05/1997.

³⁴ Aprobada por la Vigésima Cuarta Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la Ciudad de Belén, Brasil, el 9/06/1994.

³⁵ Sancionada el 13/09/1995 y Promulgada el 11/10/1995.



Estado adoptar, entre otras, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la DFP en Argentina. El Estado de Argentina no cumplió ni ésta ni las otras recomendaciones dispuestas por la CIDH en su Informe 114/09; por ello, el 18/04/2010 la CIDH presentó su demanda contra Argentina.

Este es el antecedente de la afirmación del Diputado de la Nación, Dr. Gil Lavedra en la reunión de la Comisión de Legislación Penal conjunta con la Comisión de Derechos Humanos y Garantías de la Cámara de Diputados de la Nación, realizada el 12/04/2011 –el día previo a la sanción de la Ley 26.679-:

(...) En relación con el proyecto, por supuesto que vamos a acompañarlo -pensamos que es necesario-, pero no puedo dejar de señalar algunas circunstancias. En primer lugar, en el caso de Iván Eladio Torres la Argentina se comprometió -incluso ante la Comisión Interamericana- a suscribir una ley que estableciera la tipicidad de la desaparición forzada de personas individual. Remarco “individual” porque el delito de desaparición forzada figura también como uno de los desagregados del Estatuto de Roma como delito de lesa humanidad. La Argentina ya ha aprobado el Estatuto de Roma y ha aprobado esos delitos a través de la ley 26.200; pero son colectivos, es decir, cuando esa desaparición forzada forma parte de un ataque sistemático o generalizado a una población civil. El que estamos incorporando ahora es de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y trata de un caso individual que no forma parte de ese ataque sistemático. (...)³⁶

El 18/5/12, en la audiencia oral y pública ante la Corte IDH en el Caso Iván Eladio Torres³⁷, la Comisión Interamericana afirmó a través de la Comisionada Luz Patricia Mejías:

³⁶ En el Senado, sin embargo, se escuchó esta aseveración: “...debemos agregar que la Argentina, en virtud de la ley 26.200, incorporó al derecho interno el Estatuto de Roma, que define este delito exactamente igual que el proyecto en examen, aunque con un agregado. Alude no sólo a la desaparición de personas por parte del Estado sino que agrega ‘u otra organización política’, expresión que aparece excluida en el proyecto en tratamiento. Siempre, ante normas que concurren a una misma protección, nos enseñaban en derecho penal que ha de estarse a la especificidad y, en este sentido, honestamente, creo que la norma abarca el tema en discusión. Ciertamente es también –y aquí se ha dicho hace un rato– que la ley 26.200 contempla la desaparición de personas en casos de ataque generalizado o sistemático. Pero creo que esto no es suficiente para considerar que el bien jurídico en discusión esté inadecuadamente protegido...” [del senador UCR, Chubut, Cimadevilla].

³⁷ <http://www.youtube.com/watch?v=bvW569HKvC0&feature=autoplay&list=PL38170D0AD4E70875&playnext=1>



(...)

En este proceso y en este reconocimiento que hizo el Estado y en el seguimiento que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del Informe del artículo 50, logramos un hecho que para la Comisión ha sido significativo y que fue reconocido por mi persona hace tres semanas en Argentina como Relatora de Argentina, el hecho de que se tipificara la desaparición forzada en el Código Penal.

La desaparición forzada en Argentina, pese a la relevancia que tuvo, no había sido tipificada porque se entendía que se había superado esa práctica, y el Caso de Iván lo que hace es precisar que la práctica, y muchas prácticas de la dictadura, se repiten aun en democracia. Lamentablemente como señalé, durante la dictadura se identificó al joven como principal objetivo peligroso, hecho que se repite aun con la aplicación de la ley 815³⁸.

Por esta razón, la Corte IDH en su Sentencia Serie C No. 229 *Fondo, Reparaciones y Costas*, de fecha 26/8/2011, dictada en el Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina³⁹, no condenó al Estado por la violación al artículo III de la CIDFP, conforme fuera solicitado en su demanda por la Comisión Interamericana.

³⁸ Ley Orgánica de la Policía de la Provincia de Chubut, mediante la cual permitía, y permite, detener a las personas por averiguación de antecedentes y 'k) Ejercer la policía de seguridad de los MENORES, especialmente en cuanto se refiere a su protección, impedir su vagancia; apartándolos de los lugares y compañías nocivas; y reprimir todo acto atentatorio a su salud física o moral, en la forma que las leyes o edictos determinan. Concurrir a la acción social y educativa que en materia de minoridad ejerzan entidades públicas y privadas; l) Velar por las buenas COSTUMBRES en cuanto pueden ser afectadas por actos de escándalo público. Actuar en la medida de su competencia para impedir actividades que impliquen incitación o ejercicio de la prostitución en los lugares públicos; m) Vigilar las REUNIONES deportivas y de esparcimiento, disponiendo las medidas que sean necesarias para proteger la normalidad del acto y las buenas costumbres; n) Recoger los supuestos DEMENTES que se encuentren en los lugares públicos y entregarlos a sus parientes, curadores o guardadores. Cuando carezcan de ellos, se enviarán a los establecimientos creados para su atención dando intervención a la justicia. Detener a los supuestos DEMENTES cuando razones de peligrosidad así lo aconsejen y ponerlos a disposición de los funcionarios judiciales correspondientes y confiarlos preventivamente a los establecimientos mencionados ...'

³⁹ <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>



Bien Jurídico

El artículo 142 ter se encuentra en el Título 5: Delitos contra la libertad, Capítulo 1: Delitos contra la libertad individual. Se ha dicho que ‘las conductas acuñadas dentro de este capítulo agreden la libertad física o ambulatoria de la persona’⁴⁰.

En la ejecución de una DFP, suelen concurrir delitos que afectan diversos bienes jurídicos: la vida -homicidio agravado, art. 80; instigación al suicidio, art. 83; aborto, art. 85.1, C.P.-; el honor -calumnias e injurias, arts. 109 y 110 C.P.-; la integridad sexual -abuso sexual, art. 119 C.P.-; el estado civil -arts. 138 a 139 bis C.P.-; la libertad -servidumbre, art. 140 C.P.-; privación ilegítima de la libertad agravada, art. 142; retención indebida en detención o prisión, art. 143, 144 C.P.-; privación abusiva de la libertad, vejaciones, severidades y apremios ilegales, art. 144 bis C.P.-; tortura, arts. 144 ter, quater y quinto C.P.-; sustracción de menores art. 146 C.P.-; el domicilio -violación de domicilio, art. 151 C.P.-; allanamiento ilegal, art. 151 C.P.-; los secretos: art. 153 C.P.-; la libertad de trabajo y asociación, art. 158 C.P.-; la libertad de reunión, art. 160 C.P.-; la libertad de prensa, art. 161 C.P.-; la propiedad -arts. 165 a 167 C.P.-; arts. 168 y 169 C.P.-; art. 181 C.P.-; art.183 C.P.-; el orden público -instigación a cometer delitos, art. 209 C.P.-; Asociación ilícita, art. 210 bis C.P.-; Intimidación pública, arts. 211 y 212 C.P.-; Apología del crimen, art. 213 C.P.-; la seguridad de la Nación -traición; la paz y la dignidad de la Nación-; los poderes públicos y el orden constitucional -atentados contra el orden constitucional y a la vida democrática; sedición-; la administración pública - usurpación de autoridad, títulos u honores; abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público, arts. 248 a 253 C.P.-; prevaricato,

⁴⁰ Título V Delitos contra la libertad, por Gustavo E. Aboso, en ‘CÓDIGO PENAL y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial – David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni – dirección – Marco A. Terragni coordinación’, Tomo 5, Ed. Hammurabi, pág. 166.



arts. 269 y 270 C.P.; denegación y retardo de justicia, arts. 273 y 274 C.P.-; la fe pública -falsificación de documentos en general, arts. 292, 293, 294/298 bis C.P.-).

Corresponde señalar que el solo hecho que el tipo penal DFP afecte a múltiples bienes jurídicos no autoriza a otorgarle el carácter de delito de lesa humanidad como se sostuvo⁴¹, sino que el mismo para tener tal carácter, conforme lo define el Estatuto de Roma y el Comentario General sobre el delito de desaparición forzada como crimen contra la humanidad del GTDFI, debe darse en un contexto determinado –a) sistematicidad o generalidad del ataque, b) la participación del poder público, c) ataque contra población civil y, d) conocimiento del ataque-. Hay que poner cuidado, entonces, en advertir que la figura que regula el art. 142 ter del Código Penal es la desaparición forzada como delito individual.

La DFP, ya sea como delito de lesa humanidad o individual, tiene naturaleza continuada o permanente y con carácter pluriofensivo, siendo un delito autónomo y no la sumatoria de varios delitos. Así lo ha dicho la Corte IDH⁴²:

94. En el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se

⁴¹ María Susana Ciruzzi, 'EL DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS', Ed. Fabián J. Di Plácido, pág. 406: "Así como GONZALEZ GARTLAND... entiende que esta multiplicidad de bienes jurídicos quedará bien abarcada por lo que él propone denominar 'delitos contra la incolumidad jurídica de las persona', me permito disentir con tal ilustre opinión. En el desarrollo actual del derecho penal nacional y, fundamentalmente con la irrupción de la nueva corriente internacionalista que propugna la vigencia de un derecho penal internacional; los numerosos y variados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos nos brindan la posibilidad de reunir en un 'solo bien jurídico' (si se me disculpa la expresión), la multiplicidad de bienes jurídicos que hemos señalado como conculcados por el delito de desaparición forzada de personas ...; éste es el concepto de 'delito de lesa humanidad', tal cual ha sido definido por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, del 8 de Agosto de 1945, y confirmado por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13/2/46 y 95 (I) de 11/12/46". Debe advertirse que esta publicación es de septiembre de 2005, previo a la Ley 26.200 y al Comentario General del Grupo de Trabajo de la ONU. En igual sentido 'DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS – Análisis Jurídico de los Instrumentos Internacionales y de la Ley Colombiana 589 de 2000 sobre Desaparición Forzada de Personas' de Marco Gerardo Monroy Cabra y Hermes Navarro del Valle – Profesores de Derecho Internacional, Ed. Librerías del Profesional, 2001, pág. 95: "... la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad que implica el desconocimiento de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad, a la libertad individual, a la seguridad personal, y al debido proceso."

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Torres Millacura y otros Vs. ARGENTINA. Fondo, Reparaciones y Costas. - Sentencia de 26 de agosto de 2011 – Serie C No 229.



conozca con certeza su identidad. De conformidad con todo lo anterior, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas⁴³.

95. La caracterización pluriofensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada, plasmada en la jurisprudencia de este Tribunal⁴⁴, se desprende no sólo de la propia definición del artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los *travaux préparatoires* a ésta⁴⁵, su preámbulo y normativa⁴⁶, sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales⁴⁷ que, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada⁴⁸. En ocasiones anteriores, este Tribunal ya ha señalado que, además, la jurisprudencia

⁴³ Citó la Corte: “Cfr. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 59; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, *supra* nota 14, párr. 59, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, *supra* nota 70, párr. 103”.

⁴⁴ Ídem: “Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, *supra* nota 21, párr. 155; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*, *supra* nota 14, párr. 60, y *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, *supra* nota 70, párr. 104”.

⁴⁵ “Cfr. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988, Capítulo V.II. Este delito “es permanente por cuanto se consuma no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida” (OEA/CP-CAJP, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93 rev.1, de 25.01.1994, p. 10)”.

⁴⁶ “En el preámbulo de la Convención sobre Desaparición Forzada se establece que “la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable, tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

⁴⁷ “Cfr. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, Observación General al artículo 4 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 15 de enero de 1996. (E/CN.4/1996/38), párr. 55; artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2005/WG.22/WP.1/REV.4, 23 de septiembre de 2005, y artículo 7, numeral 2, inciso i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Documento de las Naciones Unidas A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998”.

⁴⁸ “Cfr. *Caso Gómez Palomino Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 97; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, *supra* nota 70, párr. 104, y *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 65”.



del Sistema Europeo de Derechos Humanos⁴⁹, las decisiones de diferentes instancias de las Naciones Unidas⁵⁰, al igual que varias Cortes Constitucionales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales⁵¹, coinciden con la caracterización indicada⁵².

96. La Corte ha verificado la consolidación internacional en el análisis de este crimen, el cual configura una grave violación de derechos humanos, dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados, por lo que implica un claro abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano⁵³ y cuya prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*⁵⁴.

⁴⁹ “Al respecto, pueden consultarse los siguientes casos sobre desaparición forzada de personas: C.E.D.H. *Caso Kurt Vs. Turquía*. Sentencia de 25 de mayo de 1998, párrs. 124 a 128; *Caso Çakici Vs. Turquía*. Sentencia de 8 de Julio de 1999, párrs. 104 a 106; *Caso Timurtas Vs. Turquía*. Sentencia de 13 de junio de 2000, párrs. 102 a 105; *Caso Tas Vs. Turquía*. Sentencia de 14 de noviembre de 2000, párrs. 84 a 87, y *Caso Chipre Vs. Turquía*. Sentencia de 10 de mayo de 2001, párrs. 132 a 134 y 147 a 148”.

⁵⁰ “Sobre la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas para revisar violaciones continuadas, véase, el *Caso de Ivan Somers v. Hungría*, Comunicación No. 566/1993, 57º período de sesiones, CCPR/C/57/D/566/1993 (1996), 23 de julio de 1996, párr. 6.3, y el *Caso de E. y A.K. v. Hungría*, Comunicación No. 520/1992, 50º período de sesiones, CCPR/C/50/D/520/1992 (1994), 5 de mayo de 1994, párr. 6.4”.

⁵¹ “Cfr. *Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007 (declarando la naturaleza pluriofensiva y permanente del delito de desaparición forzada); Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Tesis: P./J. 87/2004, “Desaparición forzada de personas. El plazo para que opere su prescripción inicia hasta que aparece la víctima o se establece su destino” (afirmando que las desapariciones forzadas son delitos permanentes y que la prescripción se debe comenzar a calcular a partir de que cesa su consumación); *Caso Caravana*, Sala Penal de la Corte Suprema de Chile, sentencia de 20 de julio de 1999; *Caso de desafiado de Pinochet*, Pleno de la Corte Suprema de Chile, sentencia de 8 de agosto del 2000; *Caso Sandoval*, Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, sentencia de 4 de enero del 2004 (todos declarando que el delito de desaparición forzada es continuo, de lesa humanidad, imprescriptible y que no puede ser objeto de amnistía); *Caso Vitela y otros*, Cámara Federal de Apelaciones de lo Criminal y Correccional de Argentina, sentencia de 9 de septiembre de 1999 (declarando que las desapariciones forzadas son delitos continuos y de lesa humanidad); *Caso José Carlos Trujillo*, Tribunal Constitucional de Bolivia, sentencia de 12 de noviembre del 2001 (en el mismo sentido); *Caso Castillo Páez*, Tribunal Constitucional del Perú, sentencia de 18 de marzo de 2004 (declarando, a razón de lo ordenado por la Corte Interamericana en el mismo caso, que la desaparición forzada es un delito permanente hasta tanto se establezca el paradero de la víctima); *Caso Juan Carlos Blanco y Caso Gavasso y otros*, Corte Suprema de Uruguay, sentencia de 18 de octubre de 2002 y sentencia de 17 de abril del 2002, respectivamente, (en igual sentido)”.

⁵² “Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 83; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, supra nota 70, párr. 104, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, supra nota 76, párr. 65”.

⁵³ “Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, supra nota 21, párr. 158; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, supra nota 70, párr. 105, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, supra nota 76, párr. 75”.

⁵⁴ “Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*, supra nota 80, párr. 84; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, supra nota 70, párr. 105, y *Caso Gelman Vs. Uruguay*, supra nota 76, párr. 75”.



También el GTDFI en su Observación general sobre las desapariciones forzadas como un delito continuado, indicó:

2. A pesar de que la conducta viola varios derechos, incluyendo el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y también viola o constituye una grave amenaza al derecho a la vida, el Grupo de Trabajo considera que una forzada desaparición es un acto único y consolidado, y no una combinación de actos. (...)

Así, la libertad individual en el delito de DFP es el bien jurídico afectado al inicio de su ejecución. La afectación pluriofensiva del delito de DFP, el ataque a múltiples bienes jurídicos, es lo que ha permitido afirmar que se trata de una práctica que afecta los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁵⁵, que constituye un ultraje a la dignidad humana⁵⁶ o una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana⁵⁷, aún sin llegar a ser un delito de lesa humanidad.

Al momento de sancionarse la Ley 26.679, en la sesión de Diputados del 13/04/2011, se tuvo en cuenta la complejidad del bien jurídico a proteger:

Diputado Vega:

(...)

⁵⁵ Preámbulo de la Declaración Universal sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

⁵⁶ Art. I de la Declaración Universal sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

⁵⁷ Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.



Por primera vez se incorpora al Código Penal un bien jurídico protegido absolutamente diferente del que forma parte del panorama de la sistémica del Código Penal. El bien jurídico protegido detrás de esta norma son los derechos humanos.

(...)

Diputada Victoria Donda Pérez:

(...) El pueblo argentino conoce sobradamente las particularidades del delito de desaparición forzada. Sabemos lo que significa no encontrar a un ser querido; sabemos lo que significa golpear las puertas del Estado en sus distintos niveles y no encontrar respuesta; sabemos de los padecimientos que sufren los familiares y allegados de aquellas personas que no se encuentran.

Lamentablemente ese término, que está asociado a la noche más atroz que vivió nuestro pueblo durante la última dictadura, no ha perdido actualidad. Digo esto porque quienes participamos de la reunión conjunta de las comisiones de Legislación Penal y de Derechos Humanos y Garantías fuimos testigos de dos testimonios: el de las mamás de Iván Torres y Luciano Arruga. Se trata de dos jóvenes... ambos desaparecidos, pero no durante la dictadura, sino en democracia.

A Luciano Arruga se lo llevaron y lo metieron preso hace dos años en una comisaría de La Matanza. Luciano todavía no apareció. Las últimas personas que lo vieron con vida testificaron cómo fue torturado en esa comisaría por la policía de la provincia de Buenos Aires y, sin embargo, la carátula todavía sigue siendo por averiguación de antecedentes.

A Iván Torres se lo llevaron en las mismas condiciones, pero este hecho ocurrió en la provincia de Chubut. En este caso también hubo testigos, pero tres de ellos, que estaban protegidos por orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, murieron en el curso de los últimos siete años en hechos muy dudosos. El último falleció hace dos meses, porque lo dejaron desangrarse en un hospital de la provincia de Chubut.

Lamentablemente estos hechos se repiten, incluso con las jóvenes víctimas de la trata de personas. Muchas de esas mujeres aún permanecen desaparecidas. Aclaro que digo que los hechos se



repite porque tienen características similares. En todos los casos nos encontramos con familias de escasos recursos, persecución policial, ingresos a las comisarías, torturas, silencio, negación y la complicidad de los aparatos policial y político, todo lo cual se suma a la venganza, la violación y la muerte de los testigos y de los allegados a las víctimas que nunca llegan a conocer lo que es la justicia. Por eso consideramos que el proyecto venido en revisión del Honorable Senado significa un paso adelante para que nuestros jueces apliquen adecuadamente esta figura penal. Queremos que estos hechos se investiguen en toda la magnitud que comprende su atrocidad.

(...) Pero hay algo que me parece importante destacar: con la incorporación de esta figura tal como está tipificada, hay algo que no estamos contemplando. Tiene que ver con la cadena de complicidades políticas que son necesarias e indispensables para que este delito se cometa. Acá no existe ningún policía loquito que sale a hacer desaparecer pibes. Acá no existe ninguna red de trata de personas que funcione totalmente al margen de la ley. Acá existe connivencia entre los sectores delictivos, la política y algunos sectores de la policía.

Hasta que no realicemos una reforma policial en serio con valores democráticos en base a la libertad; hasta que no metamos presos a quienes cometen estos delitos atroces, la impunidad va a seguir siendo moneda corriente en nuestro país.

La complejidad de este delito nos permite aconsejar que hoy votemos el proyecto tal como vino del Senado para que esta figura sea incorporada así al Código Penal. Sin embargo, debemos pensar qué hacemos con aquéllos que tienen la responsabilidad política de que esto se lleve adelante. Ellos deben hacerse cargo de esa responsabilidad cuando alguna persona desaparece o es víctima del delito.

Por esta razón, entendemos que a fin de respetar el método del Código Penal Argentino y adecuar los delitos previstos tanto en la Ley 26.200 como aquellos tales como el delito de DFP y la tortura –art. 142 ter, 144 ter a quinto-, deberían incorporarse dos nuevos títulos en el Libro Parte Especial del Código Penal Argentino: el Título Primero, cuyo bien jurídico debería ser la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad –según preámbulo del Estatuto de Roma-, incorporándose en



este título los delitos de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. Luego, el Título Segundo, cuyo bien jurídico protegido sería la incolumidad de la persona humana o la dignidad intrínseca de la persona humana o la personalidad jurídica⁵⁸ de la persona humana, incorporándose en este título los delitos de desaparición forzada de personas y la tortura⁵⁹.

3. Tipo Objetivo

3.1. Conducta Típica

El art. 142 ter C.P. indica como conducta típica:

- a) cualquier forma de privación de la libertad, de una o más personas;
- b) seguido de
 - falta de información o,
 - negativa a reconocer dicha privación de libertad o,
 - informar sobre el paradero de la persona.

Según la Observación general sobre la definición de desaparición forzada del GTDFI:

7. Bajo la definición de desaparición forzada que figura en la Declaración, el delito en cuestión se inicia con un arresto, detención o secuestro en contra de la voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede ser iniciado por una detención ilegal o por una detención inicialmente

⁵⁸ IVAN MEINI, 'PERÚ' en "Desaparición Forzada de Personas - ANÁLISIS COMPARADO E INTERNACIONAL", Ed. TEMIS S.A., pág. 122. Coinciden Kai Ambos y María Laura Böhm en la obra citada en nota 3, pág. 206.

⁵⁹ Natalia Barbero sostiene en relación a la tipificación del delito de tortura en el C.P.A.: "A pesar de la ubicación sistemática dada por el legislador argentino, el bien jurídico no tiene que ver con la libertad propiamente dicha, sino principalmente con la dignidad fundamental de la persona. (...) Sin perjuicio de que puede ser considerado un delito pluriofensivo, sería deseable que se estipulara de manera expresa que la tortura atenta contra la dignidad como primer bien jurídico protegido. Sentado ello, debe admitirse que es un delito pluriofensivo porque no solo atenta contra la dignidad, sino también contra la libertad, la integridad, incluso la vida. ... Además, debe admitirse que se trata de un delito pluriofensivo en atención a la tipificación de conductas relacionadas con la tortura que no se refieren directamente a la causación de sufrimientos, como la omisión de denunciar y de instruir sumario." en *Análisis dogmático-jurídico de la tortura – La tortura en Derecho Internacional – La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en Derecho Argentino y español – Colección AUTORES DE DERECHO PENAL – dirigido por Edgardo Alberto Donna*, Ed. Rubinzal-Culzoni, págs. 257 y 258.



legal o la detención. Es decir, la protección de una víctima de desaparición forzada debe ser efectivo en el acto de privación de libertad, de cualquier forma de privación de libertad tiene, y no limitarse a los casos de privaciones ilegítimas de la libertad.

8. A pesar de que el Grupo de Trabajo, en su observación general sobre el artículo 10 de la Declaración, ha dicho que cualquier detención que se prolonga indebidamente constituye una violación de la Declaración, esto no significa que toda detención a corto plazo es permitido por la Declaración, ya que el Grupo de Trabajo aclara inmediatamente que una detención cuando el detenido no lo ha sido para ser llevado ante un tribunal, es una violación de la Declaración.

9. A medida que el Grupo de Trabajo dijo en la misma observación general, la detención administrativa o preventiva no es per se una violación del Derecho Internacional o de la Declaración. Sin embargo, si una detención, aunque a corto plazo, es seguida por una ejecución extrajudicial, esta detención no puede ser considerada de naturaleza administrativa o preventiva en virtud del artículo 10 de la Declaración, sino como una condición en la que la consecuencia inmediata es la colocación del detenido más allá de la protección de la ley. El Grupo de Trabajo considera que, cuando el cadáver de la víctima se encontró mutilado o con señales claras de haber sido torturado o con los brazos o las piernas atadas, las circunstancias indican claramente que la detención no fue seguida inmediatamente por una ejecución, pero que la privación de la libertad tenía cierta duración, incluso de por lo menos un par de horas o días. Una situación de tal naturaleza, no sólo constituye una violación al derecho a no desaparecer, sino también al derecho a no ser sometido a tortura, el derecho a ser reconocido como persona ante la ley y al derecho a la vida, como previsto en el artículo 1.2 de la Declaración.

10. Por lo tanto, una detención, seguida de una ejecución extrajudicial, como se describe en el párrafo anterior, es una desaparición forzada adecuada, siempre y cuando dicha detención o privación de la libertad se llevó a cabo por agentes gubernamentales de cualquier rama o nivel, o por grupos organizados o los particulares que actúen en nombre de, o con el apoyo, directo o indirecto, su autorización o la aquiescencia del gobierno, y, con posterioridad a la detención, o incluso después de la ejecución se llevó a cabo, los funcionarios estatales se niegan a revelar la suerte o el paradero de la personas que se trate o se niegan a reconocer el hecho que se haya perpetrado en absoluto.



Si bien el Estatuto de Roma, art. 7.2.i), indica como conductas típicas la aprehensión, detención o secuestro de personas, el art. 142 ter C.P. resulta más amplio en cuanto indica ‘cualquier forma de privación de la libertad’.

La RESOLUCIÓN 1/08 ‘Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas’ dictada por la CIDH, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, de 13/03/2008, entiende por “privación de libertad”:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.

Finalidad

Nada dice el art. 142 ter en cuanto a la finalidad típica de la DFP.

El artículo 7.2.i) del Estatuto de Roma –DFP como delito de lesa humanidad- establece la ‘intención’ de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un tiempo prolongado, finalidad no contemplada en el actual C.P. argentino.



La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, establece como consecuencia de todo acto de desaparición forzada, el de sustraer a la víctima de la protección de la ley y causarle graves sufrimientos, lo mismo que a su familia [art. 1.2]; la CIDFP indica como efecto el impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes [art. 2 in fine]; al igual que la Convención Internacional que establece que, con la conducta típica, se sustrae a la persona de la protección de la ley [art. 2 in fine].

La Observación general sobre la definición de desaparición forzada del GTDFI, resulta clara al respecto:

5. De conformidad con el artículo 1.2 de la Declaración, todo acto de desaparición forzada tiene la consecuencia de la colocación de las personas sometidas al mismo fuera de la protección de la ley. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo admite casos de desaparición forzada, sin necesidad de que la información mediante el cual un caso se informó por una fuente debe demostrar, ni siquiera suponer, la intención del autor al colocar a la víctima fuera de la protección de la ley.

3.3. Sujeto Activo

La Observación general sobre la definición de desaparición forzada del GTDFI estableció que:

1. Con respecto a los autores materiales del crimen, el Grupo de Trabajo ha establecido claramente que, para efectos de su trabajo, las desapariciones forzadas sólo se considera como tal cuando el acto en cuestión sea perpetrada por agentes estatales o de particulares o grupos organizados (por ejemplo, los paramilitares grupos), en nombre de, o con el apoyo, directo o indirecto, su autorización o la aquiescencia del Gobierno.

(...)

4. Con base en lo anterior, el Grupo de Trabajo no admite los casos relativos a actos que son similares a las desapariciones forzadas, cuando se atribuyen a personas o grupos que no actúan en nombre de, o con el apoyo, directo o indirecto, su autorización o la aquiescencia del Gobierno, tales



como movimientos terroristas o insurgentes luchando contra el Gobierno en su propio territorio, ya que considera que tiene que adherirse estrictamente a la definición contenida en la Declaración.

El art. 142 ter establece que el sujeto activo es el funcionario público o persona o miembro de un grupo de personas que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Se excluyen los hechos que, tal como indica el GTDFI, puedan resultar similares a las DFP pero no sean realizados por tales sujetos –por ejemplo los achacados a grupos tales como Montoneros, ERP- o aquellos en los que sólo participen particulares –por ejemplo, podría entenderse el caso de la joven Erica Soriano⁶⁰-.

Así, el sujeto activo es un funcionario público [art. 77 C.P.] o cualquier persona, que de manera individual o como miembro de un grupo, actué con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.

Sujeto Pasivo

Cualquier persona privada de su libertad de cualquier forma, ya sea de manera legal o ilegal, sin importar tampoco el tiempo, aunque sea un corto plazo, como un par de horas como indica la Observación general sobre la definición de desaparición forzada del GTDFI, punto 9.

Si fuera la DFP como delito de lesa humanidad, el sujeto pasivo debería pertenecer a una población civil al que se provoca un ataque de manera generalizada o sistemática, con conocimiento del sujeto activo de la existencia de tal ataque [art. 7.2.i) Estatuto de Roma].

⁶⁰ http://www.clarin.com/policiales/Detienen-pareja-Erica-Soriano-homicidio_0_709729252.html



Tipo Subjetivo

Es un tipo penal doloso. Para ABOSO, sólo cabe admitir el dolo directo⁶¹.

Consumación y Tentativa

Kai Ambos y María Laura Böhm en la obra citada, ante las dos fases de la conducta típica, esto es, la privación de la libertad y la no información de dicha privación de la libertad, se interrogan sobre en qué consisten y en qué forma se conectan ambas fases desde el comienzo de la ejecución y la consumación del delito al realizar un análisis comparado de la legislación de Latinoamérica.

En cuanto a la primera fase, esto es la privación de la libertad, tal como se encuentra redactado el art. 143 ter en el Código Penal Argentino, podría ser interpretada de dos formas: una, como la conducta con la que empieza la ejecución del hecho y, la otra, como presupuesto y no como elemento del comportamiento típico. Según hemos indicado, para la jurisprudencia de la Corte IDH como para el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias, la privación de la libertad es el inicio de la ejecución de la desaparición forzada, sin importar que dicha privación sea legal en su inicio.

En cuanto a la segunda fase, esto es, la no información, se evalúa desde que el sujeto activo – funcionario público o persona o miembro de un grupo de personas que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado- tiene el deber de informar sobre esa privación de la libertad sin necesidad de ser emplazado, en resguardo además de la prohibición de la autoincriminación prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional. La DFP es el incumplimiento de un deber.

Al resultar la DFP el incumplimiento de un deber del sujeto activo, ha generado la interrogación de la permanencia de ese incumplimiento y con ello, la permanencia del delito. Así, quien deja de

⁶¹ Gustavo Eduardo ABOSO, Código Penal de la República Argentina, editorial IBdef, Montevideo-Bs. As., 2012, p. 699.



revestir la calidad de funcionario público estaría relevado de aquel mandato legal. Entendemos que la respuesta la da el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Observación general sobre las desapariciones forzadas como un delito continuado:

Preámbulo

(...)

Según el derecho internacional, "La violación de una obligación internacional por un acto de un Estado que tenga un carácter continuo se extiende durante todo el período durante el cual el hecho continúa y se mantiene no está en conformidad con la obligación internacional" (Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la Asamblea General, resolución 56/83, el artículo 14 § 2)

(...)

El artículo 17 § 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas Desaparición establece lo siguiente:

"Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente, mientras que los autores continúen ocultando la suerte y el paradero de las personas que han desaparecido."

Observación General

1. Las desapariciones forzadas son prototípicos de actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo que el delito no se completa, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o la información comunicados relativos a la suerte o el paradero de la persona.

2. A pesar de que la conducta viola varios derechos, incluyendo el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y también viola o constituye una grave amenaza al derecho a la vida, el Grupo de Trabajo considera que una forzada



desaparición es un acto único y consolidado, y no una combinación de actos. Aun cuando algunos de los aspectos de la violación se haya completado antes de la entrada en vigor del correspondiente instrumento nacional o internacional, si otras partes de la violación aún continúan, hasta el momento en que el destino de la víctima o su paradero se establecen, el asunto debe ser oído, y el acto no debe ser fragmentado.

3. Así, cuando una desaparición forzada comenzó antes de la entrada en vigor de un instrumento o antes de que el Estado reconoció la competencia específica del órgano competente, el hecho de que el desaparición continúa después de la entrada en vigor o la aceptación de la jurisdicción da la institución de la competencia y jurisdicción para considerar el acto de desaparición forzada en su conjunto, y no sólo los actos u omisiones imputables al Estado que siguió a la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción.

4. El Grupo de Trabajo considera, por ejemplo, que cuando un Estado se reconoce como responsable de por haber cometido una desaparición forzada que se inició antes de la entrada en vigor de la correspondiente instrumento jurídico y que continuó después de su entrada en vigor, el Estado debe ser responsable de todas las violaciones que se derivan de la desaparición forzada, y no sólo de violaciones que se produjeron después de la entrada en vigor del instrumento.

5. Del mismo modo, en el derecho penal, el Grupo de Trabajo es de la opinión de que una consecuencia de la carácter continuo de la desaparición forzada es que es posible condenar a alguien por desaparición forzada sobre la base de un instrumento legal que fue promulgada después de la forzada la desaparición se inició, a pesar del principio fundamental de la no retroactividad. El crimen no puede ser separado y la convicción debe cubrir la desaparición forzada como un entero.

6. Como medida de lo posible, los tribunales y otras instituciones deben dar cumplimiento a cumplir la desaparición como un delito continuo o violación de derechos humanos durante el tiempo que todos los elementos del crimen o la violación por el que no se han completado.

7. Cuando una ley o norma de procedimiento parece afectar negativamente a la doctrina de la violación continua, el órgano competente debe interpretar como una disposición tan estrechamente como sea



posible para de que un recurso se proporciona o las personas procesadas por la comisión de la desaparición.

8. En el mismo espíritu, las reservas que excluyen la competencia de dicho órgano por los actos u omisiones que ocurrieron antes de la entrada en vigor del correspondiente instrumento jurídico o la aceptación de la competencia de la institución debe interpretarse no tanto para crear un obstáculo para mantener un Estado responsable de una desaparición forzada que sigue después de esto.

Autoría y Participación. Pena

Es preciso detenerse en este tema, renovado en la consideración de la doctrina específicamente relacionada con los delitos de lesa humanidad. En Argentina, a partir de la sentencia de la Cámara Federal que condenó a los integrantes de la junta militar surgida del golpe cívico-militar de 1976, se introdujo la cuestión del dominio del hecho para caracterizar al autor del delito. Cabe citar al mismo tribunal:

“En oportunidad de expedirse en la sentencia del juicio a las juntas militares que usurparon el poder en Argentina entre los años 1976 y 1983 (conocida como causa 13/84), este Tribunal ya se pronunció a favor del dominio del hecho como elemento idóneo para caracterizar al autor de un delito.

“En este sentido, y luego de describir la evolución doctrinaria sobre el punto, la Cámara dijo que ‘...[e]n la República Argentina, si bien un número importante de autores siguió los lineamientos de la teoría formal-objetiva en materia de autoría..., se advierte un notable giro de la doctrina más moderna hacia la teoría del dominio del hecho lo que permite suponer su definitiva aceptación, especialmente en punto a la autoría mediata’ (considerando séptimo, punto 3, a de la causa 13/84).

“Puntualmente sobre la autoría mediata, y con base en lo señalado anteriormente, este Tribunal sostuvo que ‘...la forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del dominio de la voluntad del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta



típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios....

Se acepta un supuesto en el que puede coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total' (considerando séptimo, punto 5, a de la causa 13/84)".

“Sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de revisar la sentencia de este Tribunal, que ‘...los superiores conservan el dominio de los acontecimientos a través de la utilización de una estructura organizada de poder, circunstancia que los constituye en autores mediatos de los delitos así cometidos. Son características relevantes de esta forma de aparición de la autoría mediata, el dominio que posee quien maneja discrecionalmente el sistema, no ya sobre una voluntad concreta, sino sobre una voluntad indeterminada puesto que, cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá’.

“Ello así, toda vez que, otra de las notas salientes de esta forma de autoría es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera individualmente, sino como engranaje dentro del sistema, bastándole al autor con controlar los resortes de la estructura pues, aun cuando alguno de los ejecutores eluda la tarea, será reemplazado en forma inmediata por otro, que la efectuará. Esta concepción de la autoría mediata es plenamente aplicable a la causa, ya que la estructura jerárquica de la institución militar posibilita, a quien se encuentra en su vértice, la utilización de todo o parte de las fuerzas bajo su mando, en la comisión de hechos ilícitos’ (Fallos: 309:1689, considerando 15 del voto de los Ministros Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué)”.



“Los párrafos precedentes son suficientes para ilustrar el criterio de este Tribunal a partir del cual puede considerarse autor (mediato) de un hecho criminal al jefe que, a través de un aparato de poder, domina la voluntad del ejecutor (subordinado al jefe)”⁶².

Se ha dicho: “En esta materia de *participación criminal* y con especial énfasis en la teoría del autor, la comisión de este delito presupone por lo general la intermediación de un aparato organizado de poder (...) cuya valoración judicial se ha inclinado de manera decidida por la aplicación de la autoría mediata por organización”⁶³

Según se ha recordado en diversas obras y trabajos de doctrina, en el año 1963 Roxin presentó su doctrina del “*dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*”, desarrollada con base en la teoría del dominio del hecho. En Argentina, fue introducida por el Dr. Julio MAIER a mediados de los años ochenta del anterior siglo cuando en el país se desarrollaba el recordado proceso de enjuiciamiento a los integrantes de las Juntas militares que usurparon el poder en el país. Esto lo sabemos por boca del propio ROXIN; ha escrito este autor:

“(…) merece ser especialmente puesto de relieve lo que científicamente tengo que agradecer a Julio MAIER. Ya a mediados de los años ochenta, con motivo de los procesos contra las Juntas militares, hizo conocida mi teoría del ‘dominio por medio de una organización’ y, de ese modo, colaboró a su difusión internacional”⁶⁴.

El tema de la autoría reconoce un relevante y actual debate doctrinario. ABOSO lo deja reflejado de modo ilustrado. Por su parte, dice Maximiliano RUSCONI: los problemas relativos a la autoría se han transformado en una de las cuestiones más debatidas en las últimas tres décadas. Referencia, desde luego, a aquella sentencia sobre la junta y a los avatares que se sucedieron luego con diversas decisiones en el

⁶² C. 36.873 - "OLIVERO ROVERE, s/procesamiento con P. P." - CNCRIM Y CORREC FED - Sala I - 09/02/2006.

⁶³ ABOSO, op. cit.

⁶⁴ “*Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente*”, “ESTUDIOS SOBRE JUSTICIA PENAL en Homenaje al Profesor Julio B. MAIER” (2005).



campo político y también judicial. Nos interesa aquí subrayar lo que él denomina *dilema en la base de la definición del concepto de autor*. Y asevera: “No cabe ninguna duda de que si hubiera que presentar con un haz de luz dos de las problemáticas en las cuales se expresa de modo más visible la elección fundamental por los contornos finales del modelo de imputación, deberíamos dirigir nuestra mirada al problema de la imputación al tipo objetivo y al problema de la definición de autor”⁶⁵.

Y señala, citando a un autor, que a partir de la influencia de la obra de Roxin, *Autoría y dominio del hecho*, durante décadas pareció arribarse a un consenso. Así, tres puntos angulares: la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor, la concepción de que el concepto restrictivo de autor es correcto y la idea de que el dominio del hecho representa, al menos para gran parte de los delitos, la base decisiva de la autoría. Aunque destaca que probablemente no haya terminado el proceso de definición sistemática de todos los problemas que giran alrededor de la figura del llamado dominio de la organización, y aun que ya se encuentra desdibujada por claroscuros que, provenientes desde más lejos en el tiempo, desde hace una década se parte de lugares normativos alternativos -como la teoría de la autoría como infracción de deber- y del desarrollo de cierta legislación planetaria que ha tenido que pactar con tantos puntos de partida culturales -cita el Estatuto de Roma-. Pero cree útil plantear la supervivencia de la teoría del dominio del hecho en el marco de esos claroscuros. Y subraya: “No cabe ninguna duda de que uno de los avances dogmáticos de mayor relevancia ha sido el desarrollo de la posibilidad de imputar autoría a quien domina una organización en el marco de la cual se ha ejecutado el hecho lesivo”.

Y destaca la idea esencial de Roxin: “al tomar al dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a éste y -ésta es la nueva idea- puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución. El dador de la orden puede renunciar a una coacción o a un engaño al autor ejecutante inmediato, pues el aparato, en caso de incumplimiento, tiene suficientemente a otros a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante. Por ello también es característica de esa

⁶⁵ *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, RUSCONI-LÓPEZ-KIERSZENBAUM, Ad-Hoc, Bs. As., 2011, 2, p. 20.



forma de autoría mediata que el hombre de atrás mayormente ni siquiera conozca personalmente al ejecutante inmediato”.

Añade RUSCONI: “En este contexto es como adquiere trascendencia la palabra mágica ‘fungibilidad’”.

Y nos dice enseguida:

“El aporte dogmático y, por qué no decirlo, también político-criminal, que representó el concepto de autoría por dominio subjetivo del aparte de poder, o, mejor aún, de autoría por dominio en la organización, fue apenas valorada como corresponde...”. “La virtualidad de este desarrollo a mi juicio debe ser evaluado positivamente, en particular, desde el abandono de la reducida perspectiva causal, que aún hoy muestra ciertas colonizaciones. En este sentido, podemos decir que la teoría del dominio por organización prescinde de aquellos límites causales que, de un modo prejuiciosamente fáctico, hacían depender la posibilidad normativa de imputar autoría de la cercanía del sujeto con el desenlace lesivo: hoy hemos comprendido que ello no es rigurosamente necesario ni certero, en ciertos contextos organizacionales, incluso, podemos afirmar que cuanto más lejos se encuentra el autor mediato del hecho lesivo, más posibilidades institucionales posee de ejercer un dominio del suceso observado a la luz del total escenario de comprensión del hecho típico. Normalmente, incluso cuando el sujeto más lejos del hecho aparece, es porque más arriba se encuentra en la cadena de mandos y con ello acrecienta sus chances de que quienes más abajo se hayan presentado institucionalmente como autores inmediatos mayor grado de fungibilidad tienen frente a quien controla los niveles más altos de la jerarquía administrativa”.

Citaremos todavía:

“En segundo lugar, es razonable evaluar también positivamente las posibilidades de multiplicar, por lo menos, por dos, las formas de intervenir como autor y/o partícipe en un hecho ejecutado en el marco del dominio de una organización institucionalmente desviada. Los respectivos ejes de responsabilidad institucional de autoría mediata por dominio de la organización y por ejecución de la



orden recibida en los niveles operativos generan, de modo autónomo, círculos concéntricos de posibilidad de imputación de las respectivas y no sustituibles formas de coautoría y participación en sentido estricto. Son imaginables imputaciones de instigación detrás del autor mediato, como detrás del autor inmediato, así como también podemos pensar en diversos modelos de coautoría, en ambos niveles, en el marco de los cuales tanto el plan común como la correspondiente división de tareas y el resultado imaginable del codominio del hecho, reciben insumos fácticos diversos de acuerdo con los escenarios de ejecución operativa o de conducción institucional que los nutran respectivamente.”

“Adicionalmente, sin dudas, ofrece ventajas sistemáticas el hecho de que al presentar este modelo de imputación una independencia visible del devenir de los cursos lesivos en los niveles en mayor grado operativos, el umbral de la tentativa aparece para el autor por dominio de la organización sin perjuicio del éxito final que posea la indicación institucional transmitida desde allí. Qué chances tenga ese principio de ejecución en manifestarse en una lesión del bien jurídico protegido representa un capítulo siempre permanente en la doctrina de la tentativa, y nada dice en contra de que el desarrollar acciones de dominio de la organización ya exprese un comportamiento que pueda ser abarcado por la mayor parte de los tipos penales del núcleo tradicional del derecho penal legislado”.

Como el propio RUSCONI lo anticipa, hay que hacerse cargo de las diferencias en los dos caminos conceptuales: la teoría de autoría como dominio del hecho y la teoría de la autoría como infracción de deber. Y recuerda nuevamente a ROXIN:

“Comparando el concepto de autor en los delitos de dominio y de los infracción de deber, son las diferencias las que primero saltan a la vista: el criterio del dominio del hecho resulta de las singularidades del curso concreto del suceso. En cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente: basta cualquier causa de la índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de la conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor”.

Para no abundar en el debate, muy desarrollado por RUSCONI y autores que él cita, aquí nos interesa más dejar establecido si la descripción contenida en la figura en comentario puede afectar las



garantías de legalidad y reserva penal, acudiendo a la teoría de infracción de deber. Ello así, en tanto la teoría de infracción de deber tiene potencialidad, dice la doctrina, para afectarlas si “...castiga conductas que no han exteriorizado aun nada lesivo (no se ha iniciado la tentativa) sólo por el hecho de que el obligado especial haya infringido su deber” (Robles Planas, citado por Rusconi). En tanto “Las consideraciones de orden material y ontológico están muy bien, pero no permiten prescindir de la letra de la ley e incluir en ella conductas que no están...”. De donde, “La conducta del autor mediato *intraneus* sólo podrá ser castigada en base al tipo especial cuando sea subsumible en él directamente” (Gimbernat Ordeig, citado igualmente por Rusconi). Peligro al que se refirió Roxin señalando que él radica en la vaguedad de los deberes a que se refiere el legislador (Rusconi).

Es innegable para nosotros que este tipo delictivo no puede considerarse fuera de una organización con desvío ilícito. Acaso podríamos decir, con Rusconi, en una paráfrasis de su pensamiento, en un traslado libre a nuestros fines aquí, y tal vez no consentida por él, que “Respecto del carácter nocivo no hay que olvidar que, justamente, lo que termina por transformar a esas vinculaciones organizativas en un hacer común, no es otra cosa que el propio dominio desviado hacia lo ilícito de la organización”.

Y conviene retener lo que Kai AMBOS, citado, subraya: “...cualquier particular que con la mera aquiescencia estatal omita información sobre las circunstancias de la privación de la libertad se niegue a darla, está cometiendo la conducta descrita (...) 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 alinee en una política estatal de desapariciones y en tal asimilación se ve vinculado por tanto a los derechos jurídicos que interna o internacionalmente se prevén para los funcionarios públicos”.

Todo lo hasta aquí dicho, lo es a los fines de aprehender conductas que deben analizarse en el contexto de la desaparición forzada. Así, por ejemplo, en la exposición libre en la audiencia ante la



Corte IDH en el Caso Torres Millacura contra Argentina, la perita de la Corte IDH Dra. Sofia Tiscornia⁶⁶ afirmó:

... los ... abusos policiales contra jóvenes de escasos recursos en la Provincia del Chubut ... encuentran sus raíces y se expanden en primer lugar, por la vigencia de normativas y prácticas judiciales policiales habituales y cotidianas, cual son las detenciones por averiguación de identidad, los edictos contravencionales de policía y las razzias[;]. ... sin que medie orden judicial ni la ocurrencia de un delito flagrante. Solo por lo que se conoce como “actitud sospechosa”, actitud que solo la policía define, en forma arbitraria. (...)

Este tipo de detenciones se hace en la mayoría de los casos con violencia y se somete a los jóvenes a sumisión, golpes y vejaciones. El control judicial sobre las mismas es escaso, cuando no nulo.

Es común que este tipo de detenciones resulte en golpizas y torturas que no son denunciadas, porque los jóvenes conocen en su propio cuerpo la impunidad que cubre estas conductas policiales. (...)

En segundo lugar, el acceso a la justicia de los jóvenes de las barriadas pobres de Chubut es prácticamente nulo: la presencia del Estado en los barrios está en buena medida representada por la policía de a pie y en patrullero. ... En ellos, es la policía quien dirime y administra los conflictos, la mayoría de las veces, usando la fuerza y la prepotencia.

... el hostigamiento permanente es un patrón que sostiene las peores prácticas policiales...

En tercer lugar, es común que la policía incrimine tarde o temprano a los jóvenes con los que mantiene relaciones signadas por el hostigamiento. **El relato se reitera: policías que se desplazan por la supuesta denuncia de un robo común, toman por sospechosos a un joven del barrio a quien dan la voz de alto o no, a quien sorprenden en su casa o la de algún vecino y, sin importar la actitud que este adopte –sumisión o huida dadas las relaciones habituales de agresión y golpes- lo atacan en forma violenta y en algunos casos llega a ejecuciones a quemarropa. La policía en general domina la escena de estos crímenes, maneja los tiempos para dar aviso a la justicia y la investigación judicial es en general pobre, sea por connivencia o por incapacidad.**

⁶⁶ <http://www.youtube.com/watch?v=9VGpI9AuZ84&feature=BFa&list=PL38170D0AD4E70875>



Ni en Chubut ni en las demás provincias argentinas existen pandillas, maras o grupos de jóvenes organizados criminalmente. Así como tampoco es posible reconocer la existencia de grupos parapoliciales o escuadrones de la muerte. Por ello, **se trata de un fenómeno particular: una legislación y prácticas policiales violatorias de los derechos humanos y tribunales que –alejados de los conflictos sociales de quienes mas lo necesitan- no investigan o son cómplices de los crímenes.**

Por ello también, las posibilidades del Estado de actuar sobre estas graves violaciones es posible, además de urgente y contribuiría a devolver la dignidad a cientos de miles de personas que son detenidas, golpeadas y vejadas sin que hayan cometido delito alguno. Tal el caso del joven Iván Torres.

La figura regulada en el Código prevé pena de prisión de diez a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada. La amenaza de pena se agrava –prisión perpetua- en el caso de que resultare la muerte o la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.

Particularidades de la Figura Penal

7.1. El *habeas corpus* se encuentra íntimamente relacionado con esta figura penal, ya que este recurso constitucional y convencional, resulta ser el medio eficaz a fin de prevenir el delito de DFP.

7.2. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en su Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, establece:



5. Las principales obligaciones del Estado en virtud del derecho a la verdad son principalmente de procedimiento e incluyen: la obligación de investigar hasta que la suerte y el paradero de la persona han sido esclarecidas, la obligación de tener los resultados de estas investigaciones, comunicarse a las partes interesadas en las condiciones especificadas en el párrafo 3 de la presente observación general, la obligación de proporcionar acceso completo a los archivos, y la obligación de proporcionar plena protección a los testigos, familiares, abogados y otros participantes en cualquier investigación. Hay una absoluta obligación de tomar todas las medidas necesarias para encontrar a la persona, pero no hay una obligación absoluta de resultado. De hecho, en algunos casos, la clarificación es difícil o imposible de alcanzar, por ejemplo cuando el cuerpo, por diversas razones, no se puede encontrar. Una persona puede haber sido sumariamente ejecutado, pero los restos no se pueden encontrar, porque la persona que enterró el cuerpo no se encuentra con vida, y nadie más tiene información sobre el destino de la persona. El Estado aún tiene una obligación de investigar hasta que se pueda determinar por la presunción de la suerte o el paradero de la persona.

En su Observación general sobre el artículo 19 (derecho a una indemnización), el Grupo de Trabajo hizo claro que: "Como principio general, no se presumirá con oposición de la familia, que la víctima de una desaparición forzada haya fallecido.

Jurisprudencia de la CSJN y de la Corte IDH

Tal como lo reseña COLAUTTI⁶⁷, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde sus primeras sentencias⁶⁸ reconoció la operatividad de los principios generales del derecho internacional, denominados genéricamente en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena con la locución latina *ius cogens*⁶⁹.

Agrega el citado autor:

⁶⁷ 'Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional', por CARLOS E. COLAUTTI, Ed. LA LEY, 1998, págs.36 y ss.

⁶⁸ Fallos 7:282 - 1869; Fallos 43:321 - 1891; Fallos 176:218 - 1936; Fallos 305:2150

⁶⁹ Principios de derecho que sin necesidad de reglas específicas aparecen con evidencia ante la razón, conforme 'Los Tratados ...', por CARLOS E. COLAUTTI, ob.cit., págs.35



El art. 102 de la Constitución de 1853/60 (hoy 118) establece la competencia de los tribunales nacionales cuando fuera del territorio de la Nación se hubieran cometido delitos contra el derecho de gentes, agregando que el ‘Congreso determinará por una ley especial el lugar en que ha de seguirse el juicio’.

(...) Entiendo que aunque el Congreso no ha dictado la ley especial a que se refiere la Constitución, la cláusula es directamente operativa pues existen las normas de procedimiento necesarias para su implementación. La competencia de la justicia en lo penal está claramente establecida por la ley. Como se trata de delitos que interesan al orden público internacional, la competencia debe carecer en los tribunales federales. ... Los principios del derecho internacional consuetudinario integran el derecho federal y por eso la Constitución estableció la regla de que estos delitos podían ser juzgados por los tribunales de la Nación. Las leyes del Congreso aplicables son las de organización y competencia de los tribunales federales.⁷⁰

Mas tarde, la jurisprudencia nacional dio cuenta de la operatividad de dichos principios en los fallos ‘Priebke’⁷¹, ‘Arancibia Clavel’⁷², ‘Lariz Iriondo’⁷³, ‘Simón’⁷⁴.

Recordamos la afirmación del Dr. Leopoldo Schiffrin en cuanto a la operatividad del artículo 118 -102 de la Constitución de 1853/1860- de la Constitución Nacional y el origen del mismo, según comenta Alejandro Luis Rúa⁷⁵:

... no aplicar esta norma tan terminante sería preciso demostrar que en el ánimo de los constituyentes venezolanos de 1811 y los argentinos de 1853, la referencia al derecho de gentes estuvo sólo dirigida a la hipótesis de la piratería de alta mar -o sea a delitos cometidos fuera del territorio de cualquier estado-, y que este punto merece indagación.

⁷⁰ ‘Los Tratados ...’, por CARLOS E. COLAUTTI, ob. cit, págs.36

⁷¹ Fallos 318:2148

⁷² Fallos 327:3294

⁷³ Fallos 328:1268

⁷⁴ Fallos 328:2056

⁷⁵ "De Schwammberger a Massera" por ALEJANDRO LUIS RÚA.



Sólo como mera aproximación al tema puede referirse que contemporáneamente a aquella carta magna ya el Proyecto de Constitución de Mariano Moreno de 1810 -que también seguía el modelo estadounidense-, refería en su sección octava una aparente diferenciación en orden a que "el Congreso tendrá el poder de constituir Tribunales inferiores á la Audiencia suprema; de decidir y castigar corsarios, y crímenes perpetrados sobre los altos Mares [por un lado], y delitos contra las Leyes de las Naciones [por otro]"; en tanto el Proyecto de Constitución Provisoria de 1811 decía en su apartado 15 sobre la primacía del ius gentium que "las Leyes de Yndias dadas á las Colonias en tiempo en que lo eran, quedan sin efecto, por haver mudado de condición los Pueblos Americanos. Estas, y las de Castilla como emanadas de la usurpación, que hizieron los Reyes á la Nación, de quien es privativo el soberano poder legislativo, quedan del todo abolidas, y sólo tendrán lugar en quanto sean conformes al derecho natural y de las Gentes, al modo que decimos de la Ynstituta, y derecho de Romanos. Pero por quanto és necesario un breve Cuerpo legislativo, se nombrarán tres ó quatro Letrados los más impuestos en el Derecho natural, y de Gentes que redacten las Leyes, y formen un breve, y sencillo Codigo. [Encontrándose además testado que e]n lo Criminal tendrán presente dichos Letrados la legislación Ynglesa, por parecer la más conforme a la libertad, y seguridad de los Ciudadanos"-

Asimismo, acerca del sentido que en Moreno hubiera podido tener aquella referencia puede agregarse que nuestro más ilustrado padre fundador expuso en la Gazeta Extraordinaria de Buenos-Ayres del 13 de noviembre de 1810 que "asustado el despotismo con la liberalidad y justicia de los primeros movimientos de España, empezó á sembrar espesas sombras por medio de sus agentes; y la oculta oposición a los imprescriptibles derechos, que los pueblos empezaban á ejercer, empeñó á los hombres patriotas, á trabajar en su demostración y defensa. Un abogado dió á luz en Cadiz una juiciosa manifestación de los derechos del hombre; y los habitantes de España quedaron absortos, al ver en letra de molde la doctrina nueva para ellos, de que los hombres tenían derechos. Un sábio de Valencia describió con energía los principios de justicia, que afirmaban la instalación de las Juntas, y por todos los pueblos de España pulularon escritos llenos de ideas liberales, y en que se sostenían los derechos primitivos de los pueblos, que por siglos enteros habían sido olvidados y desconocidos"; en tanto sobre la afectación de esos derechos dijo por ejemplo que "gime la humanidad con la esclavitud de unos hombres, que la naturaleza crió iguales á sus propios amos; fulmina sus rayos la filosofía contra un



establecimiento que dá por tierra con los derechos más sagrados"; y "es un enemigo de la comunidad el que ataca unos derechos que son trascendentales á ella"; agregando además que "no pueden atacarse impunemente los derechos de los pueblos", que "la impunidad de crímenes tan detestables podría ser de un ejemplo fatalísimo", y que "los grandes malvados exigen por dobles títulos todo el rigor del castigo".-

Finalmente, acerca de esa otra alusión a la legislación inglesa, se tornan de referencia ineludibles los Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra que en la segunda mitad del siglo dieciocho dirigió Sir William Blackstone a aquel sujeto de derechos que es el gentleman y cuyo status se demarca por medio de una noción de ciudadanía para nada local. ... la dicha efectiva de un sujeto humano -de la que hablaba también Moreno ...- es objetivo primario del law of nature, de un derecho natural previo a todo derecho; y en donde los derechos de tal sujeto individual serán así absolutos, superiores y exentos del ordenamiento social, pues el principal fin de la sociedad es la protección de los individuos en el goce de tales derechos absolutos, de los que están investidos por las leyes inmutables de la naturaleza.

La Corte IDH en 'Gomez Palomino'⁷⁶, en especial el voto razonado del Juez Sergio García Ramírez⁷⁷ dijo:

En este *Voto* me referiré a un punto esencial en el *Caso Gómez Palomino*, a saber, la construcción legislativa del delito de desaparición forzada en el Derecho interno y la relación que esto guarda con el orden internacional que el Estado ha reconocido. En algunos de sus aspectos más significativos, la materia ha sido frecuentemente abordada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al amparo del Pacto de San José, antes de que nuestra región contara con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994. Este instrumento llegó a integrar la

⁷⁶ Corte IDH. **Caso Gómez Palomino Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136.

⁷⁷ Voto Concurrente del Juez SERGIO GARCIA RAMIREZ a la sentencia de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el *CASO GÓMEZ PALOMINO VS. PERÚ* del 22 de noviembre de 2005.



normativa de la materia, precisando conceptos y estableciendo alcances cuyo núcleo figuraba ya, bajo otros rubros, en la Convención Americana.

4... han surgido convenciones y tratados que se refieren a determinados hechos ilícitos, de manera genérica, y encomiendan a los Estados la tarea de caracterizarlos en su derecho interno y proveer a su persecución eficaz y suficiente. También hay instrumentos que adelantan varios pasos en la misma dirección y se ocupan en describir --tipificar, se diría en términos de derecho penal-- esos hechos, para unificar la reacción jurídica de la comunidad internacional y establecer un frente de protección y persecución que responda a ideas compartidas en materia de seguridad y justicia. Esto ocurre, por ejemplo, en lo que concierne al espacio interamericano mediante las caracterizaciones de la tortura (artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura) y la desaparición forzada (artículo II de la Convención específica que mencioné *supra*). Si nos hallásemos frente a ordenamientos penales, diríamos que en esos preceptos residen los tipos de tortura y desaparición. En sustancia, ambas convenciones quedan inscritas, por lo que toca al extremo que ahora examino, bajo el concepto de normas penales especiales, y en tal virtud se hallan dentro del marco de un *corpus juris* penal.

5 Cuando los Estados figuran como partes en un tratado internacional sobre derechos humanos, lo que ocurre en ejercicio de su soberanía y no a despecho o en menoscabo de ésta, adquieren determinadas obligaciones dentro del sistema de Estados en el que se integra el tratado y ante los seres humanos que se hallan sujetos a la jurisdicción del Estado parte del convenio. Esto es lo característico de los tratados de derechos humanos, a diferencia de otro género de pactos, que se limitan a establecer los datos de la relación jurídica entre Estados, con determinación de los derechos y deberes que éstos tienen entre sí.

6. Se ha explorado ampliamente el contenido de los deberes generales que asume el Estado cuando ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos o se adhiere a ésta. ... Para los efectos de este *Voto*, ... es importante mencionar la obligación prevista en el artículo 2, bajo el epígrafe “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”: si el ejercicio de los derechos y libertades a los que se refiere el artículo 1, esto es, los reconocidos en la Convención, “no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.



7. Es así que el orden interno debe construirse o reconstruirse en forma consecuente con el orden internacional que el propio Estado ha acogido como parte de su ordenamiento. Entre las disposiciones que tienen por materia el respeto y la garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales, figuran las normas penales --disposiciones generales, tipos y consecuencias jurídicas -- destinadas a proteger bienes y derechos con los medios más enérgicos de los que disponen la sociedad y el Estado.

8. Consecuencia de estos deberes generales es el compromiso específico de los Estados en relación con determinadas providencias. Volvamos a las convenciones mencionadas *supra*. El artículo 1 de la Convención contra la Tortura indica: “Los Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”; y el artículo III de la Convención contra la Desaparición Forzada manifiesta: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”.

9. Los autores y suscriptores de los tratados --que son, al mismo tiempo, sujetos obligados por éstos-- entienden que las conductas ilícitas previstas en ellos requieren fórmulas de persecución propias, que no basta con las acostumbradas descripciones típicas de derecho interno sobre hipótesis semejantes o aledañas --como podrían ser los golpes, las lesiones o las amenazas, en el caso de la tortura, y la privación ilegal de libertad, el secuestro o la obstrucción de la justicia, en el supuesto de la desaparición forzada-- y que la caracterización aportada por el instrumento internacional es la forma suficiente y adecuada para reaccionar frente a esos delitos, cuya represión interesa a la comunidad internacional. De no ser así, carecería de sentido establecer descripciones vinculantes y generar obligaciones específicas para los Estados, a este respecto.

10. Es posible suponer que los Estados se hallan en libertad de adoptar elementos de mayor severidad en la persecución penal de estos ilícitos, si lo consideran pertinente, conveniente, justo, para la mejor tutela de los derechos humanos, siempre a condición de que al hacerlo no vulneren otros principios o normas insoslayables. La descripción internacional es el dato irreductible de la persecución, que puede ser mejorado --en favor de los objetivos que ésta se propone alcanzar y de las razones que la justifican--, pero no alterado, condicionado o desvanecido por la sustracción de elementos necesarios de



la fórmula persecutoria o la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia y desemboquen, a la postre, en impunidad de conductas cuya punición ha resuelto el orden internacional, apoyado por la voluntad del Estado parte.

Noticia Bibliográfica:

- **El delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal brasileño**, por Pablo Rodrigo Alflen da Silva (en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>). V. también Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXIV (Valparaíso, Chile, 1er Semestre de 2010) [pp. 213 - 226].
- **EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN COMO AUTORÍA MEDIATA**, por Matías Bailone [Conferencia Magistral dictada en el III Seminario Internacional de Actualización de Derecho Penal, organizado por la Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales y la Universidad Salesiana de Bolivia, Cochabamba, 28 de mayo de 2007].
- **Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares**, por Kai Ambos & Ezequiel Malarino.
- **EL DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS Y LA POSIBLE AFECTACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: UNA MIRADA INTEGRADORA**, por Sebastián Félix García Amuchástegui (UNC).
- **El impacto de la justicia internacional: el deber de justicia penal y la relativización de la cosa juzgada, especial referencia al caso peruano**, por Juan Antonio Rosas Castañeda (en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>).
- **Obligación internacional del Estado de judicializar los casos de violaciones a los derechos humanos: un análisis desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de**



Derechos Humanos, por Juan Antonio Rosas Castañeda (en Revista electrónica Derecho Penal Online [en línea]. Disponible en: <http://www.derechopenalonline.com>).

- **La Desaparición Forzada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la necesidad de modificar su regulación en el Código Penal peruano**, por Giovanna F. Vélez Fernández (Pontificia Universidad Católica del Perú).
- **Informes de avance del proceso de implementación del Estatuto de Roma (mayo de 2011) Partes 1 y 2** (Konrad-Adenauer-Stiftung - Programa Estado de Derecho/Latinoamérica).
- **El ius cogens: un nuevo escenario de conflictos internacionales**, por Terrile, Ricardo A. (13-may-2010. MJ-DOC-4709-AR | MJD4709).
- **EL PRINCIPIO DE JURISDICCIÓN UNIVERSAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: PASADO, PRESENTE Y FUTURO**, por Carmen Márquez Carrasco-Magdalena Martín Martínez (Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XI, 2011, pp. 251-303 [www.juridica.unam.mx]).
- **LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS EN AMERICA LATINA**, Ana Lucrecia Molina Theissen (KO'AGA ROÑE'ETA, Revista electrónica sobre derechos humanos y derecho humanitario [Serie VII – Derechos Humanos en América Latina. KO'AGA ROÑE'ETA se.vii (1998) - <http://www.derechos.org/vii/molina.html>]).
- **LA DESAPARICION FORZADA: EL ARTICULO 320 DEL CODIGO PENAL NO CUMPLE CON EL TEST DE ESTANDAR INTERNACIONAL**, por Augusto Medina Otazú (PUCP y UNMSM) [V. Revista Pensamiento Penal].
- **EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL PERÚ –INFORME - De la Comisión de Estudio de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima** (Rev. Derecho y Cambio Social, NÚMERO 12 - AÑO IV - 2007-2008) [www.derechocambiosocial.com].



-
- **BREVES CUESTIONES RELATIVAS A LA AUTORÍA MEDIATA EN REFERENCIA A LOS APARATOS DE PODER ORGANIZADOS**, por DAVID FERNANDO PANTA CUEVA (Universidad Nacional de Trujillo).