

Christoph Grammer (Alemania) *

**Adaptación del derecho penal nacional
con motivo de la implementación
del Estatuto de Roma.
Algunas consideraciones
acerca de la desaparición forzada ****

I. Introducción

La ratificación del Estatuto de Roma por parte de un Estado puede conducir en diversos aspectos a adaptaciones o a movimientos de reforma del derecho nacional. Y es que sería un contrasentido que un Estado se sometiese a las prescripciones del Estatuto de Roma sin asegurarse de que el ordenamiento nacional esté en armonía con ellas.

Por este motivo, el *objeto* de este trabajo es analizar las deficiencias del derecho nacional con relación al Estatuto de Roma. Este análisis deberá conducirnos entre otras cosas al *objetivo* de impulsar y proponer iniciativas de reforma en cada uno de los Estados.

Dentro de este contexto se prestará especial atención a la *desaparición forzada*. Se trata aquí de un delito internacional que en nuestro ámbito presenta un interés especial por dos motivos:

1. La desaparición forzada no es un delito tradicional, contrariamente a lo que sucede, por ejemplo, con el homicidio doloso. La percepción del fenómeno de la desaparición forzada a nivel internacional se produjo por primera vez en los años

* Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo de Brisgovia.

** Traducción de Teresa Manso Porto (Instituto Max Planck). El artículo está basado en la ponencia del mismo título que se presentó en el seminario internacional “Persecución penal nacional de crímenes internacionales desde una perspectiva comparada” organizado por la Fundación Konrad Adenauer y el Instituto Max Planck, del 27 al 28 de febrero de 2003 en Montevideo.

setenta.¹ Como crimen contra la humanidad fue recogido por vez primera en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, del año 1994 (entrada en vigor en 1996),² y cuatro años más tarde (entrada en vigor en 2002) en el Estatuto de Roma.³ Por ello, muchos ordenamientos jurídicos desconocen todavía este delito o lo han conocido en todo caso muy recientemente, a raíz de los impulsos de derecho internacional que se acaban de mencionar. Precisamente para los Estados que han ratificado el Estatuto de Roma se produce una especial *presión de adaptación* con relación al delito internacional aquí analizado, es decir, con relación a la creación de un tipo penal de desaparición forzada.

2. En Latinoamérica existe un interés especial por el estudio de la figura de la desaparición forzada de personas. Esta región se ha visto afectada como ninguna otra por este delito. Debido a este bagaje histórico, los Estados y organizaciones latinoamericanos desempeñaron un papel decisivo en las negociaciones del Estatuto de Roma, lo que finalmente condujo a que por vez primera se incluyese este delito dentro del catálogo de crímenes contra la humanidad. Por otra parte, Latinoamérica es la única región del mundo en la que existen dos impulsos de derecho internacional para la creación de un tipo de desaparición forzada: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma.

Con ello puede decirse que la desaparición forzada de personas constituye un ejemplo especialmente adecuado para analizar detenidamente qué impulsos de adaptación genera el Estatuto de Roma sobre el ordenamiento nacional.

Este análisis se desarrollará de la siguiente manera: la cuestión central es si existe la suficiente necesidad de incluir en el ordenamiento nacional, en un tipo penal independiente, el crimen de la desaparición forzada previsto en el Estatuto. Previamente deberá exponerse qué es lo que se entiende exactamente por desaparición forzada, para así aclarar a continuación si existe una obligación de derecho internacional de castigarla penalmente.

II. Elementos de la desaparición forzada

Si se analizan los textos acerca de la desaparición forzada, se puede comprobar que existe entre ellos una amplia coincidencia. Las definiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁴ y las del Estatuto de Roma⁵

¹ Blanc Altemir (*La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona, 1990, pp. 344 y ss.) ofrece amplias referencias acerca de las medidas internacionales en torno a la desaparición forzada.

² En el Preámbulo de la Convención: <<http://www.derechos.net/doc/tratados/deso.html>> (consulta: 15.1.2003).

³ Artículo 7.1.i. El Estatuto de Roma está disponible en Internet: <<http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>> (consulta: 15.1.2003).

⁴ <<http://www.derechos.net/doc/tratados/deso.html>> (consulta: 15.1.2003).

⁵ <<http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>> (consulta: 15.1.2003).

no se diferencian esencialmente. Lo mismo cabe sostener en el marco de las Naciones Unidas con respecto a la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, del año 1992,⁶ y a los trabajos preparatorios de una Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada, de 1998.⁷ Los cuatro textos *coinciden* en sus elementos esenciales.

Dentro de la acción se pueden distinguir dos vertientes. La primera se dirige contra el desaparecido y consiste en privarlo de libertad. Junto con ésta interviene una segunda vertiente de la acción, dirigida contra terceros (personas cercanas al desaparecido, activistas de organizaciones humanitarias, jueces o miembros de cualesquiera organizaciones estatales o supraestatales que estén a cargo de la protección de los desaparecidos); consiste en que se mantengan secretas las informaciones relativas al desaparecido o se impida su búsqueda.

Ambos actos están caracterizados por la participación directa o indirecta del Estado, que actúa con la intención de privar a los desaparecidos de protección legal.

III. Obligación internacional de castigar penalmente

El Estatuto de Roma no establece ninguna obligación directa de castigar penalmente los crímenes que allí se exponen, por cuanto descansa sobre la concepción general de que la persecución de crímenes internacionales es tarea primaria de cada uno de los Estados. En tal medida, se tienen también en cuenta intereses de soberanía nacional.⁸ Ello queda expresado especialmente en el artículo 17 del Estatuto de Roma, que establece el principio de complementariedad, según el cual la Corte Penal Internacional solamente puede actuar cuando por razones de tipo jurídico o fáctico fracasa la persecución a nivel nacional.⁹ Del principio de complementariedad se deriva un interés vital de cada uno de los Estados por hallarse en las mismas condiciones de perseguir crímenes internacionales que la misma Corte Penal Internacional (CPI), pues sólo entonces estarán en situación de impedir una persecución penal de la propia CPI. En otras palabras, si bien el Estatuto de Roma no establece ninguna obligación directa de castigar penalmente, el principio de complementariedad despierta un interés vital propio de todo Estado en castigar los delitos internacionales que se relacionan en el Estatuto de Roma.¹⁰

Al contrario de lo que sucede con el Estatuto de Roma, en el ámbito regional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas contiene reglas

⁶ General Assembly Resolution 47/33 de 18.12.1992, en *Enforced or involuntary disappearances*, United Nations Centre for Human Rights, Fact Sheet n° 6 (Rev. 1), Ginebra, 1993, pp. 17 ss.

⁷ <<http://www.derechos.net/doc/tratados/des.html>> (consulta: 15.1.2003).

⁸ Williams, "Artikel 17", en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, marg. 1.

⁹ *Ibidem*, marg. 2.

¹⁰ Satzger, "Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung", en *NSiZ* 2002, pp.125 y ss.

de punición bastante precisas y estrictas. Queda excluida cualquier justificación o disculpa, y la persecución penal internacional se facilita mediante la introducción del principio *aut dedere aut iudicare*.¹¹

De manera similar a lo que establecen los preceptos de la Convención, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Desapariciones Forzadas parte de una obligación sin excepciones de castigar penalmente.¹² Este punto de vista puede considerarse dominante dentro de la *comunidad de Estados*.¹³ Ello se deriva, por un lado, de los informes dirigidos por los Estados al Grupo de Trabajo, de cuya visión general se deduce que todos ellos están de acuerdo en que “la desaparición forzada [...] debe ser investigada, perseguida y castigada”.¹⁴ Por otro lado, muchos de los instrumentos denominados *soft law* contienen obligaciones de castigar penalmente sin excepciones; por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹⁵ o los trabajos de las Naciones Unidas para la elaboración de una Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada.¹⁶ Tanto la Comisión de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷ como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁸ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁹ han exigido, en el marco de la interpretación de los correspondientes preceptos que regulan los derechos humanos, que se castigue penalmente la desaparición forzada.

En conclusión, tomando como base esta *opinio iuris* dominante, puede partirse de la existencia de una obligación universal de castigar penalmente las desapariciones forzadas²⁰ que se deriva de las fuentes del derecho internacional.²¹ El aspecto relativo a si esta obligación se enraíza en la costumbre internacional o en principios generales del derecho²² no puede ser profundizado aquí por razones de espacio. En el

¹¹ Ambos, “Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen”, en *Archiv des Völkerrechts* (1999) 37, pp. 318-356, 352 y ss.

¹² *Report* diciembre 1993 (E/CN.4/1994/26), § 45 (h); de manera similar, *Report* 1994 (E/CN.4/1995/36), § 45; *Report* 1995 (E/CN.4/1996/38), § 471 y ss.; *Report* 1996 (E/CN.4/1997/34), § 394 s.; *Report* 1997 (E/CN.4/1998/43), § 416, 418 y s.; *Report* 1998 (E/CN.4/1999/62), § 336.

¹³ Ambos, o. cit., p. 352.

¹⁴ *Report* enero 1993 (E/CN.4/1993/25), p. 128, E 14; de manera similar, *Report* 1994 (E/CN.4/1995/43), § 418.

¹⁵ General Assembly Resolution 47/33 de 18-12-1992, en *Enforced or involuntary disappearances*, United Nations Centre for Human Rights, Fact Sheet n° 6 (Rev. 1), Ginebra, 1993, pp. 17 y ss.

¹⁶ <<http://www.derechos.net/doc/tratados/des.html>> (consulta: 15.1.2003).

¹⁷ General Comment n° 6 (artículo 6), § 4, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (19.5.1989).

¹⁸ Por ejemplo en CIDH, serie C, n° 4, cifras 155 y 158 (*Velásquez-Rodríguez*); CIDH, serie C, n° 5, 163 y 166 (*Godínez-Cruz*); CIDH, serie C, n° 70, cifra 128 y s. (*Bamaca-Velásquez*).

¹⁹ *Informe anual 1992-93*, p. 116.

²⁰ Ambos, o. cit., pp. 353 y s.

²¹ Cf. al respecto el artículo 38 del Reglamento del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

²² Ambos da preferencia a esta postura, pues ante la falta de uniformidad en la práctica de los Estados considera que la fuente de la costumbre internacional resulta problemática (o. cit., n. 1, pp. 330 y ss.).

ámbito regional latinoamericano existe, asimismo, una obligación internacional de castigar penalmente derivada de un tratado internacional.

Esta conclusión concuerda además con lo establecido en el apartado 6 del Preámbulo del Estatuto de Roma, que al parecer presupone la existencia de una obligación internacional de perseguir crímenes internacionales.²³

IV. Necesidad de un tipo penal independiente

A la obligación internacional que acabamos de constatar, de castigar penalmente las desapariciones forzadas, le sucede inmediatamente la cuestión de cómo habría de llevarse a la práctica dicha obligación dentro del derecho penal nacional. *¿Se necesita para ello un tipo penal independiente?*

1. Objeciones

La exigencia de un tipo penal independiente no puede afirmarse sin más, antes de haberse enfrentado a las numerosas objeciones que se han hecho contra ella.²⁴

1. A través de los tipos penales tradicionales, en especial los delitos contra la libertad y sus agravaciones —se sostiene—, se podría castigar suficientemente la desaparición forzada.²⁵ La creación de un nuevo tipo penal sería innecesaria. No tendría sentido crear siempre tipos penales nuevos que convierten al derecho penal en un mar insondable de preceptos y que se concentran en formas de comportamiento muy específicas. La creación de un nuevo tipo penal no tendría ninguna influencia en la resolución de los problemas relacionados con el castigo de las desapariciones forzadas. Dichos problemas se situarían más bien en otro plano muy distinto, que tendría que ver con una aplicación defectuosa del derecho penal tradicional.²⁶

2. Un tipo penal que recogiese la desaparición forzada sería tan complejo como el propio fenómeno, pluriactivo y colectivo, de las desapariciones forzadas, y demasiado complicado para el derecho penal.

3. Los tipos penales ya creados se habrían valorado de manera precipitada como una victoria para los derechos humanos: siempre como un paso importante en la lucha contra la figura, ya consolidada en el derecho internacional, de la desaparición forzada y

²³ Satzger, “Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung”, en *NSfZ* 2002, p. 125.

²⁴ En ocasiones se diría lo contrario, cf. p. ej.: Dallari, en *Le refus de l'oubli*, París, 1982, p. 90; González Gartlant, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, p. 77 (quien exige una ley independiente); Molinas, ibídem, p. 14; Wlasic, en *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad*, Buenos Aires, 1989, p. 97.

²⁵ Bacigalupo, en *Le refus de l'oubli*, o. cit., p. 96; G. D. Fernández, en una toma de postura inédita dirigida por escrito al autor, 3.4.2002; J. B. Maier, en una toma de postura inédita dirigida por escrito al autor, 14.3.2002.

²⁶ Moreno Ocampo (en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, o. cit., pp. 125 y ss.) no se opone, pese a estas objeciones, a un tipo penal independiente.

como la consecuente puesta en práctica de la correspondiente obligación de derecho internacional de castigar penalmente. Sin embargo, tal perspectiva, que es propia de los juristas del campo del derecho internacional de los derechos humanos pero no de los penalistas, parece desconocer que estos tipos penales tan celebrados no son en absoluto necesarios para la puesta en práctica de la obligación internacional de castigar penalmente y que, por el contrario, lesionan de forma innecesaria e injustificada los derechos humanos del imputado, que en derecho penal, de manera distinta de lo que sucede en el derecho internacional, también han de ser protegidos. Sancinetti ha acuñado en este contexto el concepto de *simulación de protección de los derechos humanos*.²⁷

Dicho brevemente, en opinión de los críticos existe el peligro de que con el tipo penal de la desaparición forzada se cree un tipo complejo e innecesario que únicamente “simule” una protección de derechos humanos, mientras que en realidad se estarían lesionando de manera injustificada los derechos de los acusados.

2. *Fundamento de la necesidad*

A. *Las afectaciones de bienes jurídicos en particular*

Según lo expuesto, parece que el interrogante sobre la legitimación de un tipo penal independiente está sobradamente justificado.

La respuesta debe comenzar a buscarse en el injusto específico de la desaparición forzada. Si las afectaciones de bienes jurídicos propias de la desaparición forzada no están recogidas en los tipos penales tradicionales, entonces es necesario un tipo independiente, y ello no sólo para responder de forma adecuada a la obligación internacional de castigar penalmente. *¿Cuáles son entonces los bienes jurídicos que se ven afectados por las desapariciones forzadas?*

En primer lugar, en relación con las afectaciones de bienes jurídicos del desaparecido, la desaparición forzada lesiona, evidentemente, el derecho a la libertad personal. Pero la afectación esencial del desaparecido no es la lesión de su libertad; la afectación esencial es la *total puesta en peligro de su persona*.²⁸ Innumerables experiencias, especialmente en Latinoamérica, muestran que el desaparecido corre enorme peligro de ser víctima de una larga lista de lesiones de bienes jurídicos, en cuyo triste final se encuentra a menudo la eliminación de su persona. Basta mencionar aquí, a modo de ejemplo, algunas de las lesiones que suelen amenazarlo: condiciones de vida inhumanas, tortura, violación y degradación del desaparecido a un número o a un objeto.

La Corte Interamericana también contempla la extensa situación de puesta en peligro del desaparecido cuando manifiesta:

²⁷ Disidencia parcial sobre la desaparición de un tipo penal de *desaparición forzada de personas*, al diputado Bernardo P. Quinzio, IV.

²⁸ En relación con este peligro concretamente, véase Bustos Ramírez, en *Le refus de l'oubli*, o. cit., p. 122; Aragón, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, o. cit., p. 118.

La desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de varios derechos de la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido. Además, coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreado otros delitos conexos.²⁹

Esta puesta en peligro se sustenta en dos factores: primero, el hecho de que el Estado esté involucrado en lo sucedido, lo cual está vinculado con la intención de suspender la protección legal del desaparecido; segundo, la combinación metódica de ambos actos, es decir, de la privación de libertad y el ocultamiento de dicha privación de libertad. Esta concatenación lleva a una absoluta incertidumbre respecto al desaparecido, la cual caracteriza su situación de indefensión y desamparo y, con ello, la puesta en peligro de su vida.

Estos dos pilares —la participación estatal y el proceder metódico— fundamentan la afectación esencial de bienes jurídicos del desaparecido: una puesta en peligro total. Pero ambos factores afectan al mismo tiempo a otros dos ámbitos.

En primer término, *a las personas cercanas al desaparecido*, fundamentalmente sus familiares más próximos. Éstos se ven lesionados en su *integridad personal, en particular en su estrecha relación personal*. Tienen que asumir impasiblemente la desaparición sin rastro alguno de su ser querido; no pueden ayudarlo ni establecer contacto con él, mientras que el Estado por su parte no les presta asistencia, e incluso en algunos casos les genera dificultades o los amenaza.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos constata al respecto:

Esta cuestión que plantea la Comisión, sólo puede ser examinada en relación con los familiares del señor Nicholas Blake, ya que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares, es una consecuencia directa de su desaparición forzada. Las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigarlos.³⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegan a admitir en numerosos casos que la incertidumbre acerca de la suerte que haya corrido la persona querida, unida a la hostilidad del Estado hacia los familiares, constituye un “tratamiento inhumano” en el sentido del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos³¹ y del artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.³²

²⁹ CIDH, serie C, n° 36, cifra 66 (*Blake-Fall*); CIDH, serie C, n° 70, cifra 128 (*Bamaca-Velásquez-Fall*).

³⁰ CIDH, serie C, n° 36, cifra 114 (*Blake-Fall*).

³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caso *Timurtas/Turquía*, sentencia de 13.6.2000, § 91 y ss.; TEDH, caso *Tas/Turquía*, sentencia de 14.11.2000, § 77 y ss.; TEDH, caso *Cicek/Turquía*, sentencia de 27.2.2001, § 170 y ss.; TEDH, caso *Chipre/Turquía*, sentencia de 10.5.2001, § 170 y ss.

³² CIDH, serie C, n° 70, cifra 165 s. (caso *Bamaca-Velásquez*).

Además, ambos factores —es decir, el hecho de que se involucre el Estado con la intención de suspender la protección legal del desaparecido y la combinación metódica de la privación de libertad y de su ocultamiento— producen la lesión de *bienes jurídicos colectivos*.

Mediante la desaparición forzada se logra una suspensión absoluta de los mecanismos existentes de protección del individuo. Jueces penitenciarios, por no decir el tercer poder estatal por completo, comisionados de derechos humanos e investigadores asignados, pero también mecanismos de protección al margen del derecho, como la prensa o la integración del desaparecido en su entorno social, su familia, su ambiente profesional o político..., todos estos mecanismos de protección ya no pueden asistir al desaparecido. Mediante la desaparición forzada se genera miedo y terror en toda la sociedad, que se ve a merced de tales métodos de opresión, sin ningún tipo de protección. Se lesiona así *la seguridad pública*.

La desaparición forzada se caracteriza, asimismo, por el hecho de que el Estado, que tiene a su cargo la protección del individuo, está involucrado en el crimen. El protector se convierte al mismo tiempo en un autor alevoso e hipócrita.³³ Esta circunstancia va más allá de la lesión de la seguridad pública: lesiona los fundamentos del Estado de Derecho en su totalidad. En tal medida, se podría hablar de lesión del bien jurídico *Estado de Derecho*, concebido éste como aquello que justifica de manera indispensable la existencia del Estado (moderno).

En resumen, se puede sostener que a través de la desaparición forzada se da lugar a una pluralidad de afectaciones de bienes jurídicos en *tres niveles*:

1. El desaparecido se ve lesionado en su libertad personal y sobre todo se pone en peligro la totalidad de sus bienes jurídicos.
2. La personas cercanas se ven lesionadas en su integridad personal, en particular en su estrecha relación personal, lo que en ocasiones puede llevar incluso a un *tratamiento inhumano*.
3. Y en cuanto a los bienes colectivos, mediante la suspensión de todos los mecanismos de protección del individuo se lesiona la seguridad pública, mientras que con la participación del Estado en el crimen se lesiona el Estado de Derecho.

B. *Valoración de estas afectaciones de bienes jurídicos*

Aparte de la lesión de la libertad que sufre el desaparecido, todas las lesiones de bienes jurídicos pueden reconducirse a los dos factores ya mencionados. Por un lado, la participación del sistema estatal, es decir, un aspecto *sistémico específico*. Por el otro, la vinculación de la privación de libertad con el ocultamiento del hecho, es decir, un aspecto *metódico-sistemático*. Por lo tanto, resultaría lógico cualificar el injusto específico de la desaparición forzada como un *injusto sistemático*.

³³ Giovannoni, “Proyectos de legislación interna sobre la desaparición forzada”, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, o. cit., p. 301. Nevares, “Palabras inaugurales”, ibídem, p. 22.

Este carácter se manifiesta fundamentalmente en que el injusto sistemático de la desaparición forzada supera a la suma de los injustos de sus actos individuales —privación de libertad y ocultamiento—. Constituye un verdadero valor añadido o, si se quiere, un *disvalor añadido*.

C. *La consecuente legitimación de un tipo penal independiente*

Con el objeto de justificar la creación de un tipo penal independiente, es necesario aclarar si el injusto sistemático de la desaparición forzada que se acaba de analizar es recogido de manera suficiente por los tipos penales tradicionales comunes. Si tal fuera el caso, un tipo penal independiente resultaría superfluo.

La persecución de desapariciones forzadas que hasta ahora se ha producido, se ha limitado exclusivamente al injusto del *primer nivel*, es decir, el que ha sufrido el propio desaparecido.³⁴ Ello se muestra en los procesos contra Videla et al. y contra Camps et al., y lo mismo sucede en los procesos penales que se han llevado a cabo o están pendientes en Europa. En ellos sólo se aplican tipos que castigan *lesiones* de bienes jurídicos del propio desaparecido, en especial la privación de libertad.

En los casos en que puede probarse más que la desaparición, es decir, en aquellos en que se logra constatar también la tortura o la muerte, evidentemente también entran en consideración los tipos penales de lesión corporal u homicidio doloso.³⁵

Una superposición del injusto recogido en los tipos comunes y del injusto específico de la desaparición forzada se produce —en los casos en los que sólo se puede probar la desaparición— únicamente respecto a la lesión de la libertad personal. La parte esencial del injusto específico de la desaparición forzada, el *injusto sistemático* (la puesta en peligro total del desaparecido, la lesión de las personas cercanas y de la sociedad), no se tiene en absoluto en cuenta en el plano de la *tipicidad*. Consecuentemente, también los jueces valoran estas circunstancias de manera global en el marco de la determinación de la pena.

Los delitos que han constituido objeto de este proceso no sólo incluyen las figuras más graves previstas en el ordenamiento jurídico, sino que han sido ejecutados en forma generalizada y por un medio particularmente deleznable cual es el aprovechamiento clandestino del aparato estatal.

Ese modo de comisión favoreció la impunidad, supuso extender el daño directamente causado a las víctimas a sus familiares y allegados, totalmente ajenos a

³⁴ Con razón crítica Sancinetti que en Argentina el tipo de la rebelión (artículo 226 del Código Penal argentino) no se halla sometido en absoluto a consideración (Sancinetti y Ferrante, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht - Argentinien*, Friburgo de Brisgovia, 2002, p. 247; Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988, pp. 18 y ss.).

³⁵ En el marco de estos tipos de lesión es posible tener en cuenta también aspectos sistemáticos: por ejemplo, la “realización conjunta” de una lesión corporal (cf. artículo 224.1.4° del Código Penal alemán) o tipos cualificados de homicidio (“premeditazione”, artículo 577.1.4° del Código Penal italiano). Sin embargo, ello no sirve de nada en los numerosos casos de desapariciones forzadas en los que dichas lesiones no pueden probarse.

las actividades que se atribuían a aquéllas, e importó un grave menoscabo al orden jurídico y a las instituciones creadas por él.³⁶

En razón de lo expuesto, para poder tomar en consideración el injusto sistemático específico de la desaparición forzada del modo que corresponde, es urgentemente necesario crear un tipo independiente de desaparición forzada.

Por lo demás, tal legitimación de un tipo penal independiente de desaparición forzada fundamentado en la necesidad de castigar el injusto sistemático encuentra un importante apoyo en el Estatuto de Roma. Éste considera como crimen contra la humanidad no sólo “la desaparición forzada” (artículo 7.1.i), sino también, “la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional” (artículo 7.1.e). Si el núcleo de injusto de la desaparición forzada residiera en la lesión de la libertad, entonces las letras *e* e *i* se superpondrían, pues resultaría que el absoluto ocultamiento de la privación de libertad siempre se tendría que valorar al mismo tiempo como infracción de las reglas fundamentales del derecho internacional.³⁷ En cambio, una mención adicional de la desaparición forzada sí tendría sentido cuando la *ratio* del tipo se ve en el castigo del injusto sistemático; esto es, no sólo en la lesión de la libertad del desaparecido, sino también en su puesta en peligro total y en la lesión de los familiares y de la sociedad.

Tampoco resulta problemática de acuerdo con esta interpretación la relación entre los artículos 7.1.i (“desaparición forzada”) y 7.1.a (“asesinato”), en la medida en que, en un caso de desaparición forzada, el asesinato consiste precisamente en la concreción (demostrable) de la puesta en peligro para la vida que provoca la desaparición forzada. Sin embargo, en un caso así ambos delitos siguen estando en una relación de concurrencia ideal, pues, si bien el homicidio doloso abarca la puesta en peligro del desaparecido, no incluye en cambio las lesiones de bienes jurídicos de las personas cercanas o las lesiones a la sociedad.

Con ello, la interpretación que se propone permite una ordenación razonable de los tipos dentro del catálogo de crímenes internacionales del Estatuto.

V. Conclusiones finales

1. Para los países miembros de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas existe por el derecho internacional una *obligación de castigar penalmente* la desaparición forzada. Para el resto de los Estados, la obligación de castigar se deriva de las fuentes generales del derecho internacional. En este contexto, el Estatuto de Roma no instituye ninguna obligación específica de castigar

³⁶ *La sentencia*, II, p. 843.

³⁷ Hall, (“Artikel 7”, en Otto Triffterer [ed.], *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal. I*, Baden-Baden, 1999, marg. 38) menciona expresamente como ejemplo de circunstancias que podrían fundamentar una “grave supresión de la libertad corporal”: “[...] the detention was secret or the detainee otherwise cut off from the outside world”.

penalmente. Pero al menos sí despierta un interés propio de carácter vital para cada uno de los Estados, en cuanto a poder anticiparse a la persecución penal de la Corte Penal Internacional a través de la aplicación de sus propias reglas nacionales.

2. La desaparición forzada no se recoge satisfactoriamente en los tipos penales comunes y tradicionales. Para castigar el injusto *sistemático* como elemento específico de la desaparición forzada —la puesta en peligro total del desaparecido, la lesión de bienes jurídicos de personas cercanas y de la propia sociedad— se necesita un tipo penal independiente.

3. La puesta en práctica de la obligación de derecho internacional de castigar penalmente, o bien de los intereses vitales para cada Estado que resultan del Estatuto de Roma en relación con la desaparición forzada, deberían, por ello, llevarse a cabo en el derecho nacional a través de la creación de un tipo penal independiente.

VI. Perspectivas

En el marco de este estudio no es posible, por razones de espacio, tratar otros problemas centrales del tipo de la desaparición forzada. En otro lugar,³⁸ se deberá analizar, por tanto, en qué medida la comisión colectiva característica de la desaparición forzada debe incidir en la estructura del tipo penal. De mismo modo, tampoco puede tratarse el tema de la exacta definición de la desaparición forzada, el carácter permanente y la parte subjetiva del hecho. Asimismo, no cabe aquí una toma de postura respecto a si las reglas existentes pueden o no hacer frente a estas cuestiones de manera adecuada.

³⁸ Cabe remitir aquí a una tesis doctoral que se encuentra en preparación: Grammer, *Der Straftatbestand des zwangsweisen Verschwindenlassens*.

Bibliografía³⁹

Informes

Informes del grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre la desaparición forzada de personas:

- *Report diciembre 1993* (E/CN.4/1994/26).
- *Report 1994* (E/CN.4/1995/36).
- *Report 1995* (E/CN.4/1996/38).
- *Report 1996* (E/CN.4/1997/34).
- *Report 1997* (E/CN. 4/1998/43).
- *Report 1998* (E/CN.4/1999/62).
- *Report enero 1993* (E/CN.4/1993/25).
- *Report 1994* (E/CN.4/1995/43).

Convención Interamericana de Derechos Humanos:

- *General Comment* n° 6 (artículo 6), NU Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (19-5-1989).
- *Informe anual 1992-93*.

Monografías

BLANC ALTEMIR, *La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional*, Barcelona, 1990.

SANCINETTI y FERRANTE, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht - Argentinien*, Friburgo de Brisgovia, 2002.

SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, 1988.

Artículos en obras colectivas, comentarios y revistas

AMBOS, “Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen”, en *Archiv des Völkerrechts* (1999) 37, pp. 318-356.

ARAGÓN, “La inclusión de la desaparición forzada de personas en la ley penal es una urgente necesidad de la sociedad argentina”, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 107-123.

BACIGALUPO, “L’application du droit interne”, en *Le refus de l’oubli*, París, 1982, pp. 95-102.

BUSTOS RAMÍREZ, “Le délit de disparition forcée, crime contre l’humanité et mesures préventives internationales”, en *Le refus de l’oubli*, París, 1982, pp. 103-113.

DALLARI, “Le crime de disparitions”, en *Le refus de l’oubli*, París, 1982, pp. 89-93.

GIOVANNONI, “Proyectos de legislación interna sobre la desaparición forzada”, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 297-312.

³⁹ Todas las referencias de Internet fueron consultadas el 15.1.2003.

- GONZÁLEZ GARTLANT, “La desaparición forzada de personas frente al Derecho Penal argentino: una propuesta”, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 77-94.
- HALL, “Artikel 7”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal. 1*, Baden-Baden, 1999.
- MOLINAS, “Palabras preliminares”, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 13-15.
- MORENO OCAMPO, “La importancia de la prueba en el juzgamiento de la desaparición forzada de personas”, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 125-135.
- NEVARES, “Palabra inaugurales”, en *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 21 y ss.
- SATZGER, “Das neue Völkerstrafgesetzbuch - Eine kritische Würdigung”, en *NSiZ* 2002, pp. 125-132.
- WILLIAMS, “Artikel 17”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal. 1*, Baden-Baden, 1999.
- WLASIC, “Secuestro y desaparición: las tácticas de la guerra del capital financiero”, en *La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad*, Buenos Aires, 1989, pp. 97-104.

Fuentes inéditas

- FERNÁNDEZ, G. D., Toma de postura frente al autor, efectuada por escrito y relativa al tipo penal de la desaparición forzada, 3.4.2002.
- MAIER, J. B, Toma de postura frente al autor, efectuada por escrito y relativa al tipo penal de la desaparición forzada, 14.3.2002.
- SANCINETTI, Disidencia parcial sobre la desaparición de un tipo penal de “desaparición forzada de personas”, al diputado Bernardo P. Quinzio.

Fuentes jurisprudenciales

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Acceso Internet: <<http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>>.

- *Timurtas/Turquía*, sentencia de 13-06-2000.
- *Tas/Turquía*, sentencia de 14-11-2000.
- *Cicek/Turquía*, sentencia de 27-02-2001.
- *Chipre/Turquía*, sentencia de 10-05-2001.

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C. Acceso Internet: <<http://www.oas.org>>.

- *Velásquez-Rodríguez*, n° 4.
- *Godínez-Cruz*, n° 5.
- *Blake*, n° 36.
- *Bámaca-Velásquez*, n° 70.

Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal de 9.12.1985. *La sentencia* (2 t.), Buenos Aires, 1987.

Textos de instrumentos internacionales

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: <<http://www.derechos.net/doc/tratados/deso.html>>.

Estatuto de la Corte Penal Internacional: <<http://www.un.org/law/icc/statute/rome.htm>>.

Naciones Unidas, General Assembly Resolution 47/33 de 18.12.1992, *Declaration on the protection of All Persons from Enforced Disappearance*, United Nations Centre for Human Rights, Fact Sheet n° 6 (Rev. 1), *Enforced or involuntary disappearances*, Ginebra, 1993, pp. 17 y ss.

Naciones Unidas, preparación de una Convención Internacional para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas: <<http://www.derechos.net/doc/tratados/des.html>>.