



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.  
SU CONTEXTO JURÍDICO PENAL

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
**LICENCIADA EN DERECHO**

P R E S E N T A:  
**YANET ZÚÑIGA RÓNCES**

ASESOR: DR. ARTURO GARCÍA JIMÉNEZ



**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

CIUDAD UNIVERSITARIA

2004



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO PENAL  
OFICIO INTERNO FDER/036/SP/02/04  
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION  
ESCOLAR DE LA U.N.A. M.  
P R E S E N T E.

La alumna **ZUÑIGA RONCES YANET**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **DR. ARTURO GARCIA JIMENEZ**, la tesis profesional intitulada "**DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS SU CONTEXTO JURIDICO PENAL**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **DR. ARTURO GARCIA JIMENEZ**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS SU CONTEXTO JURIDICO PENAL**" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **ZUÑIGA RONCES YANET**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"  
Cd. Universitaria, D. F. 11 de febrero de 2004.

LIC. JOSE PABLO PATINO Y SOUZA.  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

*A Dios por darme la vida,  
gracias por todos los momentos que  
he vivido y por estar aquí siempre.*

*A mi mamá por su dedicación, cariño, y  
apoyo, por creer siempre en mí. A mi papá  
por su comprensión, esfuerzo y  
sacrificio por ayudarme a salir a delante.*

*A mi hermana Nancy por su apoyo y  
a mi sobrino Marco, por ser la  
personita que más quiero.*

*Al Doctor Arturo García Jiménez por su  
disposición, confianza, apoyo y paciencia.  
Gracias por creer en mí y compartir  
conmigo sus conocimientos.*

*A todos mis amigos, en especial a Crísthian,  
Rosalía, Lauro y Rocío, por su apoyo incondicional,  
por todos estos años de amistad.*

*A la licenciada Isabel Cristina Porras, y a  
mis compañeros del Juzgado Decimoséptimo  
de Distrito de Procesos Penales Federales,  
gracias por su apoyo, consejos, y ayuda.*

*A ti, por haberme enseñado que la recompensa  
no está en el resultado obtenido, si no en todo  
el esfuerzo realizado y los momentos de  
felicidad vividos, bajo la mirada de Dios.*



## INDICE

Introducción	I
<b>CAPITULO PRIMERO</b>	<b>1</b>
<b>ASPECTOS GENERALES DEL DELITO.</b>	
1.- Concepto de delito.	1
2.- Teorías que estudian al delito.	2
3.- Caracteres del delito en general.	11
4.- Acción y su ausencia.	12
A) Elementos de la acción.	16
a) Fase interna.	17
b) Fase externa.	17
B) Ausencia de acción.	21
a) La fuerza irresistible.	21
b) Movimientos reflejos.	22
c) Estados de inconciencia.	22
5.- Tipicidad y atipicidad.	22
A) Elementos objetivos del tipo.	28
B) Elementos subjetivos del tipo.	29
a) El dolo.	29
b) La culpa.	31
C) Causas de atipicidad.	35
6.- Culpabilidad.	37
A) Elementos del juicio de reproche.	42
a) Imputabilidad.	42
b) Conciencia de la antijuricidad del hecho	42
c) Exigibilidad de otra conducta.	46

B) Causas de inculpabilidad.	48
a) Por falta de capacidad de culpabilidad.	48
b) Por desconocimiento de la antijuricidad del hecho cometido.	50
c) Por inexigibilidad de otra conducta.	50

7.- Antijuricidad y causas de justificación.	52
--	----

A) Elementos subjetivos de la antijuricidad.	53
B) Desvalor del resultado.	54
C) Desvalor de la acción.	55
D) Causas de justificación.	57

8.- La tentativa y su aspecto negativo.	59
---	----

## CAPITULO SEGUNDO DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS. . . . .

60

1.- Origen del tipo penal en particular.	60
--	----

A) Antecedentes de la Desaparición Forzada en México.	67
B) Orígenes de la Desaparición Forzada de Personas.	70
C) La Desaparición Forzada de Personas en América Latina.	74
a) Orígenes y desarrollo.	75
b) Los derechos humanos y las obligaciones del Estado.	80
c) Características y clasificación de los derechos humanos.	83

2.- Las circunstancias sociales que provocaron su creación.	87
---	----

A) La práctica de la Desaparición Forzada en México.	92
a) Situación actual.	92
b) Coordinación del Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos.	94
c) Movimientos armados y lucha contrainsurgente.	98
d) El narcotráfico y su combate.	99
e) El papel de los cuerpos policíacos.	101

3.- Análisis jurídico del artículo 215-A del código Penal Federal.	102
--	-----

A) La conducta prevista en el tipo. Estructura, alcance y su posible ausencia.	116
B) El tipo Penal objetivo y subjetivo del artículo en estudio.	125
C) La tipicidad y las causas de atipicidad. Sus consecuencias.	131
D) La antijuricidad. Desvalor de acción y resultado.	135

E) La culpabilidad en el delito de Desaparición Forzada de Personas.	144
F) La procedencia de la tentativa en el delito de Desaparición Forzada de Personas.	153
4.- La prescripción del delito en base a su carácter instantáneo o permanente.	155

<b>CAPITULO TERCERO</b>	164
<b>CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS</b>	

1.- Análisis del contenido normativo de la Convención.	164
A) La Desaparición Forzada.	164
B) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.	166
2.- La Desaparición Forzada y la Declaración Universal de Derechos Humanos.	174
3.- La Desaparición Forzada dentro de otros pactos y convenciones universales de protección de derechos humanos.	175
4.- La Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas.	176
5.- Suscripción de México a la Convención.	179
6.- Ratificación de México en la Organización de Estados Americanos.	181
7.- Ratificación del Senado de la República a la Convención.	182
7.- El tipo penal en estudio a la luz de la Convención Interamericana.	190

<b>CAPITULO CUARTO</b>	204
<b>LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS EN EL DERECHO COMPARADO.</b>	

1.- Desaparición Forzada de Personas en Guatemala.	204
A) Antecedentes de la Desaparición Forzada.	205
B) Situación legal de los desaparecidos.	210
2.- Desaparición Forzada de Personas en Colombia.	216



A) Regulación del delito en el Código Penal de Colombia.	216
B) Antecedentes de la Desaparición Forzada.	218
3.- Desaparición Forzada de Personas en Venezuela.	226
A) Regulación del delito en el Código Penal.	226
B) Antecedentes de la Desaparición Forzada.	228
4.- Desaparición Forzada de Personas en Argentina.	232
A) Ley 24.321.	233
B) Ley 24.411 y su reglamentación.	235
C) Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas.	241
5.- Desaparición Forzada de Personas en Perú.	244
A) Antecedentes de la Desaparición Forzada.	245
B) La Desaparición Forzada de Personas en la normatividad peruana.	248
C) La Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de desaparición en Perú.	254
6.- Desaparición Forzada de Personas en Costa Rica.	257
7.- La Corte Penal Internacional.	258
Conclusiones	260
Propuestas	265
Bibliografía	267

## INTRODUCCION

El motivo que me inclina a tratar el tema de "Desaparición forzada de personas, su contexto jurídico penal", es que la desaparición forzada de personas es un tema el cual recientemente se incluyó como un delito grave en el Código Penal Federal así como en el Código Federal de Procedimientos Penales, y por lo tanto, es pertinente realizar un análisis jurídico del artículo 215 A (el cual lo trata) del código penal mencionado, como lo es el de realizar un estudio de la conducta prevista en el tipo; la tipicidad y las causas de atipicidad, la antijuridicidad, las causas de licitud que proceden, entre otros elementos aconsejados por la teoría del delito.

Asimismo, considero pertinente realizar un estudio comparativo de la legislación extranjera, en concreto de los países que, dentro de su código penal contemplan el tipo penal de desaparición forzada de personas, para que de esa forma, se realice un análisis jurídico de los tipos penales, estudiando su descripción, los elementos que lo integran, la penalidad que se prevé para los sujetos activos, y en su caso, sus atenuantes para poder llegar a un mejor tratamiento del tipo penal en la legislación mexicana, con el fin de procurar de una forma más eficaz, por parte del Estado, la garantía de libertad de todos los mexicanos.

De igual forma, considero necesario realizar un estudio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, es decir, analizar cada punto de dicha convención para poder determinar cómo es tratado este tema, de igual forma revisar si nuestro país adoptó dicha convención, y en su caso, analizar si el Senado de la República aprobó dicha convención y en que términos lo hizo.

Finalmente fue necesario analizar el tipo penal de desaparición forzada de personas, de acuerdo a dicha convención.

La libertad personal es uno de los bienes más preciados en nuestra sociedad. Su privación es tenida como una de las sanciones más severas a las que puede ser sometida una persona, precisamente por ello se ha venido creando todo un sistema de garantías para preservarla y evitar las arbitrariedades y los excesos por parte de quienes ejercen el poder público. Sin embargo, a pesar de todo, en nuestro país ese bien jurídico universalmente reconocido se ve frecuentemente violentado; los ataques van desde la detención arbitraria hasta la desaparición forzada de personas.

La desaparición forzada constituye la más grave, particular y trascendente violación de la libertad. Esta práctica se ha llevado a cabo durante las últimas tres décadas y ha sido ejecutada por diversos cuerpos policíacos y de seguridad del Estado, tanto a nivel local como federal; se ha dado de manera sistemática y bajo las condiciones de impunidad en el ejercicio arbitrario de autoridad.

El tipificar a la desaparición forzada como un ilícito penal tiene como objetivo fortalecer los instrumentos jurídicos para vivir en un verdadero Estado de Derecho, de manera que puedan prevenirse y sancionarse tales conductas.

Este estudio tiene como objetivo proporcionar algunos elementos de reflexión y análisis sobre la desaparición forzada de personas; es una contribución al mayor conocimiento de la problemática.

Nuestra hipótesis general es que la desaparición forzada de personas, corresponde a un método represivo de un nuevo tipo penal, de eliminación física, ocultamiento del cuerpo de las víctimas

y de generación de terror. Por sus efectos, este método alcanza no solamente a los familiares directos de los afectados, sino también a los círculos próximos de éstos y a determinados sectores de la sociedad civil. El objetivo es atemorizar e impedir cualquier tipo de oposición y protesta al régimen.

## CAPITULO PRIMERO

### ASPECTOS GENERALES DEL DELITO.

#### 1. Concepto de delito.

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Francisco CARRARA, sostiene al delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso", para este autor, la esencia del delito debe consistir en la violación del derecho; llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos; en su definición agregó que la infracción ha de ser resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer las simples opiniones, deseos y pensamientos."<sup>1</sup>

El jurista del positivismo Rafael GARÓFALO, define el delito natural como: "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."<sup>2</sup>

Son diversas las definiciones que se han dado de delito y cualquiera que sea la definición de delito que se adopte, se admite la existencia de la tipicidad como un elemento integrante y esencial del delito. Así, Edmundo MEZGER, considera el delito como una acción típicamente, antijurídica y culpable, afiliándose a la concepción tetratómica del delito. Igual concepción adopta Franz VON LISZT cuando afirma que el delito es un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado por una pena.

---

<sup>1</sup> CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina, 1944, Pág. 23 y ss.

<sup>2</sup> Citado por LUNA CASTRO, José Nieves, "El concepto de Tipo Penal en México", 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001, Pág. 76.

El doctor Arturo GARCÍA JIMÉNEZ define al delito como "la lesión o puesta en peligro de un bien protegido jurídicamente por una sanción penal."<sup>3</sup>

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, esto es una consecuencia del principio, que rige a nuestro derecho y que impide considerar como delito toda aquella conducta que no se adecue a la ley penal.

Reinhart MAURACH, expresa que el delito "es la acción antijurídica, típica y atribuible a su autor."<sup>4</sup>

## **2.- Teorías que estudian al delito**

### **Teoría Causalista.**

El sistema jurídico penal llamado causalista nace a partir de la obra de Von Liszt, quien se apoya en el concepto de "acción" como un fenómeno causal natural como punto de partida del delito.

El acto o la acción humana y su efecto en el mundo material son un proceso causa, LIZT señala que "la acción debe ser voluntaria pero que la misma esta referida únicamente al movimiento corporal que produce un resultado material en donde solo existe una relación de causalidad entre ese movimiento corporal voluntario y el efecto material. El movimiento corporal voluntario resulta así un proceso causal ciego, es decir, en donde no interesa el sentido o el fin de la acción, de igual forma, señala que la voluntad puede ser interna que es el contenido de la misma, o externa que es la manifestación de dicha voluntad."<sup>5</sup>

En la teoría causalista en el estudio del acto o de la omisión, lo que interesa es la fase externa, es decir la manifestación de dicha voluntad.

---

<sup>3</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. Dogmática Penal en la Legislación Mexicana. Editorial Porrúa, México, 2003. Pág. 10.

<sup>4</sup> MAURACH, Reinhart, "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, traducción de Juan Córdova Roda, editorial Ariel, Barcelona, 1962 Pág. 23 y ss.

<sup>5</sup> Citado por ORELLANA WIARCO. "Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista", Op. cit. Pág. 13.

La acción u omisión, según en esta teoría como lo señala Octavio A. ORELLANA WIARCO "la acción nace de un movimiento corporal que es un proceso que va a producir un cambio en el mundo exterior, es decir, un efecto, y entre una y otra se da una relación."<sup>6</sup>

En este sistema, se señalan los elementos que integran al acto o la acción, que son la manifestación de la voluntad, que consiste en un movimiento corporal o bien en su inactividad; un resultado, que es la mutación o la no mutación en el mundo exterior, causada por la manifestación de la voluntad; y, el nexa causal que radica que en el acto o acción ejecutado por un sujeto, produzca un resultado previsto en la ley, de tal manera que entre uno y otro existe la relación de causa efecto.

En el concepto de "acción" de la teoría causalista, la acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal o bien, de la ausencia de ese movimiento corporal, que produce un resultado. Es un proceso causal, donde la "acción" es la causa del resultado, ya que como proceso causal, tiene que existir un nexa causal entre la acción y su resultado.

Señala ORELLANA WIARCO que según la teoría planteada por Guillermo SAUER, de "cada elemento positivo del delito se opone uno negativo, que impide su integración por lo que al respecto, a el acto o acción se opone su ausencia, se señala que para que se presente la misma basta que falte alguno de los elementos que integran al mismo, a los cuales nos referimos. en líneas precedentes, y que en estos casos podría ser la fuerza física exterior irresistible, el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, etcétera."<sup>7</sup>

El segundo de los elementos del delito en el sistema causalista es la tipicidad que el doctor Arturo GARCÍA JIMÉNEZ señala en el sentido de que conforme a este sistema "la tipicidad es una relación conceptual, es la superposición del derecho representado por el tipo penal y los hechos ejecutados por el sujeto, es decir, es la vinculación entre el ipso y el iure."<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, "Teoría del Delito Sistemas Causalista. Finalista y Funcionalista", 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001. Pág. 10.

<sup>7</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, "Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista", Op. cit. Pág. 15.

<sup>8</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. Dogmática Penal en la Legislación Mexicana. Op. cit. Pág. 84.

Para el sistema causalista el tipo fue un concepto integrado de los elementos del delito, la descripción legal de una conducta como delictuosa, se le consideró integrada solo por elementos objetivos desprovistos de valoración.

El tipo es la descripción legal de una conducta como delictiva y la tipicidad, es el exacto encuadramiento de una conducta al tipo. Beiling concibió la teoría del tipo y de la tipicidad como meramente descriptiva, separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

El sistema causalista contempla en el delito una fase objetiva en la que ubica el tipo y la tipicidad, por lo que se señalan como elementos del tipo los siguientes:

- a) El bien jurídico tutelado;
- b) Los sujetos (activo y pasivo)
- c) La manifestación de la voluntad;
- d) El resultado previsto en el tipo;
- e) La relación de causalidad;
- f) Los medios, formas y circunstancias previstas en el tipo;
- g) Las modalidades de tiempo, lugar, modo u ocasión que el tipo señale, y,
- h) El objeto material.

La acción es un aspecto del delito y para la teoría causalista, es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Dicha consecuencia puede consistir tanto en el puro movimiento corporal (delitos de mera actividad), como en este movimiento corporal seguido del resultado ocasionado por él en el mundo exterior (delitos de resultado). Esta teoría trata a la acción como factor causal del resultado, sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerlo.

De la acción sólo importa si el comportamiento movido por la voluntad causó el resultado y no así, si la voluntad iba dirigida a éste. Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva, cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta necesariamente la finalidad que se proponía al hacerlo, por que esta no pertenece a la conducta o hecho. Para la teoría causal, la



acción es un movimiento voluntario que causaba un resultado. Se concibe a la acción como un proceso causal natural y extrajurídico, libre de valor, como simple causación, sin tomar en cuenta la voluntad rectora, contempla la sola producción del acto en el mundo externo y no el actuar lleno de sentido, separan el contenido de la voluntad, es decir, la finalidad, el propósito con qué o porqué se hace algo, limitando a la acción a aparecer únicamente como función causal.

La acción es considerada como un proceder con dependencia en la existencia, como reflejo instintivo, en el que no considera a la acción con la finalidad del movimiento, sino simplemente como voluntad de hacer el movimiento. Esta teoría también es criticada, toda vez que la acción es lo que cuenta así como su resultado, conocer el fin, conocer el sentimiento, la voluntad, el motivo del por que lleva a realizar dicho acto, tiene una finalidad.

### **La Teoría Finalista.**

Esta teoría nos dice que la acción no es solo un proceso causalmente dependiente de la voluntad, sino por su propia esencia, ejercicio de la actividad final. La finalidad obedece a la capacidad del hombre de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su comportamiento causal y de conducir el proceso según un plan a la meta perseguida. Los finalistas consideran a la voluntad como factor de conducción que supradetermina el acto causal externo, es decir el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta delictiva, porque su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca la aparición del delito. La voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el ilícito, el propósito de llegar a algo, encontramos aquí en esta teoría la parte contraria de la causalista, aquí se considera la finalidad del acto cometido, la voluntad de querer llevar a cabo su cometido. Para los finalistas, la acción es conducida, desde que el sujeto anticipadamente piensa su objetivo, eligiendo los medios para lograrlo, finalmente concluye su objetivo con la realización de la acción manifestada al mundo externo. Dicen los finalistas que la acción es un comportamiento anticipado mentalmente, de carácter consciente, podemos decir que el agente para cometer el hecho delictivo piensa el ilícito y realiza la conducta, por que su voluntad lleva un fin y éste es el último acto que provoca tal conducta, donde aparece el delito, la voluntad lleva un contenido, la intención de cometer el delito, el propósito de llegar a algo. Aunque esta teoría su estudio y su razonamiento es el fin, la última consecuencia de la voluntad, no es del todo

aceptada también, por que si bien es cierto que el sujeto piensa, medita y lleva a cabo el acto delictivo, lo que cuenta para los finalistas es el resultado de ese acto, al igual que a la teoría causalista, se le critica con respecto a los delitos imprudenciales, ya que pueden darse hechos finales no dolosos, sin la voluntad del sujeto.

Entre las dos teorías anteriores mencionadas su aportación al Derecho Penal fue de gran importancia. Podemos distinguir a las teorías causalistas y finalistas de la acción, en la primera considera a la acción como mecánica un producto causal, mientras que la segunda determina dirección o propósito a ese producto causal, es decir, existe una voluntad orientada en determinado sentido.

### **Teoría de la Imputación Objetiva**

La teoría de la imputación objetiva se impuso en Alemania a partir de los años 70 gracias al giro hacia una dogmática penal fundada político criminalmente, que ha permitido la superación del antiguo dogma causal. Para ello ROXIN parte de la justa observación de que "la construcción sistemática y conceptual penal, conforme a la tradición continental europea (y sobre todo alemana) ha sido dependiente siempre de las tendencias filosóficas y no de las tendencias político criminales. Para superar los inconvenientes de abstracción excesiva y alejamiento de las soluciones ofrecidas de las necesidades reales, ofrece dos vías de solución: "En primer lugar, los problemas dogmáticos cuya solución no tiene influencia en la punibilidad, pueden y deben ser dejados de lado. Y en segundo, el sistema jurídico penal ha de ser de tal modo concebido que los conocimientos obtenidos a través de él, no requieran de corrección posterior. Para la obtención de estos fines es necesario dos cosas: los conceptos jurídicos de la parte General tienen que ser determinados desde sus consecuencias jurídicas y su conexión sistemática tiene que originarse en criterios directrices político-criminales."<sup>9</sup>

La teoría de la imputación objetiva "debe sus presupuestos inicialmente a la teoría de la causación adecuada y a la teoría de la relevancia, por lo que esta formulación estricta de la teoría de la imputación objetiva es básicamente de aplicación a los delitos de resultado (no a los delitos de mera actividad) y en especial, a los delitos imprudentes, donde realmente el problema causal puede

---

<sup>9</sup> Tipicidad e Imputación Objetiva (Extracto del artículo publicado en La imputación objetiva en el Derecho penal de Claus ROXIN, editorial IDEMSA, Lima, Perú, 1997.

plantear problemas (que en los delitos dolosos podrían ser solucionados por la inexistencia del dolo, como elemento subjetivo del tipo)."<sup>10</sup>

Desde otro punto de vista, sin embargo, la teoría de la imputación objetiva se enmarca en una visión funcionalista del Derecho penal y responde a unos parámetros que trascienden el ámbito del tipo objetivo y se manifiestan en todas las categorías del delito. Esta corriente asigna a la teoría de la imputación objetiva una mayor implicación en la determinación del concepto de delito, desde una visión funcionalista y normativista del Derecho penal.

Por ello procedente la teoría de la imputación del derecho canónico que recoge y sistematiza PUFFENDORF y a partir de la cual los autores de la teoría clásica formulan su concepto de delito consideraba la imprudencia como una forma de imputación extraordinaria, junto a la *actio libera in causa*. En estos supuestos "la imputación ordinaria del hecho ha quedado excluido a causa de la ausencia de conocimiento, y sin embargo se hace responsable a su autor precisamente por haber desconocido las circunstancias fácticas."<sup>11</sup>

El agotamiento de las tesis del finalismo y la necesidad de acabar con la lucha de escuelas y unificar el concepto de delito, impulsó a la doctrina, bajo el influjo del funcionalismo neokantista, a profundizar en aquellas cuestiones que habían sido admitidas tanto por finalistas como por neoclásicos en un importante esfuerzo superador de las diferencias doctrinales acerca del concepto y estructura del delito. Se impulsa de esta forma la teoría de la imputación objetiva como uno de estos puntos de encuentro, la cual analizada bajo el prisma normativista y globalizador imperante, inicia un movimiento expansivo para extenderse a todas las formas de delito englobando unitariamente y sistematizando en una única construcción todos los criterios normativos fundamentadores de la tipicidad en cualquiera de sus formas -pero que actuarían también en sentido negativo casi como las causas de justificación- y que posteriormente, continuaría afectando a la propia estructura y concepto de delito."<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Tipicidad e Imputación Objetiva IV. Op. cit. Pág. 77 y ss.

<sup>11</sup> Citado por RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal español. Parte general. Editorial Dykinson. Madrid, 1986, Pág. 62 y ss.

<sup>12</sup> QUINTERO OLIVARES, Gabriel. Manual de Derecho Penal. Parte general. Editorial Áranzadi, Pamplona, 2000, Pág. 119 y ss.

La propuesta de ROXIN, señala un esquema estructural que diferencia tres niveles de imputación:

- 1.- La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido.
- 2.- La realización del riesgo imputable en el resultado.
- 3.- El fin de protección del propio tipo penal infringido o alcance del tipo penal."<sup>13</sup>

A grandes rasgos los criterios de imputación en cualquiera de las modalidades de delito tendrían idéntica finalidad o fundamento próximo, pero habrían de presentar particularidades según se tratase de tipicidad dolosa o imprudente. En este sentido, cabría hacer las siguientes consideraciones:

Para ello habrán de valorarse en primer lugar las normas administrativas de control de la actividad, si es que existen, así como las normas técnicas, escritas o consuetudinarias o de la experiencia que rigen la actividad, etc. Por ello este criterio tiene especial importancia en el ámbito de los delitos imprudentes y desarrolla en éste, criterios especiales que han de ser incluidos en el tipo objetivo del injusto imprudente (previsibilidad objetiva y diligencia debida).

Parte importante de la doctrina considera que estos criterios han de ser valorados también en el tipo de injusto doloso. Son "categorías específicas del injusto imprudente que no sólo no sirven sino que desvirtúan la tipicidad en los delitos de resultado doloso, ya sea este resultado de lesión o de peligro (sin perjuicio de que para determinar el concepto y el contenido del resultado de peligro sea preciso recurrir a criterios de probabilidad, previsibilidad y cuidado)."<sup>14</sup>

La previsibilidad objetiva "no puede ser elemento del tipo objetivo del delito doloso, puesto que en éste la concurrencia de dolo obliga a que lo importante sea la previsibilidad subjetiva. En el tipo doloso no importa para nada que objetivamente la producción del resultado fuera previsible, sino que subjetivamente lo fuera."<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Tipicidad e Imputación Objetiva (Extracto del artículo publicado en La imputación objetiva en el Derecho penal de Claus ROXIN, editorial IDEMSA, Lima (Perú) 1997.

<sup>14</sup> Véase también el libro Tipicidad e imputación objetiva. 2ª edición, Editorial Jurídica de Cuyo, Mendoza 1998). DE LA CUESTA AGUADO, Paz.

<sup>15</sup> DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Tipicidad e Imputación Objetiva IV. Op. cit. Pág. 127.

Por otra parte, regresando al estudio del delito en general, el legislador ha querido destacar aquéllos caracteres que le han parecido más relevantes en orden a la consideración de un hecho como delito: que debe tratarse de una acción u omisión, que estas deben ser voluntarias, dolosas o culposas y que deben ser penadas por la ley, estas características son algunas de las comunes a todos los delitos.

La ciencia del derecho penal, "ha llegado a la conclusión que el concepto de delito, responde a una doble perspectiva que se presenta como un juicio de desvalor que se hace sobre el actor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad, al segundo culpabilidad, el injusto o antijuridicidad es la desaprobación del acto; la culpabilidad la atribución de dicho acto a su autor, de la antijuridicidad y la culpabilidad se desglosan los componentes del delito, en la antijuridicidad se incluye la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado. La tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad, son características comunes a todo delito, atendiendo así a la teoría tritómica es decir, la que adopta tres elementos esenciales para consentir que una conducta es delictuosa, tomando en cuenta que el punto de partida es la tipicidad, ya que sólo el hecho típico descrito por la ley puede servir de base a posteriores valoraciones."<sup>16</sup>

Le sigue la antijuridicidad, o sea, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho.

Una vez comprobado que el hecho es típico y antijurídico, se tiene que analizar si el autor del hecho es o no culpable, es decir, si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho.

Con la constatación positiva de estos elementos (tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad) se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado por la pena prevista para cada caso concreto, sin que dicha pena o punibilidad, se tenga que tomar en cuenta como un cuarto elemento,

---

<sup>16</sup> Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría General del Delito", Editorial Temis, Colombia, 1990.

ya que como quedó señalado con antelación solo son tres los elementos esenciales del delito, por lo que debe ser tomada como una consecuencia de aquellos.

El sistema finalista de Welzel propone el estudio de estructuras lógico objetivas, analizando las categorías de acción, tipo, antijuricidad y culpabilidad desde una perspectiva totalmente distinta al esquema clásico, dividiéndolos, por ejemplo, en otros subconceptos como son: los elementos objetivos y subjetivos del tipo, presupuestos objetivos y subjetivos de las causas de justificación, elementos positivos y negativos de la culpabilidad.

La doctrina en comento señala MEDINA PEÑALOZA, se cimienta en varios axiomas, que le dan sustento y permiten percibir sus alcances:

a) El delito deja de ser un fenómeno natural que es producido por una causa y acarrea una consecuencia o resultado, para convertirse en una realidad del ser social, ya que el derecho se edifica sobre la base de la naturaleza real de las cosas.

b) Admite que el concepto del delito debe ser congruente con el fin y los medios del Derecho Penal y no con las causas y efectos (como un fenómeno natural). El fin estriba en la protección de la convivencia en comunidad frente a infracciones graves a la normatividad; mientras que el principal medio de que se sirve es la pena, traducida en la conminación e imposición de un mal estatal, es decir, tiene su aparición el "ius puniendi" en proporción a la gravedad de la lesión del Derecho, cuyo propósito es el mantenimiento de tal orden jurídico<sup>17</sup>.

c) Reconoce que para fijar los criterios de punibilidad, la Teoría del Delito se debe fundar en la naturaleza de la acción perpetrada, y no en la personalidad del delincuente, en atención a que la imposición de la pena debe circunscribirse a una responsabilidad del acto y no responsabilidad de autor, que impide que al sujeto se le apliquen criterios de peligrosidad, temibilidad, reincidencia o

---

<sup>17</sup> MEDINA PEÑALOZA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva, 1ª edición, Ángel Editor, México, 2001, Pág. 114 y ss.

habitualidad, como resabios de un positivismo que se encuentra en contradicción con los principios del Derecho natural.

En la doctrina penal se habla, "de la culpabilidad de acto o de hecho y de la culpabilidad de autor, según el juicio de reproche que se haga al delincuente por su acto típico y antijurídico, o por su personalidad. La responsabilidad por el hecho se define como aquel juicio de reproche que el orden normativo hace al hombre por el acto que cometió, en la medida de la posibilidad de autodeterminación que tuvo en el caso concreto. Por su parte, en la culpabilidad de autor no se le reprocha lo que hizo, sino lo que es; de modo que la responsabilidad penal es tanto más grave, cuanto más peligroso es."<sup>18</sup>

### 3.- Caracteres del delito en general.

Por su parte JIMÉNEZ DE ASÚA, señala que "los elementos del delito son los siguientes: Acto típicamente antijurídico, culpable e imputable a un hombre y sometido a una sanción penal; que al definir la sanción punible, interesa establecer todos sus requisitos aquéllos que son constantes y los que aparecen variables, por lo que expresa que el delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a una sanción penal; concluyendo que a su criterio las características del delito serán las siguientes: actividad, adecuación típica, antijurídica, imputabilidad, culpabilidad, es decir, un presupuesto de esta, penalidad y en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. Señala que el acto, tal como se concibe, independientemente de la tipicidad, es el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad, y las condiciones objetivas son advertencias e inconstantes. Por lo tanto, la esencia técnico jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad antijuridicidad y culpabilidad."<sup>19</sup>

Asimismo, PAVÓN VASCONCELOS, al expresar que "un concepto substancial de delito, solo puede obtenerse, dogmáticamente del total ordenamiento jurídico penal, de él se desprende que el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, por lo que considera

<sup>18</sup> MEDINA PEÑALOZA. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva, Op. cit. Pág. 125.

<sup>19</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Tratado de Derecho Penal, el delito y su exteriorización", Tomo VII, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1970.

como sus elementos, en cuanto estimado como hecho o conducta, a) una conducta o un hecho; b) la tipicidad, c) la antijuridicidad, d) la culpabilidad y e) la punibilidad."<sup>20</sup>

El delito es una acción u omisión penada por la ley. El concepto está sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acuñado por los juristas romanos "nullum crimen sine lege", es su regla básica. Por otro lado, "también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos."<sup>21</sup>

La conducta debe ser contraria a lo que el Derecho demanda y encontrarse recogida por la ley. De entre los elementos del tipo se pueden distinguir: los descriptivos, integrados por los de carácter objetivo (procedentes de la realidad perceptible, como por ejemplo matar) y los subjetivos (integrantes del mundo psíquico, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien); los elementos normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso y los elementos negativos del tipo que lo excluyen por implicar la ausencia de los fundamentos de la antijuridicidad. Las causas de exclusión de la antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber (de tal forma que tanto el deber deriva del ordenamiento jurídico, como su cumplimiento se ajusta al mismo) o el ejercicio legítimo de un derecho, el oficio (la profesión médica por ejemplo) o el cargo, y la obediencia debida.

#### **4. Acción y su ausencia.**

La teoría finalista surge en Alemania, como una reacción en contra de la posición causal o naturalista que concibe la acción como un mero proceso de causalidad, con carácter objetivo y externo, es decir, como realización causal de la voluntad, sin concederle importancia alguna al contenido propio de ésta, ni a la conciencia del agente realizador. Según la teoría naturalista, la voluntad origina todo cambio del mundo externo, sin que el contenido de ella sea relevante para la

<sup>20</sup> PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, "Derecho Penal Mexicano Parte General", 5a edición, Editorial Porrúa, México, 1982.

<sup>21</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos de Derecho Penal", Editorial Porrúa. Pág. 24 y ss.



acción. De aquí resulta el tipo objetivo, que comprende al dolo y la culpa, como lesión de un bien jurídico. Por lo que dentro de este tipo de ilicitud objetivo externo, se unen en la teoría de la culpabilidad, el dolo y la culpa, concebidos como simples referencias psíquicas del hecho objetivo, al autor.

El cambio externo en que se proyecta la voluntad humana se explica analizando la estructura de la acción dolosa y de la culposa. La palabra acción, dice WELZEL, en el sentido más restringido y estricto y rígido, "indica la actividad finalista del hombre, en este sentido, la acción no es un simple evento causal, sino un resultado o suceso "final", dirigido hacia un fin. La causalidad es "ciega", la finalidad (acción finalista) "vidente". Sobre esta base se afirma que toda conducta humana es esencialmente finalista; el hombre en su imaginación puede prever ciertos hechos que realiza con el objeto de lograr determinados fines. De este modo, escoge los medios propios para tales fines y en uso de su voluntad, los realiza, provocando un cambio en el mundo externo. Como lo afirma WELZEL, la esencia de la acción humana se encuentra en la actividad dirigida hacia el objeto, en la finalidad. En otras palabras, el hombre puede anticipar con el pensamiento las posibles consecuencias de su actuación causal, dirigiendo en tal sentido su intervención en el mundo exterior; dicha anticipación mental tiene tres momentos: 1) el fin que interesa al agente obtener; 2) los medios que debe utilizar para lograr tal fin, y 3) las consecuencias secundarias resultantes del empleo de los medios mismos."<sup>22</sup>

La voluntad finalista dirige y realiza objetivamente la acción por lo que la causalidad "es dirigida de modo finalista". El contenido de la voluntad resulta parte integrante de la acción; el dolo ya no pertenece a la culpabilidad, sino a la antijuridicidad.

La teoría finalista postula que la conducta humana en el delito es ilícita no porque se ha realizado la situación que reprueba el derecho, sino porque es la actuación reprobable de una voluntad dirigida a causar tal situación; de este modo, la ilicitud de la acción se encuentra prevalentemente en su propio desvalor. Y el dolo, considerado como parte integrante de la acción, también es calificado como el elemento general subjetivo de la antijuridicidad que se encuentra invariablemente en todos los delitos dolosos. De este modo el dolo es separado de la culpabilidad, al

---

<sup>22</sup> WELZEL, Hans, "Derecho Penal Alemán", 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

que se asignan las más variadas funciones: como factor que plasma el aspecto objetivo de la acción, el dolo es, en el sentido de realización de la voluntad, el elemento esencial del juicio de antijuridicidad, mientras que en el grado precedente a la formación de la voluntad, se vuelve objeto del juicio de culpabilidad. La teoría finalista sostiene que tanto la formación de la voluntad como su realización constituyen una unidad indivisible.

Por su parte WELZEL sostiene "que tanto los tipos dolosos como los culposos entran en el genero de acciones finalistas, y que, además se distinguen porque las primeras son acciones dirigidas hacia un fin, y las segundas son causaciones impedibles en vista a un fin, es decir, el factor finalista actúa solamente en los delitos dolosos, mientras que es un simple momento de referencia en los culposos."<sup>23</sup>

En la doctrina finalista de la acción pretende resolver de otro modo el problema de los elementos subjetivos de la ilicitud, WELZEL concluye que debe pertenecer a la antijuridicidad no solamente la intención específica del agente, sino también el dolo.

De igual forma, WELZEL señala a "los elementos subjetivos de la acción y los coloca dentro del tipo subjetivo de antijuridicidad que forma parte del delito doloso, dichos elementos tienen relación con el dolo. Explica que junto con el dolo se presenta en el tipo, especiales momentos personales subjetivos, que dan un determinado sentido al contenido ético social de la acción. Como subgrupos de estos elementos subjetivos del tipo Welzel distingue a la intención, como tendencia interna trascendente; la especial tendencia de la acción y por último los especiales momentos sobre los sentimientos."<sup>24</sup>

La norma jurídica penal pretende la regulación de conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular. Detona la gama de comportamientos humanos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena. Es por lo tanto, la conducta humana punto de partida de toda reacción jurídico penal y el objeto al que se agregan la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, convierten esa conducta humana en delito: De la

---

<sup>23</sup> Citado por ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, "Cuerpo del Delito y Tipo Penal", 3ª reimpresión, Editorial Angel, México, 2000.

<sup>24</sup> Welzel, Hans, "Derecho Penal Alemán", Op. cit. Pág. 112.

concepción del derecho penal como acto, se deduce que no se pueden constituir nunca delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos.

La conducta humana, base de toda reacción jurídico penal, se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones. La acción y la omisión cumplen la función de elementos básicos de la teoría del delito.

En el concepto de "acción" de la teoría causalista, la acción es la manifestación de la voluntad por medio del movimiento corporal o bien, de la ausencia de ese movimiento corporal, que produce un resultado. "Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad, implica una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de una actividad final".<sup>25</sup>

En cambio, para la teoría finalista "la acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. Las acciones, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos."<sup>26</sup>

La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales

---

<sup>25</sup> WELZEL, Hans, "El Nuevo sistema del Derecho Penal", una introducción a la doctrina de la acción finalista, Traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low, Editorial B de F Ltda, Montevideo- Buenos Aires, 2002.

<sup>26</sup> ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, "Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista". Op. cit. Pág. 147 y ss.

circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando la finalidad es "vidente", la causalidad es "ciega".<sup>27</sup>

"La acción es ejercicio de la actividad final. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de esos fines."<sup>28</sup>

Por ende, el ser humano, en la realización de cualquier actividad, orienta invariablemente el suceder causal externo a la obtención de un fin, lo que significa que la acción es un comportamiento dirigido conscientemente en función del fin, cuyo resume como la voluntad consciente del fin.

#### **A) Los elementos de la acción**

"La voluntad, es quien rige el acontecer causal externo, como un factor de dirección y lo convierte en una acción dirigida finalmente, que se realiza en dos fases: una interna y otra externa."<sup>29</sup>

**a) Fase Interna.-** Es aquella que transcurre en la esfera del pensamiento ya su vez se integra por tres sub-etapas:

- 1) Anticipación, fijación o propuesta del fin que el autor quiere realizar.
- 2) Selección de los medios necesarios para su realización, refiriendo con ello propiamente a la posibilidad de elección de los medios de acción, donde el fin se encuentra previamente determinado y desde él se lleva a cabo la selección de factores causales necesarios como medios de la acción, mediante un fenómeno de "retroceso", el cual entraña que una vez planteado el fin, la mente retrocede para plantearse los instrumentos para su consecución.
- 3) La consideración de los efectos concomitantes implica que los factores causales elegidos como medios van siempre unidos a otros efectos además del fin perseguido, que pueden

<sup>27</sup> WELZEL, Hans. "La teoría de la acción finalista", Op. cit. Págs. 19 y 20.

<sup>28</sup> MEDINA PEÑALOZA, Sergio J. "Teoría del Delito", Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva, Op. cit. Pág. 79.

<sup>29</sup> Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito", Op. cit. Pág. 66.

acompañarlo u obrar juntamente con él, los que quedan comprendidos en la voluntad final de realización porque el autor pensó en ellos o confió en que no se produjeran.

**b) Fase Externa.**- Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, denominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta. La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que esta sea realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el punto de vista penal y no lo sean los efectos concomitantes, o los medios seleccionados para realizarlo. Cuando se dice que la acción final es la base del derecho penal, no se quiere decir que solo sea el fin de esa acción lo único que interesa al derecho penal, pues este puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin, o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.

Es la parte objetiva de la conducta final, donde el autor pone en marcha los medios de acción anteriormente elegidos (factores causales) cuyo resultado es el fin, junto con los efectos concomitantes, conformando el comportamiento a realizar. Por tanto, en esta segunda fase el sujeto lleva a cabo su acción en el mundo real, de modo que por si por cualquier motivo ésta no se produce, la acción final correspondiente queda sólo intentada. La fase objetiva del actuar es un proceso causal en realidad, puesto que puede darse el caso que se ejecute una conducta penalmente relevante que traiga aparejadas consecuencias, pero derive de una acción no querida, en cuya hipótesis el aspecto objetivo es producido de un modo causal (ciego) por la acción final.

Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como la facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito", Op. cit. Pág. 123.

Sólo hay acciones finales en relación con las consecuencias comprendidas por la voluntad de realización, sea que se trate de la obtención concreta del fin de la conducta voluntaria, cuando es un medio para un fin ulterior o un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización.

"A la finalidad le es esencial la referencia a determinadas consecuencias queridas; sin ella queda sólo la voluntariedad, que es incapaz de caracterizar una acción de un contenido determinado, entendiéndose por voluntariedad que un movimiento corporal y sus consecuencias pueden ser reconducidos a algún acto voluntario, siendo indiferente qué consecuencias, quería producir el autor."<sup>31</sup>

Cuando se dice que la acción final es la base del derecho penal, no se quiere decir que sólo sea el fin de esa acción lo único que interesa al derecho penal, pues éste puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin, o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.

Por ello, una acción sólo puede considerarse finalista, en relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y de sus efectos concomitantes; y respecto de otros resultados no propuestos, al no quedar dentro de posibles consecuencias concomitantes o secundarias, estaremos en presencia de resultado meramente causal. Al derecho penal sólo le interesa aquellas acciones finalistas que están dirigidas a la realización de resultados socialmente negativos, a acciones calificadas de antijurídicas consagradas en los tipos penales.

"El hombre al proponerse fines para su actuar cuenta con una "libertad de voluntad", libertad que no es absoluta, pues la libertad humana está sujeta a limitantes que en alguna forma pueden constreñir su voluntad, pero aun así el hombre está en posibilidad de proponerse fines y de emplear medios para la consecución de esos fines. Una vez que el hombre se traza un objetivo, emplea los medios para lograr éste, inclusive toma en cuenta las consecuencias secundarias que se vinculen en el empleo de esos medios, entonces su acción, en el supuesto de estar tipificada en la ley, será dolosa o culposa."<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> MEDINA PEÑALOZA, "Teoría del Delito", Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva, Op. cit. Pág. 123.

<sup>32</sup> ORELLANA WIARCO, "Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista", Op. cit. Pág. 45.

"El sujeto en la teoría finalista de la acción, al realizar la acción está actuando finalísticamente, el dolo se encuentra forzosamente en su acción, y ésta no puede ser un mero proceso causal como en la teoría causalista. De esa manera el "sujeto que no comprende el carácter injurioso de sus palabras, la ajenidad de las cosas o la deshonestidad de su conducta, no actúa dolosa ni finalmente, en el sentido jurídico penal ya no actúa en absoluto."<sup>33</sup>

En consecuencia, en la teoría de la acción finalista, encontramos que el dolo y la culpa se van a ubicar, ya no a nivel de la culpabilidad, sino a nivel de la acción típica, van a dejar de ser especies o formas de la culpabilidad, como tradicionalmente lo aceptó la teoría causalista, ahora el dolo y la culpa constituyen el fin de la acción. En cuanto a la acción dolosa, el sujeto al actuar lo hace con un propósito, se ha demostrado que el hombre piensa y luego actúa en consecuencia a su pensamiento. La teoría finalista concibe a la omisión dentro del concepto conducta humana, es decir, el concepto de acción abarca también a la omisión.

"El finalismo coincide en parte con el pensamiento de Liszt, en cuanto que "puede concebirse una conducta genérica dentro de la cual caben como subclases el hacer y el omitir (tratándose de hechos dolosos), en cuanto ambos importan compartimientos dominados por una voluntad", pero difieren en que el finalismo señala que acción u omisión son dirigidos a un fin. Para MAURACH, la posición finalista unificadora de los conceptos acción y omisión, ha acuñado las expresiones "acción por hacer" y "acción por omitir". Para el finalismo el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión. "Un problema fundamental en el tema de la omisión, tanto en el sistema causalista como en el finalista lo plantea el nexo causal, así en la omisión simple se habla de nexo jurídico; en los delitos de comisión por omisión en que se da un resultado material el nexo causal se plantea en la posibilidad de que el resultado no se hubiera producido si el sujeto realiza la acción ordenada por la ley, teniendo el deber jurídico de obrar; de esta manera el sujeto obligado por la norma tiene la llamada posición de "garante", es decir, tiene el deber de evitar el resultado, posición que se desprende de la ley cuando ésta señala al sujeto determinados deberes cuyo cumplimiento derivan de su cargo, profesión,

---

<sup>33</sup> ROXIN, Claus "Problemas básicos del derecho penal", contribución a la crítica de la teoría final de la acción, Editorial Romo, Madrid, 1976, Pág. 93.

empleo, lazos familiares, etc., como sería el caso del guardavía que omite el cambio de vía para el paso de un tren y se produce un accidente con víctimas y daños."<sup>34</sup>

Por su parte, RADBRUCH sostiene que "no es posible hablar de un concepto general que sea comprensivo de "acción" y de "omisión", la acción se traduce en hacer y la omisión en un no hacer, son pues, a su juicio, ideas irreductibles."<sup>35</sup>

En la omisión simple, o en la llamada comisión por omisión, encontramos un "deber jurídico" impuesto por la norma y una obligación específica de quien debe cumplir con ese "deber jurídico" (posición de garante).

En la teoría finalista de la acción se debe distinguir un resultado producido por la relación causal, entre la conducta humana y ese resultado, como expresión naturalista, podríamos decir, "causalista"; en cambio, el resultado como producto de una acción finalista, "se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo aun plan, a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final."<sup>36</sup>

Si la acción (y omisión) para que sean típicos, deben tener una finalidad, entonces la acción (y omisión) se matizan de dolo o de culpa, según que la conducta se dirija ala obtención voluntaria del fin, o bien que esa voluntad del sujeto debió prever, dentro de los límites exigibles, el carácter dañoso de su omisión.

En este punto, el finalismo difiere radicalmente del sistema "causalista", pues la acción (u omisión) va a dejar de ser "objetiva" y pasa a ser un concepto objetivo y subjetivo, objetivo en cuanto que la voluntad se va a manifestar por el movimiento corporal, o por su ausencia (acción u omisión), y subjetivo porque la voluntad la va a proyectar en forma dolosa o culposa.

---

<sup>34</sup> Citado por ORELLANA WIARCO, "Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista", Op. cit. Pág. 87

<sup>35</sup> MAURACH, Reinhart, "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, traducción de Juan Córdova Roda, editorial Ariel, Barcelona, 1962.

<sup>36</sup> WELZEL Hans. "Derecho penal alemán", Ob. cit., pág. 54.



## **B) Ausencia de acción.**

En la teoría finalista se señalan como casos de ausencia de conducta, a la fuerza física exterior irresistible (*vis absoluta*); a los movimientos reflejos; a los estados de inconsciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, la hipnosis). En el caso de los estados de inconsciencia incluye las llamadas acciones *liberae in causa*, en que lo relevante penalmente es el actuar finalista precedente.

A su vez, MUÑOZ CONDE señala que toda vez que el derecho penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad. Sucede en tres grupos de casos:<sup>37</sup>

**a) La fuerza irresistible.** La fuerza irresistible es un acto proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente. Desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza ha de ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que la sufre (*vis absoluta*). Si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o por lo menos tiene esa posibilidad, no cabe apreciar esta eximente. La fuerza ha de provenir del exterior, es decir, de una tercera persona, o incluso de fuerzas naturales. Se ha considerado que los impulsos irresistibles de origen interno no pueden servir de base a esta eximente, porque se trata de actos en los que no está ausente totalmente la voluntad, aunque esto no excluye que pueda servir de base a la apreciación de otras eximentes, como la de trastorno mental transitorio que excluye o disminuye la imputabilidad o capacidad de culpa.

**b) Movimientos reflejos.** Los movimientos reflejos como por ejemplo las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento no se encuentra controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores

**c) Estados de inconciencia.** En estos casos como por ejemplo, la presencia del sueño, el sonambulismo, la embriaguez letárgica, etc. Existe una falta de acción. En estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y por consiguiente, no pueden considerarse acciones penalmente relevantes. Aunque en los estados de inconciencia falta la acción, pueden ser

---

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, "Teoría General del Delito", Op. cit. Pág. 65 y ss.

penalmente relevantes, si el sujeto se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir o llega a este estado por negligencia

La ausencia de acción en la teoría finalista se presenta cuando no se dan las fases en que se puede dar la acción, es decir, cuando el sujeto no se ha planteado la realización de un fin, no ha seleccionado los medios para lograrlo, o no ha considerado los efectos concomitantes (fase interna); o bien, al realizar la conducta se producen efectos que no son los planeados, ni sus efectos concomitantes pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se produce en virtud de un mero proceso causal, en el cual la finalidad nada tuvo que ver (fase externa), como puede suceder en el llamado caso fortuito.

### **5. Tipicidad y atipicidad.**

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*.

El sistema finalista ubica el dolo y la culpa a nivel del tipo y no en el campo de la culpabilidad, como lo es en la teoría causalista. La teoría de la acción final elaborada por Welzel a partir de la década de los treinta, supuso una revisión total del sistema y la estructura del delito e influyó decisivamente en el cambio mencionado.<sup>38</sup>

Existen diferencias en cuanto a la consideración del tipo en estas dos teorías que son las siguientes:

- a) En la teoría causalista, el tipo es considerado únicamente como elemento material u objetivo del delito, hace referencia a pocos elementos subjetivos como el *animus*.

---

<sup>38</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Traducción de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1986. Págs. 50 y 55.

- b) Para el finalismo, la acción no puede prescindir de la voluntad misma que esta impregnada de finalidad, por lo tanto, cuando el tipo describe "al que se apodere", "al que engañando", "al que aprovechándose del error", contempla conductas finalísticas, negando que la acción sea un mero acontecimiento causal, sino que designa la actividad finalista del hombre basado en que éste, gracias a sus conocimientos, fruto de la experiencia, puede prever las consecuencias posibles de su conducta y, por tanto, orientarla a la obtención de determinados fines.
- c) Los finalistas consideran que el tipo contempla o prevé acciones socialmente graves con un sentido finalístico, y resuelve satisfactoriamente los llamados elementos subjetivos.
- d) Para este sistema, el tipo no sólo está compuesto de elementos objetivos, sino también subjetivos.
- e) La teoría finalista sostiene que el dolo es el elemento subjetivo del tipo, por que la acción u omisión no son simples procesos causales ciegos, sino procesos regidos por la voluntad.
- f) Los seguidores de la teoría de la acción final al trasladar el dolo a la tipicidad, reúnen todos los elementos subjetivos del tipo bajo la denominación de elementos personales del injusto en los que se manifiesta el "desvalor de acción" frente al "desvalor del resultado", (puesta en peligro o lesión del bien jurídico) desarrollados por la teoría del injusto penal.
- g) Al trasladarse el dolo a la tipicidad, se asocia su determinación de la ley penal conforme al principio nullum crimen, con independencia de la antijuricidad.<sup>39</sup>

La principal innovación del finalismo es "la consideración del objeto sobre el que recae el juicio de antijuricidad, es decir, la conducta típica constituida por elementos objetivos y subjetivos, y entre estos como elemento subjetivo general de todos los tipos dolosos, está el dolo."<sup>40</sup>

El concepto tipo de injusto, al trasladar el elemento dolo al tipo, permite deducir que, en todos los hechos típicamente dolosos, el proceso de antijuricidad al haber resultado positivo convierte al tipo no sólo en una mera descripción de conducta desde el punto de vista objetivo, sino que está presente el elemento subjetivo que se recoge en el mismo.

<sup>39</sup> ZAMORA JIMÉNEZ. "Cuerpo del Delito y Tipo Penal." Op. cit , Pág. 61.

<sup>40</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. Manuel. Teoría jurídica del delito. Parte general. Editorial Civitas, Madrid 1984, Pág. 80.

En síntesis, los partidarios de la concepción finalista adoptaron un esquema sistemático para distinguir desde esa perspectiva una parte objetiva y una parte subjetiva del tipo. A la primera pertenecen las características objetivas, todo lo que esta fuera del ámbito anímico del autor, las cuales constituyen el andamiaje externo del tipo. A la segunda, las características subjetivas que describen la voluntad de acción. En esta parte se estudian el dolo, como núcleo del tipo subjetivo, el error de tipo y los elementos subjetivos del injusto.

Así al trasladar el dolo a la tipicidad se asocia su determinación de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*, con independencia de la antijuricidad. En la teoría finalista se parte de la afirmación referente a que todo ordenamiento jurídico penal debe describir objetivamente la conducta que prohíbe, concretando sus disposiciones mediante la especificación de la llamada materia de la prohibición, a fin de satisfacer las exigencias del principio *nulla poena sine lege*, de tal manera que, no obstante las características de generalidad, abstracción e impersonalidad de la ley, debe posibilitarse al ciudadano, el saber que es lo que debe hacer u omitir, y al juez lo que debe castigar.

Según los finalistas, "para lograr lo anterior, en esa descripción debe abarcarse a todos aquellos elementos que fundamenten el contenido del injusto y sentido de la prohibición o prescripción de deberes, incluyendo tanto elementos objetivos, como normativos y subjetivos, dentro de éstos últimos considerando, según el caso, el dolo o la culpa, igualmente deben comprenderse también los objetos, circunstancias relevantes de la acción y el grado de realización del hecho injusto."<sup>41</sup>

También refiere WELZEL que como tales estructuras deben estimarse: el concepto ontológico de la conducta humana. La acción entendida como el ejercicio de una actividad finalista. La inescindible presencia del contenido finalista de la voluntad dentro de la estructura de la acción humana. La afirmación de que la conducta no es simplemente una suma de elementos, sino la dirección del curso causal por parte de la voluntad humana. También se menciona la estructura lógico objetiva de la culpabilidad que conlleva a la obligada consecuencia de reconocer la relevancia del error de prohibición.

---

<sup>41</sup> LUNA CASTRO, José Nieves, "El concepto de Tipo Penal en México", Op. cit. Pág. 83 y ss.

Todo ello se caracteriza con la opinión de que el dolo y la culpa no deben verse como formas de culpabilidad, sino como elementos de la conducta típica, según el caso, partiendo de que el dolo es el saber y querer la realización del tipo objetivo en el que se debe comprender no solo aquellas consecuencias cuya producción constituía el fin perseguido por el autor, sino además aquellas admitidas como necesariamente aparejadas a tal realización e incluso aquellas sólo consideradas como de posible actualización.

El dolo conceptuado por esta teoría no contiene como componente el conocimiento de la antijuridicidad, pues tal conciencia se sigue estimando como elemento de la culpabilidad o presupuesto del correspondiente juicio de reproche, por lo que a este dolo se le concibe como abstracto, como conciencia del hecho y resolución al hecho ("dolo de tipo").

Por su parte, MAURACH realiza varias consideraciones en torno a su concepción finalista del tipo, de las que se puede sintetizar lo siguiente:

- a) "El dolo como elemento del tipo corresponde con la voluntad de acción, en los delitos dolosos. La voluntad es un hecho o realidad natural y el dolo, por lo tanto es natural."<sup>42</sup>

Por consiguiente, obran con ese dolo natural" quienes no actúan de manera culpable (niños, enfermos mentales o los que se encuentran en situación de embriaguez), de manera que respecto de ellos también puede distinguir entre los hechos dolosos y no dolosos, dando lugar a la posibilidad de aplicar medidas de seguridad.

- b) El dolo, de acuerdo con el finalismo, comprende y se limita al tipo objetivo del delito en cuestión. Luego resulta indispensable que el autor conozca las circunstancias objetivas de la descripción típica, pero no necesita la conciencia de la antijuridicidad del hecho.

Para la sistemática finalista, tampoco se requiere del conocimiento efectivo y actual del injusto, sino que basta con el conocimiento llamado "potencial" del mismo; el autor ya ha obrado de

---

<sup>42</sup> MAURACH. "Tratado de Derecho Penal", Op. cit. Pág. 976.

modo culpable tan solo si tenía la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su hecho, y no importa si la conoció en realidad.

Asimismo, CÓRDOBA RODA apunta que la sistemática finalista produce cambios notables en relación con la problemática de la culpabilidad, destacando lo siguiente:<sup>43</sup>

- a) La concepción de acción como "ejercicio de la actividad final humana" o como "ejercicio final de la actividad humana" deriva en la inclusión del dolo en el tipo, entendiendo el dolo como el conocimiento y la voluntad de realizar el hecho típico.
- b) La consideración del delito culposo como una particular forma de infracción, merecedora de un estudio sistemático propio e independiente.

También se sostiene que no se trata de un simple cambio de nomenclatura entre error de hecho y de derecho (de los causalistas), y el error de tipo y de prohibición (de los finalistas); así, el **error de tipo** no solo recae sobre los elementos objetivos descriptivos, sino también sobre los elementos objetivos normativos; y el error de prohibición no sólo recae sobre la conciencia de antijuridicidad, o sea sobre las circunstancias jurídicas, sino también sobre elementos fácticos, lo que significa que el error de prohibición tiene una amplitud mayor que el error de derecho. En cambio, el error de prohibición finalista si lo tiene y si es vencible sólo disminuye la intensidad del juicio de reproche y si es invencible lo hace desaparecer.

Por cuanto hace a los delitos culposos, la teoría finalista asume la postura de que en ellos se compara precisamente la dirección finalista de la acción realizada con la dirección finalista exigido por el derecho.

Hanz WELZEL sostiene que "en tales casos se analiza la forma de ejecución del acto, la dirección concreta de la acción final, en cuanto esta dirección se compara con una conducta social modelo, que esta orientada a evitar los resultados intolerables socialmente."<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> CÓRDOBA RODA, Juan. "Culpabilidad y Pena", Editorial Bosch, Barcelona, España, 1997, Págs. 17-18.

<sup>44</sup> WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Op. cit. Pág. 185.

La tipicidad en tal supuesto resulta de la contravención al deber de cuidado correspondiente relativo al caso particular, el cual por cierto, así como la acción del tipo no esta determinada legalmente. Por lo que se consideran tipos abiertos o con necesidad de complementación.

Según WELZEL, el juez ha de investigar cual es el cuidado requerido en el ámbito de relación para el autor en su situación concreta, y luego a través de una comparación entre esta conducta con la acción real del autor, determinar si era adecuada al cuidado o no. En cuanto a la problemática de la culpa, WELZEL hizo valoraciones ulteriores respecto de la concepción original, reconociendo que los delitos culposos deben su existencia a la incapacidad evidente del hombre, en sentido absoluto, para prevenir y conformar el porvenir.

En tal virtud, en los delitos culposos la reprochabilidad es de las consecuencias no finalistas de las acciones finalistas, de lo que se sigue que mientras los tipos de los delitos dolosos se ocupan en las consecuencias de la acción provocadas finalísticamente, los tipos de los delitos culposos regulan el significado penal de las consecuencias no finalistas de la acción finalista.<sup>45</sup>

Por tanto, como cita Rafael MÁRQUEZ PIÑERO, WELZEL concluye afirmando que en los delitos culposos, las consecuencias producida finalísticamente nada significan frente al tipo; solamente son relevantes las consecuencias no finalistas. De esta manera, la acción culposa (imprudente), es una acción finalista, respecto de la cual el tipo regula el significado penal de las consecuencias no finalistas. Frente a los tipos finalistas de los delitos dolosos, el tipo de los delitos culposos radica en la lesión puramente causal de los bienes jurídicos. Por consiguiente, el derecho impone al sujeto, al realizar una actividad, un deber objetivo en orden a una determinada pretensión finalista, a saber: el deber de observar el cuidado necesario que el tráfico jurídico exige.

Solamente son típicamente antijurídicas, en el sentido de los tipos delictivos culposos, las acciones, que como consecuencia de la no observancia de este deber objetivo de cuidado, son productoras de lesiones de los bienes jurídicos. WELZEL señaló al dolo y la culpa como elementos

---

<sup>45</sup> Citado por MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, UNAM, México, 1992, página 233 y ss.

subjetivos que son, al tipo, como lugar en el que se deben analizar y separándolos de la culpabilidad en donde hasta entonces la teoría tradicional los había contemplado.

"De acuerdo con ello, en el tipo "penal-legal" finalista encontramos una estructura compuesta de:"<sup>46</sup>

**A).- Elementos objetivos**, que pueden ser: descriptivos, detectables por los sentidos y, normativos, en los que se requiere de un juicio de valor. Como por ejemplo lo son:

1. El sujeto activo (autoría y participación);
2. El sujeto pasivo;
3. El bien jurídico tutelado;
4. La acción u omisión;
5. El resultado típico en los delitos de resultado;
6. Los elementos normativos;
7. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

Dentro de ese grupo, se consideran los siguientes: Acción de realización, lesión o puesta en peligro del bien jurídico; especiales medios o formas de realización; modalidades de lugar tiempo y ocasión, nexos causal, objeto material, sujetos activos y pasivos.

Los elementos del tipo objetivo se refieren a las condiciones externas o jurídicas de naturaleza objetiva, que son esenciales, como las que dan lugar al tipo autónomo (por ejemplo homicidio), ya veces también se presentan elementos accidentales que sólo califican, agravan, o privilegian (atenúan) al tipo autónomo (la premeditación como calificativa del homicidio, o la riña como atenuante en el propio delito de homicidio).

**B) Elementos subjetivos.** Estos atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo. Para la teoría finalista,

---

<sup>46</sup> MÁRQUEZ PIÑERO Rafael, El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo. Op. cit. Pág. 233 y ss.



dentro de los elementos subjetivos del tipo se encuentra el dolo y la culpa, según el caso y por lo tanto los elementos subjetivos son:

- a) Dolo o culpa.
- b) Elementos subjetivos del autor diferentes del dolo, tales como propósitos, intenciones, ánimos.

a) **El dolo** se entiende como finalidad tipificada, que implica el conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo penal y la voluntad, que según su intensidad, da origen al dolo directo y eventual. Es la voluntad de dirección final orientada a la realización del tipo, es decir, significa conocer y querer la realización típica, que exige como condiciones: el conocimiento de las circunstancias del hecho, la previsión del resultado y la previsión del curso de la acción (conexión causal).

El dolo constituye el núcleo del injusto personal de la acción en los hechos dolosos, siendo el elemento subjetivo general del tipo que determina el curso, dirección y meta de la acción, lo que supone la existencia de dos dimensiones que lo conforman:

a) Dimensión intelectual. Requiere la conciencia de lo que se quiere; esto es, el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas de hecho del tipo penal, sean positivas o negativas, por lo que no abarca la conciencia de la antijuricidad (conocimiento del tipo). Asimismo su intensidad es diferente según se trate del fin, medios o circunstancias concomitantes, bastando un conocimiento lego de los elementos normativos.

b) Dimensión volitiva. Entraña la voluntad (querer) de realizar los elementos objetivos del tipo (resolución al hecho), donde el autor se asigna una posibilidad de influir sobre el acontecer real.

Según la voluntad aumente o disminuya en intensidad puede dar lugar al "dolo directo", que se plantea con relación al fin propuesto; "dolo eventual", según se acepten las consecuencias secundarias; "culpa con representación", donde se rechazan las consecuencias secundarias y "culpa sin representación", como el caso fortuito.

Por tanto "el elemento subjetivo en comento puede adquirir la manifestación de dolo directo, indirecto y eventual o culpa; cualquiera de las dos primeras clases pueden darse bajo la forma de dolo alternativo, cuando el autor quiere efectuar una acción perfectamente determinada, pero no sabe entre dos o más tipos legales, cuál realizará con ella, surgiendo problemas para identificarlos, en el caso del delito no consumado."<sup>47</sup>

**Dolo de tipo.** El dolo es, pues, para los finalistas un "dolo de Tipo", o "dolo del hecho", es decir, una voluntad de realizar el hecho típico. Es lo que también ha venido en denominarse -aunque el término es equivoco- "dolo natural", que se opone sobre todo al *dolus malus* de los causalistas, en la medida en que el "dolo del tipo" es mera dirección de la acción hacia el hecho típico, sin que intervenga aquí para nada la consideración de si el sujeto conocía o no, la ilicitud de lo que hacía, es decir, sin que la afirmación del dolo exija también la del "conocimiento de la antijuridicidad" como piensan los causalistas. Este concepto de "dolo natural" o del tipo es, pues, una consecuencia directa de su consideración como mera finalidad específica, es decir, una consecuencia de la estructura lógico-objetiva de la acción.

#### **b) La culpa en el injusto**

La culpa como elemento subjetivo del tipo implica que la voluntad de realización no se dirige al resultado típico realizado, es decir, no se extiende a aquellos resultados posibles, con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan, en atención a que, aquél que actúa confiando en que no se producirán resultados relevantes penalmente, no puede decirse que quiera realizarlos, si menos aún los ha pensado.

La culpa es consciente o es culpa con representación cuando sólo existe un simple parecer posible del resultado concomitante, donde el autor no cuenta con que se realice el resultado ni confía en su exclusión, siendo problema discutido en el Derecho Penal la delimitación exacta entre dolo eventual y culpa consciente (confiar en la ausencia de realización del tipo).

---

<sup>47</sup> MEDINA PEÑALOZA, Sergio. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. Op. cit. Pág. 66.

Este concepto significa que el autor ha previsto el peligro concreto, pero no lo toma en serio; existe una inobservancia antinormativa del cuidado debido, o bien, confía en que el resultado de lesión no va a producirse.

**Culpa de tipo.** También pertenecen al tipo las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico, que se proyectan con consecuencias, intolerables socialmente, en donde el sujeto, o bien confía en que no se producirán, o ni siquiera pensó en su producción.

En los delitos culposos, por referirse a la producción de eventos socialmente intolerables, debidos a la imprudencia, falta de cuidado o previsión, es el juez, quien en cada caso, debe investigar cual era el límite del cuidado requerido; de ahí que en los delitos culposos la "acción no esté precisada como en los delitos dolosos", ya que la ley al señalar "actúa imprudentemente o con imprevisión", no detalla la conducta culposa, por lo que se trata de "tipos abiertos" que requieren de ser complementados por el juez, quien va a juzgar la actuación del sujeto en relación al deber de cuidado que debió tener en cada situación concreta.

Dentro del concepto de deber de cuidado, el finalismo señala que el juez debe tener en cuenta entre otros aspectos, por ejemplo, "el principio de confianza", que rige cuando se obra correctamente y su acción concurre con otra, u otras, que no respetaron el deber de cuidado, como sucede en los accidentes de tránsito, o en el trabajo realizado en equipo (como en los casos de tratamientos médicos); así por ejemplo, cuando un conductor de un vehículo "confía" en que los demás conductores respetarán las regulaciones de tránsito, o el cirujano que confía en los miembros de su equipo, y uno o varios de ellos, no respetan las indicaciones, o los que la técnica médica aconseja, el evento no le será imputable a quien sí actuó con atención o cuidado, no así al que no lo hizo.

WELZEL sostuvo en un principio que el contenido de los delitos culposos se encontraba en una "finalidad potencial", concepto que después abandonó para fundarlo en la "acción que debía haber realizado conforme a las reglas de cuidado necesario para no producir daños socialmente intolerables".

Conforme a esta teoría el dolo se concibe como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo. Dentro de esta idea finalista, los elementos objetivos se definen como aquellos que pueden ser comprendidos sólo con su percepción por los sentidos, como es el caso de la utilización de expresiones.

Por cuanto hace a los elementos normativos MAURACH los define como "aquéllos que solo pueden ser comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo. Refiere que el tipo posee características normativas cuando se asigna al juez, expresa o tácitamente, la labor de llevar valorativamente determinados términos con ayuda de los métodos de interpretación disponibles."<sup>48</sup>

Para los finalistas los elementos subjetivos son indispensables para la integración del tipo en su aspecto subjetivo que se compone fundamentalmente del dolo, junto al cual pueden concurrir a su vez, otras características subjetivas, dependiendo de la estructura particular de cada tipo.

El tipo pasa a desempeñar una triple función:

- a) Una función sancionadora, represiva, de las conductas que se ubiquen dentro del tipo (tipicidad);
- b) Una función de garantía, pues sólo las conductas típicas, podrán llegar a ser sancionados (principios de *nullum crimen sine lege*);
- c) Una función preventiva; el tipo penal pretende que la prohibición contenida en la ley sea suficiente para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar la conducta tipificada.

Para el finalismo, la acción "(u omisión) se encuentran previstos en la ley, el legislador no puede prescindir del contenido de la voluntad, ésta está impregnada de finalidad; así cuando el tipo dice: "al que engañando"; "al que se apodere", etc., está considerando acciones graves socialmente negativas, con un sentido finalístico.

---

<sup>48</sup> Citado por DAZA GÓMEZ, Carlos José Manuel. Teoría General del Delito, Cárdenas Editor; México, 1997, Pág. 79.

Este proceso de selección de acciones finalistas en derecho penal se denomina tipificación de acciones (final). Por eso el contenido de la voluntad (finalidad) forma parte ya de la descripción típica. La finalidad se concreta en derecho penal en forma de dolo o de imprudencia y en forma activa u omisiva.

"La ubicación, pues, del dolo o de la imprudencia entre los elementos de la tipicidad penal introduce la finalidad, y en este sentido, elementos subjetivos, en todos los tipos penales; cuestión, ésta no sólo inevitable, ya que los tipos describen acciones y éstos implican siempre finalidad."<sup>49</sup>

De esta forma acción y tipicidad están ligados íntimamente, pero a la vez siendo toda acción dolosa o culposa, su producción, pertenece al injusto jurídico penal (antijuridicidad).

El injusto está determinado no sólo objetivamente por el resultado reprobado, sino también subjetivamente por la voluntad reprobada que se expresa en la acción. El dolo se convierte en elemento subjetivo de la acción y del injusto y con esto se lo arranca de la culpabilidad.

La acción u omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos causales ciegos, sino procesos causales regidos por la voluntad. De ahí se desprende que, ya a nivel de tipicidad, debe tenerse en cuenta el contenido de esa voluntad (fin, efectos conminantes, selección de medios, etc.). Por eso el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como subjetiva (el llamado tipo subjetivo).

El tipo se conforma por los elementos que fundamentan el contenido de injusto del delito, cuyos pilares básicos son: el bien jurídico, el objeto de la acción, el autor y la acción. De estas categorías se deducen los elementos del tipo penal y se originan diversas clases de tipos.

### **Elementos objetivos del tipo de injusto**

La aparición externa del hecho a través de una acción se describe mediante

---

<sup>49</sup> GÓMEZ BENITEZ. Teoría jurídica del delito". parte general. Op. cit. Pág. 176.

los elementos objetivos del tipo, que constituyen el núcleo objetivo real de todo delito. Sin embargo, no sólo se concretan a describir los objetos del mundo exterior que trascienden a través de una acción penalmente relevante, sino todo aquello que se encuentra situado fuera de la esfera psíquica del autor.

De esta forma, encontramos a la "acción" compuesta de un movimiento o conducta corporal, un resultado y la relación de causalidad entre ambos, que a su vez puede hallarse determinada por circunstancias de diversa naturaleza: forma de ejecución del hecho, conexión en el espacio, tiempo u ocasión, relación con personas o cosas (objeto material de la acción) y su vinculación con la actuación de otros sujetos, puntos sobre los que particularizamos en breves líneas a continuación, sin pasar por alto que también dan origen a diversas clasificaciones del tipo.

### **Elementos subjetivos del tipo de injusto**

El finalismo distingue entre elementos objetivos y subjetivos del tipo penal; donde estos últimos tienen por función una más concreta caracterización de la voluntad típica de la acción, que es el factor de dirección que desencadena el movimiento corpóreo.

Para la teoría final de la acción los elementos subjetivos o internos deben incluirse en el tipo penal., dado que si la acción tiene su naturaleza en una unidad final de sentido, el tipo debe abarcar todos los momentos finales, y por tanto también el dolo, puesto que su función es describir acciones prohibidas. Luego entonces, para la realización del tipo subjetivo el Derecho Penal requiere de: dolo de tipo, la culpa y los especiales elementos subjetivos en el autor diferentes al dolo.

### **C) Causas de atipicidad**

Las causas de atipicidad en la teoría finalista se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Así serán causas de atipicidad las siguientes:

a) Por ausencia de algún elemento objetivo, sea por:

1. Falta del número o calidad del sujeto activo.
2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.

3. Falta del bien jurídico tutelado.
4. Falta de la acción u omisión.
5. Falta del resultado típico en los delitos que exigen, resultado.
6. Falta de los elementos normativos.
7. Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

b) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos, sea por:

1. Falta del dolo o de la culpa.
2. Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tendencia, ánimo, etcétera).

El sistema causalista señala casi las mismas causas de atipicidad, por la falta de elementos objetivos, a que se refiere el sistema finalista, sin embargo difieren fundamentalmente en que el sistema finalista incluye como causas de atipicidad, la ausencia de dolo, o de otros elementos subjetivos distintos del dolo, por ubicar el dolo y la culpa como elementos subjetivos de acción típica.

El error de tipo. El error de tipo, debido al desconocimiento o el error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa; ahora bien, si el error es vencible, es decir, si el sujeto con la previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, debió superar ese error, queda subsistente la culpa, mas no el dolo."<sup>50</sup>

### **Teoría del error de tipo**

La corriente finalista suprime la anterior distinción entre error de hecho y error de derecho, para asumir en la teoría del error la diferencia entre error de tipo y error de prohibición; el primero excluye el dolo; mientras que el error de prohibición excluye la culpabilidad, como se tratará en el apartado respectivo.

El **error de tipo** es aquel sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal, que excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo) La teoría del error se halla conectada en forma inmediata a la teoría 'del dolo, ya que el error de tipo no es más que la negación del contenido de representación requerido para el dolo: el autor no conoce los elementos típicos y por ello debe

<sup>50</sup> ORELLANA WIARCO. "Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista". Op. cit. Pág 54.

excluirse el delito, si el autor no ha comprendido perfectamente la base fáctica del concepto jurídico del tipo.

**Error sobre el objeto de la acción.** Llamado error en objeto y en persona, dependiendo de la cualidad del objeto o persona sobre la que recae la acción;

**Error sobre la relación de causalidad.**- Que implica las desviaciones del curso causal, que son irrelevantes para el sistema finalista, y no afectan la producción del resultado querido por el autor; y en caso de no producirse el resultado, sólo son atribuibles en carácter de tentativa.

**Error en el golpe:**- "Doctrinalmente conocido como aberratio ictus, que conforme a la teoría finalista, se trata de un hecho en el que debe admitirse un dolo general; que en caso de no concretarse en el resultado, se atribuye en grado de tentativa."<sup>51</sup>

El finalismo no exige que el sujeto activo conozca los elementos objetivos del tipo en forma técnica y precisa, basta el error o desconocimiento de su existencia, para excluir el dolo, y si este error es vencible, da lugar aun delito culposo. El conocimiento doloso de los elementos objetivos del tipo debe ser a un nivel de una persona "profana", es decir, no se exige un conocimiento técnico, sino una "valoración de que su conducta está en contra del derecho".

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. La culpabilidad -la responsabilidad personal por el hecho antijurídico- presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior al delito presupone el anterior".

## **6.- La culpabilidad**

La teoría de la culpabilidad expone los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica fincándole un reproche personal cuando su conducta no es como lo exige el

---

<sup>51</sup> ORELLANA WIARCO, Op. cit. Pág. 233



derecho y hubiera podido motivarse conforme a la norma, por lo que la culpabilidad es imputación a título personal.

En el juicio de reproche que se imputa al sujeto siempre que no opere a su favor una causa de justificación, por no actuar conforme a la norma; el objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad, es decir, "el poder en lugar de ello" del autor en relación con su estructuración antijurídica de la voluntad.

A) Los elementos del juicio de reproche son:

- a) Imputabilidad. Capacidad de entender el carácter ilícito, la conducta y capacidad de determinarse a actuar de acuerdo con tal comprensión.
- b) Conciencia de la antijuricidad. error de Prohibición, ya sea vencible o invencible.
- c) Exigibilidad de otra conducta. Estado de necesidad disculpante.

La teoría finalista asignó al dolo como especie de la voluntad final de la acción, en el tipo subjetivo de los delitos dolosos, excluyendo del concepto de culpabilidad todo elemento anímico subjetivo, para adoptar el criterio de reprochabilidad. Con relación a la estructura antijurídica, sustituye los contrarios "objetivos-subjetivos" por los de "deber-poder" entendiendo que en el ámbito de la culpabilidad se trata del poder de estructuración de la voluntad, según el contenido de deber ser obligatorios.

El reproche de culpabilidad presupone que el autor de habría podido motivarse de acuerdo a la norma, estructurando su voluntad de acuerdo a ésta, fundado en dos premisas:

- o Los presupuestos existenciales de la reprochabilidad, es decir, la imputabilidad, cuando el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a las normas.
- o Presupuestos especiales de reprochabilidad: posibilidad de comprensión de lo injusto; esto es, que dicho autor puede motivarse conforme a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de su propósito concreto.

El objeto de la dirección final no es el proceso causa exterior, sino los impulsos que compelen a su realización (dirección de los impulsos), cuyo criterio ordenador es el contenido de contenido supraindividual al que la persona se ve sometida y vinculada en la conducción de su vida (libre albedrío) en referencia a las normas del ordenamiento jurídico.

Todos los impulsos poseen un doble carácter: una determinada intensidad de impulso o compulsión y un determinado contenido de sentido; luego entonces, la decisión de acción libre albedrío es el resultado del impulso que logró el predominio, tratándose de los actos de dirección conforme a sentido, donde no se experimentan los impulsos en su compulsión pasional, sino que solo son comprendidos en su contenido de sentido y en su significación valorativa para una conducción de vida justa.

De esta manera, el agente cognoscente no puede ser simplemente sujeto de sus impulsos, sino que debe tener la capacidad de comprender dicho impulso del conocimiento, como tarea plena del sentido, que tiene que ser contenida frente a impulsos contrarios; esto es, de asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento.

El libre albedrío es entonces la libertad respecto de la coacción causal ya que la culpabilidad precisa al falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello, erradicando los impulsos contrarios al valor.

El hombre es un ser determinado a la propia responsabilidad, capaz de autodeterminarse conforme al sentido; por ello, este juicio es mas fácil de formular desde el aspecto negativo que del positivo; se excluye a todos aquellos hombres que aún no sean capaces de autodeterminación, sea por su juventud o anormalidad mental, que los hace no culpables.

### **Graves Perturbaciones Mentales.**

El presupuesto de la incapacidad de culpabilidad es la propia posibilidad de no reconocer el injusto y de obrar sin la integridad de las fuerzas mentales superiores de una persona.

La limitación de que sólo para estos casos de actividad mental anormal puede aceptarse una exclusión de la culpabilidad, rige solo para el elemento volitivo de la culpabilidad; esto es, para la capacidad de determinación de la voluntad conforme a la norma. Para el momento intelectual rigen las reglas del error de prohibición, en el sentido de que queda eliminada la culpabilidad cuando el autor no estaba en condiciones de reconocer el injusto.

En cuanto a la finalidad de la culpabilidad como límite de la pena, ROXIN escribe: "El principio de culpabilidad exige, pues, que se determine claramente el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del reo; vinculado, de este modo, el poder estatal a *lex scripta* e impidiendo una administración de justicia arbitraria. El principio de culpabilidad sirve también para determinar el grado máximo admisible de la pena cuando de un modo inequívoco se lesiona una ley escrita. Si alguien conduciendo un vehículo de motor produce un accidente por un ligero descuido, quizá pueda parecer conveniente desde un punto de vista de prevención general la imposición de una pena leve; pero la vigencia del principio de la culpabilidad obliga también a imponer una pena leve en casos de imprudencia simple, impidiendo así que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general."<sup>52</sup>

**a) Culpabilidad de autor.** Otro tópico relacionado con la culpabilidad y la pena es aquel que se refiere a la postura del positivismo del concepto de "peligrosidad", del que deriva la llamada "culpabilidad de autor", aceptada por algunos tratadistas, en donde el delito es una expresión de la personalidad del sujeto, pues su conducta sólo representa una mínima fracción de esa personalidad, y para juzgarlo debemos juzgar al autor, no al hecho.

**b) Culpabilidad por el hecho o el acto.** A la concepción de la "culpabilidad de autor" se opone la "culpabilidad por el hecho o el acto", que se apoya fundamentalmente en la conducta delictiva para formular el juicio de culpabilidad.

---

<sup>52</sup> ROXIN, Claus "La culpabilidad y prevención en derecho penal", Editorial Reus, Madrid 1981, Págs. 46 y 132.

La culpabilidad por el acto se refiere al hecho concreto imputado, el cual debe quedar perfectamente encuadrado en el tipo, así la culpabilidad del individuo está limitada a la pena consignada en la ley para ese acto violatorio, situación que opera, como una garantía en favor del individuo. De esta manera tiene vigencia el principio *nullum crimen, sine lege, sine poena*.

**c) Fundamento de la reprochabilidad.** Sin duda uno de los más arduos problemas sobre la culpabilidad y del delito en general, es la ya conocida discusión de las escuelas clásica y positivista, donde la primera "destaca la de que la culpabilidad implica la aceptación de que el hombre es "libre", es decir, de que existe libertad de voluntad."<sup>53</sup>

La medida de la pena es la medida de la culpabilidad, pero esta afirmación tiene que partir de la base de que la culpabilidad, a su vez, es la medida de la responsabilidad del sujeto que llevó a cabo la conducta típica; de este modo, la "medida de la responsabilidad" la tenemos que encontrar en la posibilidad de poder imputar aun individuo tal conducta, y esa imputación se apoya finalmente en la "libertad" del actuar del sujeto. De esta manera, la culpabilidad entendida como medida de responsabilidad, tiene como punto de partida, el hecho de que el hombre es "libre" de actuar de un modo u otro, situación que los positivistas niegan terminantemente, argumentando que tal "libertad" no puede existir, pues es indemostrable científicamente el llamado "libre albedrío", por consecuencia, la culpabilidad no existe.

El sistema finalista, en términos generales, parte del supuesto, de que existe la posibilidad de elección del sujeto en la conducta que realiza y ello permite considerarlo culpable de esa conducta.

**d) Culpabilidad normativa.** En otro orden de ideas, el desarrollo del concepto de culpabilidad ha sido lento y abarca un largo periodo de la humanidad para desprenderse de una mera culpa por el resultado, o responsabilidad objetiva, aun concepto valorativo de reprochabilidad, pasando por el concepto causalista tradicional de que a la culpabilidad corresponde lo interno-subjetivo ya la antijuridicidad lo externo-objetivo.

---

<sup>53</sup> MORENO HERNÁNDEZ Moisés, "Consideraciones dogmáticas y político criminales en torno a la culpabilidad", Op. cit., Pág. 34.

Si bien, WELZEL acepta el postulado de la teoría normativa de la culpabilidad como "reprochabilidad", difiere de la teoría de Frank, en varios puntos esenciales, a saber:

a) En el "poder en lugar de ello" es donde radica la culpabilidad, es decir, el fundamento del reproche personal se apoya en que el autor pudo motivarse de acuerdo a la ley, de acuerdo a las exigencias del derecho, y al no hacerlo da motivo para reprocharle su conducta;

b) En el concepto normativo de la culpabilidad de Frank y sus seguidores dentro del sistema causalista, siguen aceptando al dolo como especie de la culpabilidad, aceptando que en el dolo se establece una relación siquica entre el autor y el resultado, agregando que tal relación es reprochable; la teoría finalista, como ya hemos apuntado suficientemente, el dolo se ubica en el tipo, en donde se da la relación psicológica, y en la culpabilidad finalista sólo, y eso es lo valioso, se da únicamente el reproche como valoración. A juicio de la teoría finalista, una cosa es la reprochabilidad como valoración, y otra el dolo como objeto de valoración.

c) En la teoría finalista se excluyen los elementos subjetivos animicos, que corresponden al tipo y se conserva únicamente la reprochabilidad;

d) La culpabilidad en la teoría finalista, se apoya en el "poder en lugar de ello"; la teoría normativista causalista se aferra al concepto más genérico de "libertad";

**Elementos de la culpabilidad.** En la teoría finalista de la acción los elementos de la culpabilidad son:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad;
- b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, y
- c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.

a) La **imputabilidad** se ubica en este sistema como un elemento de la culpabilidad, a diferencia de la mayoría de los penalistas del sistema causalista, que lo colocan como un presupuesto de la culpabilidad, ya que consideran que la imputabilidad se funda en el "libre

albedrío". Es la capacidad del autor de comprender lo injusto del hecho y de determinar su voluntad conforme a esta comprensión, que tiene un momento cognoscitivo y uno de voluntad.

La imputabilidad para el finalismo es entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma.

WELZEL nos dice: "La culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello. No es la decisión conforme a sentido a favor de lo malo, sino el quedar sujeto y dependiente, el dejarse arrastrar por los impulsos contrarios al valor."<sup>54</sup>

Para Francisco MUÑOZ CONDE, "el finalismo encuentra en la función motivadora de la norma penal, el fundamento de la culpabilidad, apartándose de la indemostrable posibilidad de obrar de un modo distinto."<sup>55</sup>

La imputabilidad en el sistema finalista es sinónimo de capacidad de culpabilidad, capacidad de su autor, y se integra a su vez de dos sub-elementos:

1. La capacidad de comprender lo injusto del hecho, (momento cognoscitivo o intelectual),
2. La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, (momento volitivo),

La capacidad de culpabilidad se forma, cuando el autor tiene comprensión de lo injusto (momento cognoscitivo) y determina su voluntad en ese sentido (momento volitivo),

Cuando se trata de un menor de edad, o estados anormales, como pueden ser el retraso mental, se puede anular la capacidad cognoscitiva o volitiva del individuo.

La capacidad de comprensión de lo injusto, se refiere a que al autor se le exige pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es

<sup>54</sup> WELZEL, Hans "Derecho penal alemán", Op. cit., Pág. 209. Cabe señalar que para Claus Roxin, crítico del finalismo, "Lo decisivo no es poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello ya no hablaré (Roxin) de culpabilidad, sino de reprochabilidad", "Culpabilidad y prevención en el derecho penal".

<sup>55</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito", Op. cit. Pág. 122 y ss.

necesario que conozca el hecho como tipificado por la ley. Por ello, si no se da esa comprensión, puede presentarse una causa de inculpabilidad,

Cuando a causa de falta de madurez o a consecuencia de estados anormales no se da, aunque sea sólo uno de estos momentos, el autor no es capaz de culpabilidad, encontrando en este apartado a los menores de edad, cuya capacidad ha de constatarse frente a cada caso particular, así como la capacidad eventual de culpabilidad del sordomudo y el retardo mental, que dan origen a la anulación de la pena.

En este concepto se incluyen aquéllos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad, mental, etc.) Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.

**b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho**, requiere como requisito de prelación lógica de capacidad de culpabilidad, es decir, que el sujeto sea imputable, que se presenten tanto el momento cognoscitivo (intelectual), como el volitivo (voluntad).

La capacidad de culpabilidad, o imputabilidad, se presenta en el sujeto, con independencia de que realice o no la acción u omisión típicos; en cambio, el conocimiento de la antijuridicidad, es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación de la norma.

El sistema finalista, distingue entre error de tipo y error de prohibición. El error de tipo se refiere al desconocimiento del sujeto en alguna circunstancia objetiva del hecho que pertenece al tipo legal, que puede ser un elemento descriptivo o normativo del tipo, por ejemplo la causalidad, el sujeto, el objeto, la honestidad, la ajenidad, el carácter de funcionario, etcétera.

El error de tipo, o sea, el error sobre los elementos del tipo, excluye el dolo, y lógicamente, ni siquiera se plantea el problema de su conducta a nivel antijurídico y menos culpable.

Sin embargo, si el error de tipo es de carácter vencible, puede dejar subsistente la responsabilidad a título culposo.

El **error de prohibición** se presenta cuando el sujeto se equivoca, se confunde, respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta, es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo del tipo). El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable, o la atenúa si es evitable.

El error de tipo puede darse sobre "hechos" como son "cosa", "cuerpo", "causalidad", etc., pero también sobre conceptos normativos, como pueden ser "carácter lascivo", "ajenidad", "documento", etcétera.

De acuerdo a lo anterior, en la teoría finalista hay errores "de hecho" que pueden dar lugar a errores de tipo, o bien a errores de prohibición, por lo que esta distinción de los causalistas no tiene razón de existir.

El error de prohibición tampoco puede, ni debe identificarse a "error de derecho"; el error de prohibición recae sobre la antijuridicidad del hecho real, y tal error puede darse sobre supuestas facetas, no necesariamente normativas

Los estados putativos (legítima defensa putativa, obediencia jerárquica putativa, etc.), dejan subsistente el dolo, pero desaparece la culpabilidad por la presencia del error de prohibición, pues el sujeto cree fundadamente que obra con apego a la ley.

Si el dolo es la voluntad dirigida a un fin (se trate del sistema causalista o finalista), es evidente que sostener que quien dispara voluntariamente y con un fin de defenderse de un supuesto ataque, creyendo obrar en legítima defensa, sin duda que obró con dolo, pero con falta de la conciencia de la antijuridicidad y su conducta no será culpable, solución que nos parece acertada, y la causalista de negar la existencia del dolo carece de razón.



Así un enajenado mental puede obrar dolosamente, pero por carecer de capacidad de culpabilidad no podrá ser culpable. En el caso de que este enajenado obre en un supuesto de defensa putativa, la solución sería la misma. es decir, su conducta sería dolosa, pero no culpable por error de prohibición.

En el sistema finalista, si el error de prohibición es vencible, puede dar lugar únicamente a atenuar la culpabilidad, es decir, la reprochabilidad y por ende la penalidad, pero no podría convertir una conducta dolosa en culposa, como algunos autores han llegado a sostener.

La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que esta pueda conocer el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad.

**c) La exigibilidad de otra conducta** constituye el tercer elemento que integra la culpabilidad en el sistema finalista.

Normalmente el derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El derecho no puede, exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esa exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es un problema individual: es el autor concreto, quien tiene que comportarse de un modo o de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará ese elemento y con él, la culpabilidad.

El sujeto para ser culpable, previamente se debe determinar su imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad, pero además, debe examinarse si en el caso concreto le era exigible una conducta apegada a derecho, y con tales elementos se materializa la culpabilidad de la fórmula "poder en lugar de ello", a que ya aludimos anteriormente.

En el sistema finalista, la "exigibilidad" está presente en la capacidad de culpabilidad y en el conocimiento del injusto.

La comprensión de la exigibilidad queda más claro al planteamos las causas de "inexigibilidad de otra conducta", que son "situaciones extraordinarias de motivación, en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad, el poder en lugar de ello, como por sobre todo en el estado de necesidad penal exculpante.

La culpabilidad es una categoría en la teoría general del delito, "cuya presencia es necesaria para imponer una pena, su función consiste en acoger aquellos elementos que, pertenecer al tipo de injusto, determinan la imposición de una pena.

La culpabilidad supone algo más que la mera posibilidad de poder actuar de un modo distinto a como se actuó. No es una cualidad de la acción sino una característica que se le atribuye para poder imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella. Es el estado quien define los límites de lo culpable y de lo inculpable y de la no libertad. De ahí se deriva que la culpabilidad tiene un fundamento social antes que psicológico y que no es una categoría abstracta o incluso contraria a las finalidades preventivas del derecho penal, sino la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar porque y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio.

Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad. La comunicación entre el individuo y los mandatos de la norma solo pueden darse si el individuo tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido o se encuentra en una situación en la que pueda regirse por ella. Si por el contrario, el individuo por falta de madurez, por defecto psíquico, por desconocer el contenido de la prohibición normativa o por encontrarse en una situación en la que no se era exigible un comportamiento distinto, no puede ser motivado por la norma o la motivación se altera gravemente, faltará de culpabilidad y el autor del hecho típico y antijurídico no podrá atribuírsele y, por tanto, tampoco podrá ser sancionado con una pena.

Las diferencias entre estas causas de exclusión o anulación de la culpabilidad y las causas de justificación son: las primeras dejan intacto el tipo de injusto, con todo lo que ello comporta en orden a la aplicación de sanciones no penales, medidas de seguridad, admisión de la legítima defensa frente al que actúa, etc., las segundas convierten el hecho en algo lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, no cabe legítima defensa frente a ellas, tampoco cabe responsabilidad penal por participación de terceros.

Finalmente, también deben tenerse en cuenta algunos elementos específicos que aparecen en ciertos tipos de delitos, que no fundamentan el tipo de injusto, sino que reflejan una mayor o menor culpabilidad en el autor del delito. Estos elementos, objetiva y subjetivamente configurados, constituyen el llamado tipo de culpabilidad. Sus diferencias con los elementos objetivos del tipo de injusto, no son muy claras, aunque se puede afirmar, de un modo general, que los elementos del tipo de culpabilidad solo inciden en la mayor o menor gravedad del marco penal aplicable a una concreta figura de delito y que su ausencia no excluye la punibilidad del delito en cuestión; lo convierten en otro delito. En este sentido, muchas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuantes y agravantes podrían formar parte del tipo de culpabilidad de un delito concreto.

## **B) Causas de inculpabilidad**

- a) **Error**
- b) **No exigibilidad de otra conducta.**

Las causas de inculpabilidad en el sistema finalista serán aquellas que anulen cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir, que impidan que se presente la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) o la comprensión de lo injusto, o la exigibilidad de la conducta ajustada a derecho.

**a) Por falta de capacidad de culpabilidad.** La capacidad de culpabilidad tiene, como ha quedado expuesto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo). como consecuencia, la falta de uno de esos momentos, o de ambos, trae como efecto la inimputabilidad del sujeto y por ende de su culpabilidad.

### **Error de prohibición.**

Para el momento intelectual es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho, no siendo necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley, ni la conciencia de perpetrar una inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho entraña una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida común.

El conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo, sino que es precisamente el motivo por el cual se reprocha el dolo al agente; así, el dolo es un elemento del tipo subjetivo; y el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.

De ahí que la culpabilidad se excluya por desconocimiento inevitable de la antijuridicidad, como es el caso del error de prohibición evitable. El error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo, donde el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estará permitido; no conoce la norma jurídica, la interpreta mal, o supone erróneamente que concurre una causa de justificación.

Como error de prohibición debe entenderse no solo la falsa representación, sino también la falta de representación de la antijuridicidad; es por lo tanto, la designación abreviada del error sobre la antijuridicidad del hecho real, que impide que el autor advierta que su acción típica lesiona el orden jurídico. Las clases de error de prohibición, son error directo (aquel que versa sobre la existencia de la norma penal, su vigencia o aplicación); y error indirecto de prohibición, que versa sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación o sobre sus límites jurídicos.

WELZEL, con base en la legislación penal alemana, considera la existencia de grados de la capacidad de culpabilidad, y refiere las siguientes:

- a) "La minoría de edad, hasta los 14 años, donde existe incapacidad de culpabilidad a causa de su inmadurez mental y social, que presume la propia ley;
- b) La capacidad eventual de culpabilidad, para quienes hayan cumplido de los 14 a los 18 años de edad, donde su capacidad va a constatarse en cada caso particular, y de acuerdo al grado de su capacidad de culpabilidad se le aplicarán penas disminuidas, o medidas educativas o de internación para su curación o asistencia, o las que se estimen prudentes.

- c) Los sujetos con capacidad eventual de culpabilidad, como es el caso del sordomudo que a causa de su dolencia es retardado mental.
- d) La incapacidad de culpabilidad que se presenta en los estados mentales anormales como son: la perturbación de la conciencia, trastornos transitorios de la conciencia de corta o larga duración (como pueden ser desmayos, hipnosis, delirios de fiebre, etcétera), la perturbación patológica de la actividad mental (la sicosis en sentido médico), las debilidades mentales (la oligofrenia, la imbecilidad, las perturbaciones mentales de grado menor), éstas últimas, rigen para el elemento volitivo, o sea la determinación de voluntad conforme a la norma es la que se afecta, pero basta que el autor no estaba en condiciones de reconocer el injusto para que se presente la causa de inculpabilidad.<sup>56</sup>

Ahora bien, trátase del sistema causalista o del finalista, cuya orientación haya recogido determinado cuerpo de leyes, a la fecha subsiste la problemática de que los términos médicos de "psicosis", "neurosis", "enajenación", etcétera, además de ser conceptos muy debatidos en el terreno mismo de la medicina o de la psiquiatría, no guardan equivalencia a las nociones jurídicas que de las mismas maneja el juez. En algunos de estos puntos, como en el concepto de enajenado y trastorno mental transitorio hay una absoluta falta de correspondencia entre la terminología penal y la psiquiátrica, en este punto.

**b) Por desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.** En cuanto a la comprensión de lo injusto o conciencia de la antijuridicidad, este elemento de la culpabilidad puede destruirse por el llamado error de prohibición.

Para el finalismo la teoría de error se presenta, sea como error de tipo, o como error de prohibición, las cuales no pueden identificarse con el error de hecho y de derecho del causalismo, como ya quedó explicado al estudiarse el segundo elemento de la culpabilidad del sistema finalista.

---

<sup>56</sup> ORELLANA WIARCO, "Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista", Op. cit. Pág. 112 y ss.

c) **Por inexigibilidad de otra conducta.** Los casos de inexigibilidad de otra conducta, son excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos, sin embargo, en algunos casos, el nivel de exigencia de la ley admite que al sujeto no se le pueda pedir que cumpla con esos mandatos, por encontrarse en determinada situación extrema; tal es el supuesto del estado de necesidad excluyente, cuando el sujeto, sin tener la obligación legal por su oficio, profesión o ocupación, de sufrir el peligro, sacrifica un bien jurídico para salvaguardar su vida, el honor, o la libertad, o la vida, honor o libertad de un familiar, o un ser querido.

El presupuesto existencial de la reprochabilidad es la posibilidad de autodeterminación libre del autor, esto es, conforme a sentido: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Pero la reprochabilidad presupone además de que el autor capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto habría podido estructurar, en lugar de la voluntad antijurídica de acción una conforme a derecho, siendo el caso cuando ha podido reconocer lo injusto de su hecho.

Por tanto, la no exigibilidad de otra conducta se presenta cuando el sujeto activo, debiendo motivarse por la norma, no lo hace y actúa contrariamente al derecho, pero no se le puede formular el reproche personal, toda vez que no tenía otra opción, pues se presenta bajo la forma de inhibición extraordinaria con respecto a una decisión adecuada a la norma.

#### **El estado de necesidad disculpante y el miedo insuperable.**

El estado de necesidad disculpante es también llamado estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, cuya diferencia con el estado de necesidad justificante, estriba en que éste se presenta cuando el bien jurídico es mayor que el sacrificado. Por su parte, el miedo insuperable es un estado psíquico que puede lograr la paralización del sujeto, es decir, que impida superara la exigencia media de soportar males y peligros.

De la antijuridicidad y del principio del merecimiento de la pena es proporción con gravedad de la lesión del derecho se deduce la exigencia de la culpabilidad, en cuyo reproche se encierra el juicio de desvalor que el ordenamiento efectúa sobre el autor. Ambos elementos son dos componentes fundamentales del carácter material del delito, a estos se agrega un elemento formal,

que es la tipicidad, pues el injusto merecedor de una pena debe hallarse legalmente previsto para cumplirlas exigencias que impone un estado de derecho.<sup>57</sup>

El derecho, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes de sacrificar su propia vida o su integridad física. En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuridicidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento) sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable).

El estado de necesidad exculpante exige que el estado de peligro en que se ubica el sujeto sea real, grave, inminente, que no exista otro medio adecuado, para evitar el sacrificio del bien jurídico y sin que el sujeto tenga la obligación de sufrir el peligro o el riesgo, como lo sería el caso del marinerero, el policía, el bombero, etcétera.

También operaría la no exigibilidad, en el caso de estado de necesidad por coacción, donde el sujeto ante la amenaza de un mal, real, inminente, se ve compelido a ejecutar un hecho delictuoso, para salvaguardar la vida, el honor, propio a ajenos, como será el caso del funcionario bancario que toma el dinero de la caja y lo entrega a quienes se encuentran amenazando, en su hogar, a su familia.

También se puede presentar el caso del estado de necesidad exculpante putativa, o sea; cuando el sujeto equivocadamente, pero incurriendo en él, por un error invencible, supone que se encuentra ante un estado de necesidad exculpable, su conducta no será culpable; si el error era vencible, su acción será sin duda dolosa y antijurídica, pero su culpabilidad resulta atenuada y la pena deberá ajustarse a esa medida atenuada.

## **7.- Antijuridicidad y causas de justificación.**

---

<sup>57</sup> MEDINA PEÑALOZA, Sergio J. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva, Op. cit. Pág. 145 y ss.

El sistema finalista señala que el derecho pretende establecer un orden valioso para la vida social y en la realización antijurídica del tipo se encuentra la conducta que lo contraría: la antijuricidad es un juicio negativo de valor, es decir, un juicio de desvalor, derivado de la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

La teoría finalista de la acción estima que la antijuricidad reside en el juicio de desvalor consistente en la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto; pero la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito; sino que también debe incluirse en el juicio de desvalor la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado.

Frecuentemente, en forma por demás indebida, se considera que la antijuricidad es la contradicción de la conducta con el tipo penal previsto por el ordenamiento, pasando por alto que al tratar correctamente esta noción, debemos definirla como la contradicción, no de una conducta, sino de su realización efectiva o real prevista por un tipo, con el ordenamiento jurídico en su conjunto y, por ende, no sólo con una norma aislada.

Cuando se actualiza una conducta descrita conceptualmente en el tipo, ésta entra en contradicción con la exigencia de la norma, generando un estado de antijuricidad o antinormatividad vinculado estrechamente con el tipo legal. En ese orden de ideas, se entiende por antijuricidad formal la relación de contradicción en la realización típica y el ordenamiento penal, mientras que es antijuricidad material, la referida al contenido de la acción, que se traduce en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, términos que lejos de ser opuestos se complementan.

La antijuricidad es una mera relación (una contradicción entre la realización típica y el ordenamiento en su conjunto); lo injusto, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma, es la forma de conducta antijurídica; mientras que por otra parte, todas las materias de prohibición (tipos) son antijurídicas para el ordenamiento jurídico. En otras palabras, antijuricidad es la contradicción de una acción con la norma jurídica e injusto es la propia acción valorada antijurídicamente. La naturaleza del concepto finalista de la antijuricidad, como un juicio de desvalor, se fundamenta en



dos aspectos que repercuten notablemente (en los alcances de la noción clásica: los elementos subjetivos del injusto y el desvalor del acto a la par del desvalor del resultado).

#### **A) Los elementos subjetivos de la antijuridicidad.**

El autor MEDINA PEÑALOZA refiere que la moderna dogmática penal analiza la noción de antijuridicidad precisando que el dolo es un elemento esencial del concepto de injusto, ya que en muchos tipos es imposible concebirlo de un modo puramente objetivo, pues también está constituido por elementos anímico subjetivos, de manera que la acción típica no puede ser comprendida sin la tendencia subjetiva de la voluntad que determina el acontecer externo.

Ese razonamiento rompe el esquema tradicional de contextualizar de manera objetiva a lo injusto; ya que incluso se advierte que en la tentativa, el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto, sin cuya existencia se imposibilitaría constatarlo.

Los elementos subjetivos del injusto caracterizan de modo más preciso la voluntad de la acción que el autor dirige a la lesión del bien jurídico. Estos componentes se consideran como parte del delito, ya que son objeto de valoración del juicio de antijuridicidad, tanto momentos externos como internos del hecho.

Sin embargo el injusto no pierde su carácter objetivo por el hecho, de que incluya también elementos subjetivos de la acción típica, ya que la voluntad de la acción se valora, también siempre, como lesión de las exigencias generales que la norma jurídica impone frente a cualquiera; debe entenderse que la antijuridicidad es objetiva, en el sentido, de un juicio de valor general, aunque su objeto, que es propiamente la acción, es una unidad de elementos objetivos y subjetivos.

La materia de la prohibición o tipo penal es tan variado como formas prohibidas de conducta hay en el Derecho Penal, en tanto que la antijuridicidad (contradicción entre la materia de prohibición y el ordenamiento jurídico) es una y la misma en todo derecho, donde el dolo, como voluntad de la acción dirigida contra el mandato de la norma, constituye el elemento central de lo injusto personal de la acción.

### **B) Desvalor del resultado**

El desvalor del resultado consiste en el daño social que por causa del hecho sufre el lesionado y la comunidad, mismo que el mandato de la norma está llamado a impedir. Este aspecto fue consideración fundamental para el sistema clásico, que se traduce en la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido, el cual se convierte en injusto "de resultado" al ser recogido en los tipos legales.

La lesión del bien jurídico ( desvalor del resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica ( dentro del desvalor de la acción).

### **C) Desvalor de la acción**

El concepto de antijuricidad no se limita a la valoración del estado causado por el hecho, pues no sólo entraña un desvalor del resultado, sino también un desvalor del acto que se ejecuta. La moderna teoría del delito parte de la observación que la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que también la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado debe incluirse en el juicio de desvalor.

En cuanto al desvalor del acto, la sola, contemplación de los tipos penales muestra que el contenido del injusto de numerosos delitos no se determina por la sola lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido, siendo ahí donde radica el merecimiento de la pena.

Bajo este razonamiento, la acción es la conducta dirigida hacia la obtención de un fin penalmente relevante, por lo que la antijuricidad del hecho no reside sólo en la intención misma que motiva tal acción, es decir, en la forma de la comisión.

La tesis que se comenta aduce que el injusto es tal, con la relación existente entre voluntad de la acción y mandato de la normal, pues en la forma de comisión del delito se encuentra el desvalor de la acción, conformado tanto por las modalidades externas del comportamiento del autor, como de las circunstancias que radican en su persona, lo que nos conduce a la distinción entre desvalor de la acción (personal) referido al hecho y desvalor de la acción, referido al autor.

La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo en el sentido de un juicio de valor general, así lo propugna la teoría finalista. El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede con otras categorías de la teoría del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama del mismo.

Para los finalistas, la antijuridicidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico.

En el finalismo la tipicidad es indicio de antijuridicidad. MAURACH, sostiene que la norma jurídica (el tipo penal) está profundamente impregnado de lo que valorativamente ha estudiado el legislador en su función de representante de la sociedad, de ahí que antes de la existencia del tipo existe el reconocimiento de la propia sociedad de valores dignos de preservarse por el derecho, resultando que pueden darse conductas que ofendan esa valoración, el contenido cultural de la norma a la manera de Max Ernesto Mayer, y sin embargo, no necesariamente resultan injustas típicamente, pues quien mata, en legítima defensa, afecta el interés jurídico que la norma protege, pero no resulta "injusta" porque el Estado reconoce el derecho a la autodefensa.

Así pues, la conducta típica es solamente indiciaria de antijuridicidad, porque al concretarse en un evento, puede resultar que no sea contraria a derecho, sino lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

**a) Elementos subjetivos del injusto.** Otro tópico del tema de la antijuridicidad se refiere a la posición de los teóricos causalistas, cuando señalan que a lo injusto pertenecen exclusivamente

caracteres externos u objetivos, se adhieren a la llamada teoría objetiva de la antijuridicidad, donde se prescinde de todo elemento subjetivo.<sup>58</sup>

Dentro de los elementos subjetivos encuentra el sistema, finalista de la acción, en primerísimo lugar, al dolo.

Ahora bien, la antijuridicidad es siempre para los finalistas la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, es decir, una conducta injusta por estar referida, a una persona concreta, el injusto de la acción referida a su autor, es pues un "injusto personal". La acción finalista, es elemento esencial del concepto de lo injusto, así la teoría de la acción final pone énfasis en la acción, la teoría causalista, lo hace en el resultado.

El tipo, para la posición del sistema finalista, tiene elementos objetivos y subjetivos, dentro de estos últimos esta teoría estudia lo injusto de los delitos dolosos y lo injusto de los delitos culposos.

B) El injusto personal. Al destacar Welzel relevantemente el concepto de injusto personal, como una de las ideas básicas de la llamada teoría finalista de la acción.

En resumen, para el causalismo el fundamento del injusto penal lo constituye el "desvalor del resultado" y ello se basa en el concepto causalista de la conducta, es decir, se apoya en aspectos externos, de ahí que resalta el resultado como punto central de la valoración; en cambio, en el sistema finalista se apoya en el desvalor de la acción que incluye no sólo el resultado, sino el desvalor de toda la acción, abarcando la finalidad de la acción sea ésta dolosa o culposa.

#### **D) Las causas de justificación**

"En la teoría finalista de la acción, la conducta típica es un indicio de la antijuridicidad, es decir, ese indicio puede ser desvirtuado, pues el propio orden jurídico, al lado de las normas

---

<sup>58</sup> Así lo consideran, entre otros, el penalista mexicano Ricardo FRANCO GUZMÁN, en su obra "Delito e injusto", editado por el propio autor, México, 1950, Pág.87.

prohibitivas opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico concreto, apareciendo las llamadas causas de justificación.

Las causas de justificación no excluyen la tipicidad, es decir, por ejemplo la acción típica dolosa subsiste, pero esa conducta típica dolosa no será antijurídica, si aparece una causa de justificación. La acción de privar de la vida a otro, : en legítima defensa, deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la antijuridicidad de la conducta, el hecho concreto está amparado en una determinada causa de justificación.

Para WELZEL "entre las causas de justificación encontramos, la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento del ofendido."<sup>59</sup>

Las causas de justificación no deben incluirse en el tipo como elementos negativos, pues su función no es excluir la tipicidad, toda vez que la acción dolosa subsiste, pero simplemente no es antijurídica. La delimitación entre injusto y culpabilidad es aplicable para distinguir entre los elementos subjetivos del injusto que excluyen la antijuridicidad (causa de justificación) y aquellos elementos de la culpabilidad.

Sólo contribuyen a determinar lo injusto del hecho aquellos elementos subjetivos de un precepto penal que caracterizan la voluntad de actuar del autor, afectando al modo de comisión, al objeto de la acción protegido por el tipo o al bien jurídico. Son, por el contrario, elementos de la culpabilidad todas aquellas circunstancias que contribuyen a caracterizar la formación de la voluntad del autor, en cuanto dejan traslucir en un sentido más o menos negativo, la actitud interna de la que ha surgido la decisión de cometer el hecho.

La antijuridicidad representa una contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico; es decir, una constatación de que el hecho producido es ilícito, y por ello, contrario a la norma. El desvalor de la conducta implica la tipicidad. La antijuridicidad entraña juicio de valor, pues pretende especificar si la acción de que se trata es valiosa o desvaliosa para el

---

<sup>59</sup> WELZEL, Hans, "El Nuevo sistema del Derecho Penal", una introducción a la doctrina de la acción finalista, Traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low, Editorial B de F Ltda, Montevideo- Buenos Aires, 2002.

Derecho; de ahí, su relación necesaria con la tipicidad, que implica descripciones de conductas disvaliosas; mientras que aquellas disposiciones creadas por el legislador que permiten colmar el hecho típico, son las causas de justificación, también llamadas causas de licitud, pues quien actúa, por ejemplo, en defensa necesaria, "lo que está haciendo es realizar un hecho típico, pero no sancionado, porque hace uso de su derecho para obrar en ese sentido.

El fundamento de la exclusión de la antijuricidad de acciones típicas (causas de justificación), se encuentra en que el ordenamiento jurídico no sólo consta de prohibiciones, sino también de autorizaciones que levantan la prohibición bajo determinados supuestos particulares, los que adoptan la forma de proposiciones permisivas y se contraponen a los tipos de injustos, como tipos de justificación.

Los parámetros rectores que ofrecen el fundamento de los tipos de justificación son la idea de la ponderación de bienes y la idea del fin, pues la justificación significa que una acción aparece de tal forma configurada que, debe aceptarse en beneficio de valores superiores, la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido y aprobarse también el fin perseguido por el autor, pues aunque ésta sigue siendo típica, se halla permitida.

Dentro de las innumerables causas de justificación que contempla el orden normativo encontramos a la legítima defensa (defensa que resulta necesaria para hacer frente a una agresión antijurídica actual contra uno mismo o contra un tercero, con base al principio que el derecho no tiene por qué ceder al injusto), el estado de necesidad justificante (estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona), el estado de necesidad (estado basado en el principio de ponderación de bienes y deberes, que consiste en un peligro actual para la vida, la integridad física, el honor o el patrimonio que sólo se puede conjurarse mediante una acción típica), la obediencia jerárquica (deber que nace de mandatos vinculantes en relación con la facultad de mandar y el deber de obediencia).

## **8.- Tentativa y su aspecto negativo.**

Intenta un hecho punible quien da inicio inmediato a la realización del tipo, conforme a su propia representación del hecho. Así, la tentativa se ubica entre la preparación y la consumación. En contraposición a la primera, se caracteriza porque su inicio representa un ingreso inmediato a la imagen guía del delito. A diferencia de la consumación, la tentativa no puede completar la parte objetiva del tipo, debiendo en cambio, encontrarse cumpliendo la parte subjetiva de éste: es la voluntad de consumación objetivamente no realizada lo que caracteriza a la tentativa. Por lo tanto no existe tentativa si, pese a la ejecución de acciones ejecutivamente idóneas para producir el resultado, el autor no ha incorporado a su voluntad el resultado típico.

Solo constituye tentativa la suposición errónea de un elemento objetivo del tipo faltante. En este sentido, todos los elementos del tipo gozan del mismo rango. La tentativa no sólo se da ante el defecto en el objeto, sino también ante los defectos en la acción y sobre todo ante un sujeto inidóneo. No hay tentativa ante la suposición errónea de una norma prohibitiva o una conminación penal inexistente, como tampoco en el error sobre el mandato normativo, aunque se haya reconocido correctamente la tipicidad.

Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito.

La punibilidad de la tentativa se funda, por un lado, en la voluntad criminal, que se da igual que el delito consumado, y de otra parte en el peligro en que ha estado en un momento concreto el bien jurídico que se atacaba, así como en la alarma o daño social que ocasiona. Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los hechos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento. La tentativa tiene como elemento esencial una acción de parte del agente para que pueda ser punible, y no puede jurídicamente establecerse dicha figura jurídica cuando hay una absoluta pasividad de parte del que resulta inculpaado.

La tentativa se integra con tres elementos, el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer el delito; el objetivo relativo a la realización de los hechos encaminados directa e inmediatamente a su ejecución; y el resultado no realizado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Luego, si los activos ejecutan medios eficaces y aparentemente idóneos encaminados a la producción de un delito determinado, pero su ejecución es imposible, porque el bien jurídicamente tutelado por la norma, ya sea por su naturaleza u otros factores, se encuentra fuera de peligro, al ser materialmente irrealizable su consumación, esos actos no pueden ser punibles, ya que la antijuridicidad de la tentativa radica precisamente en el peligro al cual se coloca el bien jurídico, como consecuencia del acto agresivo tendiente a su lesión.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



## CAPITULO SEGUNDO

### DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS.

#### 1.- Origen del tipo penal en particular.

La libertad personal es uno de los bienes más preciados en nuestra sociedad, algunas veces inferior a la vida y, otras, con un valor superior, al grado que muchos mexicanos prefirieron morir por la lucha para alcanzar la libertad. Su privación, en el ámbito jurídico, es tenida como una de las sanciones más severas a las que puede ser sometida una persona. Precisamente por ello se ha venido creando todo un sistema de garantías para preservarla y evitar las arbitrariedades y los excesos por parte de quienes ejercen el poder público. Sin embargo, a pesar de todo, en nuestro país ese bien jurídico universalmente reconocido se ve frecuentemente violentado; los ataques van desde la detención arbitraria hasta la desaparición forzada de personas. Existe una estrecha vinculación entre la desprotección de la libertad personal y la desaparición forzada de personas.

La democracia es impensable sin la protección de la libertad personal. Esta no es sólo un presupuesto para el ejercicio de derechos fundamentales como los de expresión, reunión y asociación, sino para la protección de la vida e integridad personal. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala en este sentido que a menos que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos estén garantizados, "las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías y la democracia no se puede beneficiar con el juicio libre y espontáneo de un pueblo del que debe depender para dirigir su propia conducta".

Si el Gobierno mexicano está obligado a promover y proteger el ejercicio de los derechos y libertades de sus habitantes, con mayor razón debe comprometerse en esta tarea cuando son sus propios agentes quienes vulneran estos derechos. La norma constitucional establece las garantías mediante las cuales ninguno de nosotros puede ser privado de su libertad y señala limitativamente los supuestos en los cuales podemos ser privados de la misma, estos son los casos de flagrancia, orden judicial de aprehensión y orden de detención tratándose de caso urgente en delitos graves. Para que las normas constitucionales que resguardan los derechos individuales se observen

cotidianamente, no basta una mera abstención por parte del Estado, como erróneamente se ha creído, sino que son necesarias acciones y medidas positivas por parte de la autoridad encargada de conducir los asuntos públicos. La desaparición forzada constituye la más grave, particular y trascendente violación de la libertad. Esta práctica se ha llevado a cabo durante las últimas tres décadas y ha sido ejecutada por diversos cuerpos policiacos y de seguridad del Estado, tanto a nivel local como federal; se ha dado de manera sistemática y bajo las condiciones de impunidad en el ejercicio arbitrario de la autoridad.

El carácter permanente de la conducta hace posible también que en tanto persista el ocultamiento del paradero de la persona se está ante acciones u omisiones presentes y, por tanto, susceptibles de configurar el tipo delictivo, independientemente de la temporalidad de su inicio.

Más de quinientas personas a lo largo de las últimas décadas han sido ilegalmente apresadas por miembros de cuerpos de seguridad del Estado Mexicano quienes por sí, conjuntamente o valiéndose de particulares (brigadas blancas, grupos paramilitares o parapoliciales, "madrinas" etcétera), han sustraído a seres humanos de su entorno normal de vida. Más no ha sido solamente la detención de la persona, sino que la privación de la libertad conlleva, además, el ocultamiento de aquélla; no se da información sobre su paradero a sus familiares, amigos o correligionarios; se niega incluso la propia detención.

Esta situación trasciende a los familiares quienes viven indefinidamente en el dolor y la incertidumbre. En medio de la total impunidad, quienes deberían proteger a las personas y observar rigurosamente sus derechos, los violan brutalmente. Al mantener oculta la detención impiden que las personas, sus allegados e incluso que las instituciones públicas encargadas de la tutela de derechos puedan actuar; se elimina cualquier posibilidad de defensa, no hay acusación, no hay juez, no hay procedimiento, no hay sentencia. Simplemente se "desaparece" a la persona. Los numerosos testimonios de quienes han sido víctimas o testigos de la desaparición han permitido reconstruir el modus operandi: detenciones ordenadas y conocidas por los mandos de las fuerzas de seguridad y aun por quienes han desempeñado funciones gubernativas, el objetivo es eliminar la oposición de quienes disienten de los detentadores del poder, el empleo de cárceles clandestinas, campos militares, bases navales, involucramiento de altos mandos, coordinación de diversas fuerzas

estatales (policías, cuerpos de inteligencia, fuerzas armadas), absoluta negativa de presidentes de la República, Procuradores, Gobernadores, Secretarios de Estado y otros altos funcionarios para investigar las desapariciones.

Si bien el elemento predominante en los casos de desaparición ocurridos en nuestro país es el de dirigirse a opositores o disidentes políticos, el tipo no restringe a tal calidad los posibles sujetos pasivos, puesto que la pretensión del mismo es proteger a cualquier persona, independientemente de su posición política, inclusive a los agentes del mismo Estado.

Considero que las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad.

La creación del tipo penal de desaparición forzada de personas se originó porque desde fines de los años sesenta, principalmente en el estado de Guerrero, donde los movimientos insurgentes tuvieron mucha fuerza, se llevó a cabo la desaparición de personas por parte de cuerpos policíacos. Tales actos fueron cometidos, en algunos casos, por particulares bajo la tolerancia del Estado, y en otros, directamente por agentes del Estado.

En los últimos años, a pesar de las acciones tomadas por el Estado mexicano para erradicar este tipo de prácticas, que incluye la creación por parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de un Programa de Presuntos Desaparecidos, y de diversas iniciativas del Estado para educar y depurar las fuerzas de seguridad, en México siguen presentándose casos de desaparición forzada. Los organismos mexicanos de derechos humanos y la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) tienen información de desapariciones forzadas, ocurridas en el marco de la lucha contra la guerrilla o el narcotráfico, e incluso contra la delincuencia común. Durante 1997, por ejemplo, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos tuvo conocimiento directo de 65 presuntas desapariciones, ocurridas principalmente en Guerrero, Oaxaca, Chiapas y el Distrito Federal. La citada organización aclara lo siguiente:

"Las autoridades que más frecuentemente han sido señaladas como probables responsables son las procuradurías estatales de justicia, elementos del Ejército Mexicano, las corporaciones policíacas estatales y la Procuraduría General de la República".<sup>60</sup>

Las denuncias recibidas por la Comisión Interamericana señalan que las personas sospechosas de colaborar con los movimientos armados, son detenidas arbitrariamente por miembros del Ejército, por lo general, en coordinación con otras fuerzas de seguridad como policías judiciales o elementos de Seguridad Pública, y en ocasiones acompañados por grupos de naturaleza paramilitar llamados "guardias blancas".

Al respecto, la Comisión manifiesta, que cualquier tipo de acción que se tome dentro de las instituciones del Estado para combatir al narcotráfico, debe ceñirse estrictamente a la normativa legal consagrada en el ordenamiento jurídico, y a los tratados internacionales debidamente ratificados por México.

La CIDH también está en conocimiento del grave problema que constituye la delincuencia común en el Distrito Federal y en varios estados de México. Respecto a la lucha contra este tipo de crimen, la Comisión igualmente ha sido informada de casos de desaparición forzada. Se ha indicado que militares al mando de la policía preventiva, han coordinado operativos que tienden a culminar con la detención ilegal de personas, y su posterior desaparición. En este sentido, la Comisión reitera que, "independientemente de la gravedad del delito cometido por una persona, los agentes del Estado deben en todo momento respetar sus derechos humanos, especialmente los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal. La Comisión ha recibido varias denuncias en las que se ha alegado la violación del derecho a la vida de personas por parte de agentes de la policía o del ejército mexicano."<sup>61</sup>

Durante décadas, "campesinos e indígenas de diversos municipios de la zona norte, se han visto inmersos en una intensa lucha por la posesión de tierras, enfrentando a propietarios --

<sup>60</sup> Revista de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, México, Distrito Federal, 1996, página 19.

<sup>61</sup> Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Los derechos humanos en México, informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Serie Documentos Número 10, Octubre de 1997, Pág. 33.

mayoritariamente no indígenas--, apoyados por las llamadas "guardias blancas". Junto a esta situación, en repetidas ocasiones los indígenas de la región han venido denunciando la existencia de grupos paramilitares, dedicados a hostigar, amenazar, agredir y en casos extremos causando la muerte a quienes consideran opositores. Las mismas denuncias indican que la reacción de las autoridades locales ante estos graves delitos es en muchos casos de indiferencia y tolerancia; y en otros, incluso de apoyo y participación directa de miembros de las fuerzas de seguridad."<sup>62</sup>

A lo largo de los últimos dos años, el Ejército mexicano también ha sido acusado del asesinato de civiles desarmados. Durante el levantamiento armado en Chiapas, en enero de 1994, se denunció al Ejército de asesinar 11 civiles, quienes fueron sacados del hospital en Ocosingo y sus restos enterrados en un basurero, según se señaló, "los cuerpos de otros seis hombres fueron tirados en la plaza principal con las manos amarradas atrás y con heridas de bala en la parte trasera de sus cabezas. Al mismo tiempo tres personas de edad avanzada de la vecina comunidad indígena de Morelia fueron detenidas y al parecer torturadas. Dichas personas fueron transportadas en un vehículo militar, marcado con la insignia de la Cruz Roja, y sus restos identificados meses después por expertos forenses."<sup>63</sup>

En casos de desaparición forzada de personas, las autoridades de México violan derechos inalienables de la persona como son: el derecho a no ser detenido sin la orden judicial correspondiente y privado de la libertad; al reconocimiento en todas partes a su personalidad jurídica; a ser oído en plena igualdad públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial; a no ser detenido mediante ordenamiento judicial en recintos ex profeso; a la integridad física, psicológica y moral de la persona; a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, para obligarlo a declarar en contra propia y el derecho a la vida, al ser sometido a la pena de muerte de facto, en algunos casos.

También se han denunciado diversos casos de desaparición forzada.

---

<sup>62</sup> Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, Capítulo II. El Sistema Constitucional Mexicano y los Derechos Humanos. Consultado en la página de internet <http://www.cidh.oea.org/countryrep/Mexico98sp/capitulo-2b.htm>

<sup>63</sup> FRANCES GARRETT, Parliamentary Human Rights Group, México: Human Rights Traded In, Enero, 1997.

La CIDH recibió información acerca de catorce indígenas tzeltales que desaparecieron luego de ser secuestrados por miembros del Ejército durante sus operaciones en Chiapas en enero de 1994. La denuncia indica que las autoridades de nuestro país se han negado a suministrar información acerca del paradero de estas personas.

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas señaló que en 1995, la mayoría de los 21 casos denunciados se refieren a desapariciones ocurridas en el Estado de Chiapas. "La mayoría de las víctimas eran indígenas, campesinos y miembros de organizaciones políticas."<sup>64</sup>

Un gran número de asesinatos "son adjudicados a personas no identificadas o a grupos paramilitares llamados "guardias blancas", en ocasiones relacionados con propietarios de tierras y jefes políticos. De acuerdo con información suministrada a la CIDH, 292 de los activistas del Partido de la Revolución Democrática (PRD) fueron asesinados entre julio de 1988 y enero de 1995."<sup>65</sup>

Derechos que son garantizados, entre otros por los artículos: 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución mexicana; 3, 5, 8, 9, 10, 11, y 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 3, 5, 7, 8, 9, 10, 22 y 25 de la Convención Americana de los Derechos Humanos; los artículos I VIII, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos Civiles y Políticos, violando asimismo la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la OEA el 8 de junio de 1994. México ratificó el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos en 1981 y la Convención Interamericana de Derechos Humanos en 1982.

Asimismo ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y, de acuerdo con el artículo 62 de la Convención, reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998. El 10 de Diciembre de 1948, se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el voto a favor de México.

<sup>64</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1997/34, 13 de diciembre de 1996, párrafo 231-237.

<sup>65</sup> México "Disappearances": a black hole in the protection of human rights" Amnesty International, AMR 41/05/98, 7 de mayo de 1998, página 21..

El dieciocho de enero del dos mil dos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que la Cámara de Senadores aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y de igual forma, el nueve de abril del dos mil dos el Gobierno de México depositó en la sede de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Washington, D.C., el instrumento de ratificación de dicha Convención Interamericana.

Es un crimen de Lesa Humanidad, que lesiona al detenido desaparecido, a su familia, a su organización y a la humanidad en general, sumando actualmente más de 1300 casos en México.

Antonio CASSESE, señala que los "Delitos de Lesa Humanidad son aquellos que ofenden a la humanidad, o sea, que se entiende que el sujeto pasivo principalmente es la humanidad, el hombre social, pues hieren, dañan u ofenden la conciencia general de la Humanidad, y rompen las condiciones de vida pacífica y civilizada". El autor de referencia especifica la comisión del delito de la siguiente manera: "Desde luego que un crimen de lesa humanidad, ofende a la persona o personas afectadas con la acción, pero hiere o lesiona la conciencia colectiva, al hombre como ser social y también de este modo a la comunidad internacional."<sup>66</sup>

Jesús Orlando GOMEZ.LOPEZ conceptúa que "en esta clase de hechos punibles el sujeto pasivo en atención a la ofensa es la colectividad, el hombre en sentido social, pues el hecho aunque lesiona a persona o personas determinadas y concretas, por su propia naturaleza conmociona a la sociedad, pues golpea por su especial impacto la conciencia de las gentes, pues la dignidad del genero humano también se compromete."<sup>67</sup>

Se considera que ha tenido lugar una desaparición forzada cuando "existe la privación de la libertad de una persona, cualquiera que fuere su forma o motivación, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha

<sup>66</sup> CASSESE, Antonio "Los derechos Humanos en su mundo contemporáneo" Editorial Ariel Barcelona, páginas 95, 118 ss.

<sup>67</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. "La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los Derechos Humanos", Colombia, 1999, página 234.

privación o de la negación de información o del ocultamiento del destino o del paradero de la persona desaparecida." <sup>68</sup>

Tipifica además los delitos de lesa humanidad, exclusivamente para agentes del estado: "Debe entenderse que cuando el agente es un particular y los motivos que lo inducen a torturas a otro son privados, particulares, como sería el de una venganza, no están ante un crimen de Lesa humanidad, o un delito internacional, pues con esa acción no se pretende someter la conciencia de la persona ni está actuando a nombre del Estado." <sup>69</sup>

#### **A) Antecedentes de la desaparición forzada en México.**

Fue implementada en nuestro país, en los años 60's, dirigida por Seguridad Nacional, la llamada "Brigada Blanca", integrada por elementos del Ejército Mexicano, policías judiciales federales, estatales y municipales. "En América Latina comenzó a practicarse en la misma década, sistematizándose en 1970, por lo que en la actualidad suman más de 90 mil personas detenidas desaparecidas en el continente americano." <sup>70</sup>

Desaparecido es un ser humano; hombre, mujer, viejo, joven o niño privado de su libertad, incomunicado, recluso en las cárceles clandestinas de campos militares, bases navales o cualquier otro lugar habilitado para ello.

Hace poco más de tres décadas, el sistema político mexicano daba una clara demostración de hasta dónde estaba dispuesto a llegar para cuidar los privilegios y los intereses de la casta política y de los ricos de este país. Se señala que "fue Luis Echeverría Álvarez quien, desde la Secretaría de Gobernación, inició el 18 de mayo de 1969 la ominosa y terrible práctica de la

---

<sup>68</sup> Antecedentes de la Desaparición Forzada en México. Consultado en la página de internet <http://www.la-neta.apc.org/afadem-fedefam/historia.htm>

<sup>69</sup> GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. "La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los Derechos Humanos", Op. cit. Pág. 248.

<sup>70</sup> Antecedentes de la Desaparición Forzada en México Consultado en la página de internet <http://www.la-neta.apc.org/afadem-fedefam/historia.htm>



detención-desaparición, que proliferó en su mandato presidencial y lo colocó en la historia como émulo de los dictadores de América Latina."<sup>71</sup>

Es realizada por una persona que valiéndose del cualquier medio ordene u obligue a otra, a permanecer en contra de su voluntad en sitio diferente al de su vecindad, domicilio, lugar de trabajo o donde habitualmente desarrolla actividades, estas desapariciones frecuentemente son el producto de una grave tendencia a ser eliminadas por razones políticas, económicas, étnicas, religiosas o ideológicas, generalmente las víctimas son dirigentes sindicales, estudiantiles, líderes políticos, o religiosos, a quienes se les acusa de ser los originadores de los conflictos armados, o de haber participado en protestas sociales, huelgas o paros, según sea el caso.

Se considera que ha tenido lugar una desaparición forzada cuando "existe la privación de la libertad de una persona, cualquiera que fuere su forma o motivación, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación o de la negación de información o del ocultamiento del destino o del paradero de la persona desaparecida."<sup>72</sup>

Es el desaparecido "un ser privado de todos sus derechos humanos y constitucionales, que en la mayoría de las veces es sometido a torturas por sus captores, que generalmente obedecen órdenes del gobierno o cuentan con su aquiescencia para hacerlo."<sup>73</sup>

No todos los desaparecidos tienen el mismo final. Hay casos en los cuales los desaparecidos aparecen muertos o vivos, pero aparecen. Hay otros en los que nunca más se vuelve a saber de ellos. La siguiente clasificación puede darnos una idea clara de los casos-tipo de desaparición forzada de personas o, por lo menos los casos que comúnmente se presentan:

<sup>71</sup> Memoria Histórica de la Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos. Rosario Ibarra. Comité Eureka, consultado en <http://www.laneta.apc.org:8080/dh1/busqueda/sitio>

<sup>72</sup> Antecedentes de la Desaparición Forzada en México. Consultado en la página de internet <http://www.laneta.apc.org/afadem/fedefam/historia.htm>

<sup>73</sup> Capítulo III y Capítulo XI del Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, CIDH-OEA, 1998. Incluye recomendaciones al gobierno mexicano relativas a la desaparición forzada de personas. Jairo Montes y Paula Olayaivan Ayala Impacto Psicosocial de la Desaparición Forzada 99 – 2.

- a) *"Los desaparecidos definitivamente: son aquellas personas que después de haber sido capturadas no se vuelve a tener ninguna información sobre su existencia, o no aparecen registradas ni vivas ni muertas.*
- b) *Los desaparecidos temporalmente: son aquellas personas que no son registradas en los centros de detención oficial, pero que gracias generalmente a la búsqueda de sus familiares, abogados y defensores de derechos humanos son halladas con vida y puestas en libertad.*
- c) *Los desaparecidos asesinados e identificados: son aquellas personas que habiendo sido detenidas son posteriormente asesinadas. En algunos casos sus cuerpos son dejados en sitios solitarios o son inhumados en fosas comunes o lugares alejados, pero posteriormente identificadas por sus familiares o amigos.*
- d) *Los desaparecidos asesinados sin identificar: son aquellas personas que han sido asesinadas pero no han sido identificadas porque fueron inhumadas o entregadas a las facultades de medicina para ser diseccionadas. Muchas personas inhumadas, en fosas comunes o individuales han sido detenidas-desaparecidas, sin embargo, por falta de una prohibición para que tal práctica se siga aplicando sus cuerpos quedan ahí y, aunque sus familiares desconocen el sitio donde se encuentran, a los cadáveres les hace falta identidad jurídica que los individualice.*
- e) *Los desaparecidos supérstites sin identificar: Son aquellas personas detenidas-desaparecidas, con las cuales ha podido ocurrir:*
  - 1. *Que hayan quedado en libertad pero por efecto de las torturas a las han sido sometidas, su sistema neurológico ha sido gravemente comprometido o han sido dejadas en una situación de demencia absoluta. Regularmente sus familiares no conocen su paradero, aunque presumen que están vivas.*
  - 2. *Dentro de este grupo caben todos aquellos infantes, hijos de detenidos-desaparecidos que han sido capturados también junto con sus padres y han sido entregados en adopción; de ellos se tiene indicios de supervivencia pero no de su identidad."*<sup>74</sup>

<sup>74</sup> BOTERO, BEDOYA R. "En busca de los desaparecidos: Análisis político-criminal. Defensoría del pueblo. Textos de divulgación, 1999.

## B) Orígenes de la desaparición forzada de personas.

Es difícil establecer con absoluta claridad algunos antecedentes históricos sobre los orígenes de la desaparición forzada de personas por parte del Estado (agentes, personas o grupos a su servicio). No obstante, existen diversas interpretaciones sobre sus orígenes.

El tema de nuestro trabajo se trata de la desaparición forzada de personas como un método represivo utilizado por parte de agentes del Estado. En este caso, el contexto histórico es generalmente de conflicto interno o de grave crisis política.

Aunque el Estado ha utilizado el terror desde sus inicios como institución legitimadora de la violencia en el seno de las sociedades, algunos investigadores consideran que el fenómeno de la desaparición forzada de personas como expresión represiva por parte del aparato del Estado, comienza a esbozarse a partir de la Segunda Guerra Mundial.

En 1940, durante la ocupación nazi de varios países europeos, Adolfo Hitler dictamina una orden militar, conocida como "balance del terror" que reprime severamente los actos de la resistencia con resultado de muertes. Así, por cada militar alemán muerto, habría como represalia de los ejércitos del Tercer Reich, un número determinado de ejecutados de la resistencia y población civil en consonancia con el grado del uniformado muerto. Dicha orden implantaba la práctica de la detención de rehenes entre la población civil y especificaba la idea de estructurar un sistema orgánico de desinformación sobre las listas de detenidos, tanto del lugar de la detención como para las condiciones en las cuales se encontraban. Según SIMÓN LÁZARA: "... esta orden de Hitler, ratificada de inmediato por el Estado Mayor Alemán, parece ser el primer precedente formal e institucionalizado del sistema de desaparición forzada de personas utilizado como método de detención, a pesar de que éste tuvo otras expresiones anteriores a lo largo de la historia."<sup>75</sup>

De esta orden transcurrió un año y en 1941 Hitler puso en práctica otro decreto la orden Nacht und Nebel(Noche y Niebla), dictada el 7 de diciembre de 1941 por el Mariscal de Campo

---

<sup>75</sup> SIMÓN, Lázara. Desaparición forzada de personas, Doctrina de la seguridad nacional y la influencia de los factores económico sociales, en La Desaparición, Crimen contra la Humanidad, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, Buenos Aires, páginas 132 y 133.

WILHELM KEITEL, jefe Supremo del Comando Central del Ejército Alemán, estaba dirigida a perseguir a todas a aquellas personas sospechosas de poner en peligro la seguridad de Alemania, particularmente a los miembros de la resistencia francesa, el cual expuso las formas mediante las cuales el Estado nazi esperaba llegar a "la solución final del problema judío": el exterminio sistemático en los campos de concentración.... Bergen, Buchenwald, Treblinka, Auschwitz, Maidanek... esos nombres del horror y la indignidad están en la historia, tanto como los métodos usados para hacer desaparecer a los prisioneros y todo el sistema montado con ese fin: el desvanecimiento en la noche y en la niebla."<sup>76</sup>

Después de la derrota de los nazis en la Segunda Guerra Mundial, y de los horrores que se conocieron y se establecieron en el Tribunal de Nuremberg —en los cuales algunos responsables fueron condenados por crímenes contra la humanidad— todo parecía indicar que el respeto a los derechos humanos se constituiría como los valores supremos de las sociedades civilizadas. Pero inmediatamente terminada la guerra, en 1945, comienza la llamada "Guerra Fría" y una serie de conflictos en diversos puntos del planeta siguen provocando sistemáticas violaciones de los derechos humanos.

Las desapariciones forzadas fueron utilizadas de manera regular por el gobierno alemán en la segunda guerra mundial como un mecanismo institucional para eliminar grupos sociales específicos contra los cuales se había orientado la guerra. Muchas de las personas capturadas fueron posteriormente llevadas a campos de concentración o fueron asesinadas por órdenes militares y posteriormente incineradas en hornos crematorios o inhumadas en fosas comunes.

De esa forma, el Servicio Secreto (S.S.) de la Alemania Nazi persiguió y capturó a miles de personas con el fin de "desvanecerlas sin dejar rastro de ellas porque, más allá de toda duda razonable, eran encontradas administrativamente culpables de pertenecer a la resistencia o a grupos étnicos-judíos y gitanos, especialmente considerados como enemigos del Reich."<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Idem. Pág. 137.

<sup>77</sup> MONTES, Jairo y Paula Olayaivan Ayala. Impacto Psicosocial de la Desaparición Forzada 99–2. Boletín del Año 2001.

"Lo más frecuente, eso sí, es que las desapariciones se den casi siempre, entrecruzadas con otras formas típicas de violación a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, formando un cuadro particularmente dramático de violaciones persistentes. No se conoce el primer caso donde aquel elemento no se presente, como tampoco se conoce país alguno en el que no se presenten las desapariciones forzadas en medio de una situación general de violaciones recurrentes a los derechos conformando un cuadro crítico y sistemático de violaciones. En segundo lugar, siendo la desaparición forzada una forma técnica y refinada de eliminar a las personas que un gobierno o un Estado considera sus adversarias, el Estado obra como el principal protagonista. Las desapariciones, pues, no son el resultado de enfrentamientos convencionales entre grupos de particulares en el marco de un conflicto social o entre estos y las fuerzas del orden estatal, o en el campo de una violencia generalizada, sino que, responden más bien a una típica forma de represión oficialmente institucionalizada, pero clandestina, que se caracteriza precisamente porque no hay enfrentamiento alguno entre la víctima y el captor, sino que éste utilizando las condiciones de superioridad numérica y organizativa somete a aquélla a condiciones de indefensión total."<sup>78</sup>

En América Latina, "la práctica de la desaparición forzada de personas se inició en Guatemala en la década de los sesenta. Desde entonces, tanto los regímenes militares instaurados bajo la doctrina de la seguridad nacional, como los regímenes civiles-constitucionales de tipo tradicional, han cometido crímenes de lesa humanidad y, concretamente la desaparición forzada ha sido usada como una forma de ejecución extrajudicial de penas sin juicio previo."<sup>79</sup>

"Desde el primer momento, las desapariciones forzadas mostraron los signos de lo que a través de los años llegó a constituir el método principal de control político y social en ese país: la impunidad y absoluta transgresión de las leyes más elementales de convivencia humana. Producto de una política continental de dominación, las desapariciones no son un rasgo exclusivo de las dictaduras militares. Países como México, Colombia y Perú, con gobiernos civiles electos, son o han sido escenarios de la misma. Asimismo, sus objetivos se reflejaron una vez más en las desapariciones ejecutadas en Nicaragua, haciendo víctimas en ese país tanto a aquellos que

---

<sup>78</sup> BARRY VERGARA y CASTRO. La guerra total: la nueva ideología contrainsurgente norteamericana, San José de Costa Rica, 1989.

<sup>79</sup> Amnistía Internacional. Desapariciones. Editorial Fundamentos, Barcelona, 1983.

desarrollaron una labor política, social o cultural a favor del gobierno revolucionario, como a los militares contrarrevolucionarios."<sup>80</sup>

Dicha práctica está ligada en nuestro país a formas como la violencia especialmente, el conflicto armado entre la fuerza pública y la guerrilla ha ido tomando especial tendencia hacia la radicalización. Las víctimas, generalmente inocentes o militares activos de los grupos de oposición son desaparecidas en el marco de ese enfrentamiento, bajo el argumento de encontrarse inmersas en el conflicto o en las zonas donde éste tiene lugar.

Desde 1978, varias organizaciones no gubernamentales de derechos humanos han venido denunciando la ocurrencia de esos hechos, sin que exista preocupación política alguna por superar esa cobarde forma de agresión contra las personas.

"Las desapariciones forzadas ocurren dentro de un contexto sociopolítico especial, generalmente delimitado por conflictos de baja intensidad. Raramente las desapariciones se dan dentro de sociedades que no cuentan con esa condición. Especialmente, cuando los conflictos internos no tienen como características el enfrentamiento armado entre los diferentes ejércitos en pugna, la guerra se sustrae al combate abierto y adquiere la forma de una violencia indiscriminada de la que, generalmente, las víctimas no resultan siendo precisamente los miembros de uno u otro bando en pugna sino personas ajenas a ese conflicto. Los Estados, en esas condiciones, recurren al uso de la violencia generalizando las estrategias de control del orden público sobre toda población con el objeto de involucrarla en el conflicto y justificar de esa forma la existencia de una gran conflagración."<sup>81</sup>

Sobresalen dos elementos bastante comunes en todos los países donde la práctica de las desapariciones forzadas es reiterada o sistemática: en primer lugar, es casi recurrente que las desapariciones aparezcan dentro del marco de los conflictos armados internos o internacionales, o en sociedades que representan conflictos sociales cuyas formas de expresarse (asonadas, motines, huelgas generales, paros cívicos, etc.) Responden a exigencias de sectores afectados por medidas

---

<sup>80</sup> KORDON, Diana, Edelman Lucila. Efectos psicológicos de la represión política. Buenos Aires, Editorial Sudamericana Planeta 1988, Pág. 43 y ss.

<sup>81</sup> KORDON, Diana, Edelman Lucila Efectos psicológicos de la represión política. Op. cit. Pág. 65 y ss.

restrictivas de los derechos civiles y políticos o de los derechos económicos, sociales y culturales: protestas electorales, restricciones a ciertas formas organizativo-partidistas, alza de salarios, baja de los costos de los servicios públicos o el mejoramiento de vida en general.

Es bien difícil que las desapariciones se presenten en sociedades donde no se halle presente algo de estos factores de "perturbación del orden público."<sup>82</sup>

Amnistía Internacional señala que el término "desaparecido" hizo su entrada en el vocabulario de los derechos humanos en Guatemala en 1966, cuando el gobierno empezó, en secreto, a librarse de la oposición política. Esta práctica se adoptó posteriormente en varios países de América Latina y, como una plaga espantosa, al poco tiempo había infectado otros continentes.

Con respecto a una definición sobre el concepto de desaparición forzada de personas en relación a la problemática de América Latina, en su informe anual (1986-1987), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos expresa que la desaparición forzada puede definirse:

"[...] como la detención de una persona por agentes del Estado o con la aquiescencia de éste, sin orden de autoridad competente, y en la cual su detención es negada sin que existan informaciones sobre el destino o paradero del detenido."<sup>83</sup>

### **C) La Desaparición Forzada de Personas en América Latina.**

Según diversas fuentes, los primeros casos de desaparición forzada de personas por parte de agentes o personas al servicio del Estado en América Latina comienzan a partir de la década de los 60, alcanzando niveles impresionantes en los años 70.

---

<sup>82</sup> RIQUELME, Horacio. América del Sur: Derechos humanos y salud psicosocial, en Era de Nieblas, Op. cit. Pág. 88.

<sup>83</sup> La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, Grupo Iniciativa, Coloquio de Buenos Aires, 10 a 13 de octubre de 1988, Pág. 157

Aún no existen estudios sistemáticos y rigurosos sobre el número total de casos de desaparición forzada para cada país y para el conjunto de América Latina. Salvo, en algunos países, después de haber salido de dictaduras militares (Brasil, Uruguay, Argentina, Chile, El Salvador), comisiones de investigación a nivel gubernamental, eclesiásticas o humanitarias han realizado informes fiables.

### a) Orígenes y desarrollo

Cuando los militares latinoamericanos empezaron a utilizar la práctica de la desaparición forzada de personas como un método represivo, creyeron que habían descubierto el crimen perfecto: dentro de su inhumana lógica, no hay víctimas, por ende, no hay victimarios ni delito.

La práctica de la desaparición forzada surgió en América Latina en la década del sesenta.<sup>84</sup>

Desde el primer momento, las desapariciones forzadas mostraron los signos de lo que a través de los años llegó a constituir el método principal de control político y social en ese país: impunidad y absoluta transgresión de las leyes más elementales de convivencia humana.

A lo largo de dos décadas, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México. Amnistía Internacional, y otros organismos de derechos humanos sostienen que, en poco más de veinte años (1966-1986), noventa mil personas fueron víctimas de esta aberrante práctica en diferentes países de América Latina.

Amnistía Internacional al analizar la conducta de los agentes de las desapariciones, ubica dos tendencias principales en relación con los procedimientos empleados. En Guatemala, tras un manto de legalidad dado por medio de sucesivas elecciones, el ejército recurrió a la incorporación de grupos paramilitares que "...operaron con impunidad y fuera de la ley, pero absolutamente integrados a la red de seguridad oficial."<sup>85</sup>

<sup>84</sup> Los autores argentinos encuentran antecedentes de las desapariciones en las prácticas nazis en la Segunda Guerra Mundial, cuando unas siete mil personas fueron trasladadas secretamente a Alemania bajo el decreto Nach und Nebel (Noche y Niebla). (Amnistía Internacional. Desapariciones. Editorial Fundamentos, Barcelona, 1983, Pág. 8)

<sup>85</sup> Amnistía Internacional. Desapariciones. Editorial Fundamentos, Barcelona, 1983, Pág. 14.



Por el contrario, en Argentina, a pesar de la existencia de grupos paramilitares que cumplían labores de información y represión directa, estos no fueron utilizados para secuestrar y desaparecer más que en muy eventuales ocasiones. La práctica, adoptada como política estatal, fue totalmente centralizada por las fuerzas armadas.

No obstante esta diferencia -incorporación o no de grupos paramilitares, la que fue más notable en los inicios de la puesta en práctica-, a medida que fueron refinando el método este adquirió ciertas características que es posible establecer en nivel general:

- a) Las desapariciones forzadas forman parte del trabajo de la inteligencia militar;
- b) Su práctica es centralizada y dirigida desde el más alto nivel de decisión militar en orden descendente a través de los aparatos de inteligencia;
- c) Es clandestina. Desarrolla un aparato que incluye grupos operativos, locales de reclusión, vehículos, armamento, disfraces; médicos y psiquiatras que contribuyen en la fase del interrogatorio; etc.; y,
- d) Desarrolla a la par una campaña de manipulación psicológica en búsqueda de la aceptación social del método y el resguardo de su impunidad.

En términos operativos, el planeamiento del secuestro se basa en la obtención de toda la información posible acerca de la víctima en distintos niveles:

- información personal (características físicas -fotografías, descripciones-, residencia, familia, lugar de trabajo, trayectos, horarios, medios de locomoción, carácter, posibles reacciones ante los agresores, etc.);

- información política (vínculos organizativos y políticos, nivel de participación, consistencia política, ideología, desavenencias o acuerdos, trayectoria, etc.);

- coyunturas nacional e internacional, la posibilidad de respuesta en relación a características y momento concreto del movimiento popular, la organización política, los familiares, etc.

Los datos obtenidos son procesados, evaluados, archivados en memorias manuales o automáticas y luego utilizados en las distintas fases de la operación propiamente dicha.

Con una labor eficiente en cuanto al acopio de la información previa, para los ejércitos fue posible lograr una mayor efectividad en distintos niveles:

- elección de la víctima más adecuada para propinar un golpe certero a las fuerzas opositoras;
- conocimiento de sus actividades para planear una operación "limpia" en el sentido de no tener que usar las armas con las consecuencias previsibles (heridos, muertos, escándalo); y,
- conocimiento minucioso de la personalidad y características de la víctima para planear el interrogatorio y elegir las torturas adecuadas con la finalidad de obtener más información e, incluso, lograr su colaboración espontánea quebrando su voluntad y su compromiso.<sup>86</sup>

Respecto de la clandestinidad del método, resulta ya un lugar común el mencionar que los secuestros son realizados por hombres armados no identificados, que se conducen en automóviles sin placas y que llevan a las víctimas a lugares secretos. Los interrogatorios, acompañados de torturas físicas y psicológicas, son llevados a cabo por profesionales en la materia asesorados por psicólogos, psiquiatras y médicos, todos ellos protegidos bajo pseudónimos y máscaras. En esta fase, la función de la tortura no es la de eliminar físicamente a la víctima, sino la de viabilizar la obtención de información.

Finalmente, el resguardo de la impunidad de los "desaparecidos" contempla no sólo la negación absoluta del delito, sino también la creación de explicaciones que abarcan las expresiones más burdas ("los desaparecidos están en Cuba o en Nicaragua", "fueron secuestrados por la guerrilla", "se fueron 'mojados' a los Estados Unidos", "son un invento de los subversivos") y hasta la configuración de una campaña propagandística cuyas finalidades son la deslegitimación de la oposición a través de la inducción de una serie de conductas a través de diversos argumentos.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> BONASSO, Miguel. *Recuerdo de la Muerte*. Biblioteca Era, México, 1984, Pág. 76.

<sup>87</sup> CORDÓN Diana y otros. *Efectos psicológicos de la Represión Política*. Editorial sudamericana Planeta, Buenos aires 1987, Pág. 55 y ss.

Helio GALLARDO afirma que "El fenómeno de las desapariciones forzadas se da dentro del marco de la guerra contrainsurgente que se desata en América Latina en la década del sesenta, guerra contrainsurgente que se inscribe al interior de la guerra fría (conflicto Este-Oeste) gestada tras la Segunda Guerra Mundial."<sup>88</sup>

A esto, agrega Franz HINKELAMMERT que "Irrumpen [las dictaduras de seguridad nacional] en la sociedad civil, para deshacer estos lazos, introduciendo en toda América Latina la tortura y la desaparición como un medio sistemático y legítimo de la dominación. Esta se basa en la aterrización de la población entera (...)."<sup>89</sup>

Esto es reforzado por David BAIGÚN, quien afirma "...hay también otra característica en la desaparición forzada de personas que me parece sí, realmente inédita en esta materia, en cuanto significa una lesión contra un bien, tal vez tan o más importante que la vida: es la afectación de la personalidad, la afectación del ser humano como tal. En la desaparición forzada de personas hay un desconocimiento no sólo de la vida, sino también de la muerte. El hombre es tratado como una cosa y yo diría hasta con menos consideración que la cosa, porque ni siquiera hay derecho a recabar la identidad de quien desaparece y ésta es una circunstancia (...) fundamental para apuntar a la construcción de un nuevo tipo penal en cuanto no sólo se lesiona la libertad, la vida desde el punto de vista de los delitos de peligro, sino también este nuevo concepto de personalidad del ser humano total (...) como categoría (...) reconocido en casi todas las convenciones de Derechos Humanos (...)."<sup>90</sup>

En opinión personal La desaparición forzada por parte de las fuerzas del estado es una de las acciones de mayor gravedad que se pueden dirigir a las personas, al causar agravios a la víctima, al grupo familiar y a la sociedad en general. En lo particular, constituye un atentado a los derechos más precisados del ser humano: la libertad física, personal o de movimiento, y la vida.

La práctica de la desaparición forzada agrava además a familiares y amigos, cuando el paradero de los desaparecidos no se logra establecer, lo cual produce daño, dolor e incertidumbre perennes. Se ataca también a la sociedad, al destruir el sentimiento de protección que los individuos

<sup>88</sup> GALLARDO, Helio. Las desapariciones forzadas, un fenómeno social. Argentina, 1999, Pág. 24.

<sup>89</sup> HINKELAMMERT, Franz J. Democracia y totalitarismo. San José de Costa Rica, DEI, 1990, Pág. 212.

<sup>90</sup> BAIGUN, David. Desaparición forzada de personas, su ubicación en el ámbito penal, 1997, Pág. 70 y 71.

buscan dentro de Estado democrático de derecho, al ser conculcado su derecho a la seguridad jurídica, sin que se respeten las exigencias y formalidades previstas en el marco jurídico, siendo aún más grave el daño si es causado por un servidor público.

Las desapariciones forzadas además de ocasionar la violación directa de innumerables disposiciones de los ordenes jurídicos nacionales e internacionales desencadenan a la vez atentados a múltiples derechos reconocidos por el Estado mexicano, y que tienen el deber de respetar y garantizar, por lo que implica el abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que dan sustento a las condiciones mínimas para el desarrollo de la persona en la sociedad. La presencia de la señalada práctica supone el desconocimiento o desprecio del deber del Estado, el que debe adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos y evitar que sean conculcados.

La desaparición forzada de personas también implica una serie de acciones orientadas a la anulación de la personalidad de la víctima, lo cual se inicia con la detención arbitraria del individuo y en el inter se conculcan una serie de derechos, a lo que sigue la retención y práctica de interrogatorios, regularmente por medio de la presión física y moral, así como tratos crueles y denigrantes, todo ello al margen de cualquier normatividad y con evidente violación de los más elementales derechos de las personas, y por supuesto, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para su defensa.

El estado tiene el deber de garantizar la seguridad de las personas por lo que no es dable admitir que el poder se ejerza sin límite alguno, o que el Estado se valga de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos sin sujeción al régimen de derecho. Ninguna actividad estatal puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana, la cual se reconoce como presupuesto del ejercicio de los demás derechos, entre ellos el derecho a la libertad, a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, al desenvolvimiento de la personalidad, a la integridad física y psíquica, los cuales se conculcan en el curso de las desapariciones forzadas.

Adicionalmente, la práctica de las desapariciones forzadas crea un clima incompatible con la garantía debida a los derechos humanos que el Estado tiene a su cargo, en cuanto relaja las normas

mínimas de conducta que deben regir los cuerpos de seguridad y los coloca en un plano que asegure la impunidad en la violación de esos derechos.

Las desapariciones forzadas por su propia naturaleza, situaciones en las que las autoridades arrestan y detienen secretamente a víctimas incomunicadas, torturándolas con frecuencia para obtener información, hace que la solución de dichos casos por parte del sistema de procuración e impartición de justicia sea sumamente difícil. Dichas situaciones exigen una reacción urgente de las autoridades, dado que suelen preceder al asesinato. El apelar a las autoridades para que utilicen a la policía y los sistemas judiciales suele convertirse en una causa imposible, dado que, por definición, la detención no ha sido reconocida oficialmente y se mantiene frecuentemente en secreto intencionalmente.

#### **b) Los Derechos Humanos y las obligaciones del estado.**

Al privar de la libertad y desaparecer forzosamente a las personas el Estado asume tres responsabilidades:

*" Frente al derecho interno. Todas las Constituciones Políticas en América Latina consagran el derecho a no ser detenido arbitrariamente; en ellas se fijan plazos para que, en caso de una detención administrativa, el prisionero sea sometido a la jurisdicción del organismo judicial. Las detenciones pueden ser administrativas o judiciales, según esto, pero no arbitrarias, lo cual es en esencia la desaparición.*

*Frente a la comunidad internacional. Las obligaciones asumidas por el Estado en materia de derechos humanos son ineludibles. Jurídicamente el Estado puede evadir estas responsabilidades no sumándose a las convenciones o eludiendo la jurisdicción de organismos como la Corte Interamericana.*

*Frente a los familiares. El derecho internacional se reduce a establecer compensaciones de carácter pecuniario, aunque éstas están previstas cuando no cabe otro tipo de sanción; la Convención Americana no regula este aspecto de ninguna manera, aunque sí establece*

*rigurosamente la obligación del Estado de agotar los procedimientos legales para dar con los responsables y sancionarlos debidamente.*"<sup>91</sup>

Las Constituciones Políticas de cada país recogen con claridad preceptos establecidos por las convenciones internacionales en cuanto a los derechos a la vida, la libertad, la seguridad y la integridad personales. Por otra parte, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es categórico al prohibir la suspensión de ciertos derechos fundamentalísimos, ni siquiera en estado de emergencia; dichos derechos integran Primera Generación de Derechos Humanos, que se refiere a los derechos civiles y políticos, también denominados "libertades clásicas". Fueron los primeros que exigió y formuló el pueblo en la Asamblea Nacional durante la Revolución francesa. Los Derechos Civiles "son aquellos derechos fundamentales que hacen referencia al ámbito de autonomía de la persona humana y de los grupos sociales en relación a la actuación de los órganos del Estado. Forman parte junto con los Derechos Políticos."<sup>92</sup>

La Revolución Francesa tiene como fruto la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Norteamérica la Declaración del buen pueblo de Virginia. En estos primeros documentos están contenidos los derechos individuales que protegen a las personas de los abusos de los gobiernos y ambos han inspirado la creación de documentos signados por muchos países para la garantía de respeto a los derechos básicos de las personas, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU 1978).

De esta forma, los derechos humanos se concretan a través de normas de reconocimiento y protección de los derechos individuales, tales como la inviolabilidad del domicilio, la obligación de presentar a los detenidos ante juez competente en un plazo determinado, la notificación de la causa de la detención, el derecho a no declarar si no es ante autoridad judicial competente, la conducción a sitios de detención legales, el derecho a juicio justo y legal, el derecho a presunción de inocencia, etc. y los recursos de exhibición personal (habeas corpus) y amparo.

<sup>91</sup> MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. La Desaparición Forzada de personas en América Latina. Op. cit. Pág. 14 y 17.

<sup>92</sup> De los derechos de la 1ª Generación [www.jepala.es/DDHH/ddhh561.htm](http://www.jepala.es/DDHH/ddhh561.htm)

Los Derechos Humanos son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

Todos estamos obligados a respetar los Derechos Humanos de las demás personas. Sin embargo, según el mandato constitucional, quienes tienen mayor responsabilidad en este sentido son las autoridades gubernamentales, es decir, los hombres y mujeres que ejercen la función de servidores públicos.

La tarea de proteger los Derechos Humanos representa para el Estado la exigencia de proveer y mantener las condiciones necesarias para que, dentro de una situación de justicia, paz y libertad, las personas puedan gozar realmente de todos sus derechos. El bienestar común supone que el poder público debe hacer todo lo necesario para que, de manera paulatina, sean superadas la desigualdad, la pobreza y la discriminación.

### **c) Características de los Derechos Humanos .**

Los Derechos Humanos han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere. La denominada Tres Generaciones es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del orden jurídico normativo de cada país.

#### **Primera generación**

Se refiere a los derechos civiles y políticos, también denominados "libertades clásicas". Fueron los primeros que exigió y formuló el pueblo en la Asamblea Nacional durante la Revolución francesa. Este primer grupo lo constituyen los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII, entre los cuales figuran:

- Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.

- Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.
- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.
- Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

### **Segunda generación**

La constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, debido a los cuales, el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho.

- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

### **Tercera generación**

Este grupo fue promovido a partir de la década de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional. Entre otros, destacan los relacionados con:

- La autodeterminación.
- La paz.
- La coexistencia pacífica.
- La justicia internacional.

### **Las Garantías Individuales**

Todo habitante de un país, sea ciudadano, nacional o extranjero, resida aquí o esté de paso, sea hombre o mujer, de cualquier raza, debe contar con ciertas protecciones legales que en México



y prácticamente en todo el mundo son derechos del gobernado frente a la autoridad pública. Es pues, importante conocer los derechos que nos otorga la Constitución Mexicana.

Las Garantías Individuales están consignadas en la Constitución en la parte dogmática y no incluyen todos los derechos del hombre, pero son un noble avance de nuestra legislación en la protección de los derechos del gobernado. Las luchas por destruir los absolutismos monárquicos o las tiranías dictatoriales tuvieron por principal objetivo el reconocimiento y la protección de los derechos humanos.

El reconocimiento de los derechos esenciales del hombre fueron plasmados en las primeras constituciones y en la Constitución de 1857 aparece un apartado denominado "Los Derechos Humanos". Los Constituyentes de Querétaro de 1917 los llamaron Garantías Individuales y en el Derecho Público se entiende por Garantías, los límites y prohibiciones que le Poder Público o Autoridad se ha impuesto con el fin de hacer posible de su libertad, sin menoscabo del orden y paz social que deben ser mantenidos por aquel, en beneficio de todos los habitantes del país.

Otro concepto es: Las Garantías Individuales son las Instituciones y Condiciones establecidas en la Constitución de un Estado a través de las cuales, el mismo, asegura a los individuos el uso pacífico y el respeto a los derechos que la propia Constitución prevé.

La función de las Garantías Individuales, es la de establecer el mínimo de derechos que debe disfrutar la persona y las condiciones y medidas para asegurar su respeto y pacífico goce; es un instrumento que limita a las autoridades para asegurar los principios de convivencia social y la Constitucionalidad de las Leyes y de los Actos de Autoridad.

Las Garantías Individuales, como se ha establecido, son irrenunciables en nuestro perjuicio, no pueden restringirse, ni suspenderse, excepto en los casos y condiciones que la propia constitución señala, según lo establece en el Artículo primero y veintinueve de la Constitución Federal.

Pero es necesario recordar que los Derechos Fundamentales o Garantías Individuales no son de carácter absoluto, sino que se encuentran limitados, condicionados, solo funcionan en los casos y con las condiciones previstos por las disposiciones Constitucionales y únicamente tienen el alcance en ellas establecidas. Las garantías individuales se clasifican en: Garantías de Igualdad, de Libertad, de Propiedad y de Seguridad Jurídica.

**Garantías de libertad.**- Nuestra Constitución traduce ésta Garantía en el respeto por parte del Estado, de ciertas libertades específicamente determinadas, indispensables para que el hombre consiga sus fines.

**Garantías de seguridad jurídica.**- Se refieren a la observancia de determinadas formalidades, requisitos, medios, condiciones por parte del poder público para que la actuación de éste, sea constitucionalmente válida cuando por alguna causa te afecte.

Las garantías de seguridad pública contiene un conjunto de derechos y principios de protección a favor del gobernado tanto en sus bienes, como en su persona. En realidad protejan contra los actos de autoridad que exceden lo permitido por estos artículos constitucionales, o dicho de otra manera, la autoridad debe de actuar apegada a éstas disposiciones, son su regla y son su límite.

**Artículo 14.**- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecido, en el que se cumplan las formalidades esenciales de procedimiento y conforma a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

La desaparición forzada de personas significa la transgresión absoluta de todos estos derechos y garantías. Este estado de excepción extremo es puesto en práctica, según las circunstancias de cada país, de hecho o "legalmente" mediante la suspensión de las garantías

previstas en la Constitución Política y la emisión de leyes que pretenden darle legitimidad a todo tipo de arbitrariedades en un marco de lucha contrainsurgente.

El Artículo 29 de la Constitución estipula que en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquiera otra causa que ponga a la sociedad en grave peligro o en conflicto, el Presidente de la República de acuerdo con sus Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y del Procurador General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión, podrá suspender en todo el país o en un lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para ser frente, rápida y fácilmente a la situación.

En tales casos, la suspensión deberá cumplir los siguientes requisitos:

- 1.- Hacerse por medio de prevenciones generales.
- 2.- No contraerse a determinado individuo.
- 3.- Suspenderse por medio limitado.

El estado de excepción coloca a las víctimas de la desaparición forzada en una situación de indefensión extrema; los desaparecidos quedan fuera del mundo, lejos del alcance de familiares, amigos, compañeros, abogados y jueces.

Una resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que "La desaparición forzada de personas constituye un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal."<sup>93</sup>

La evasión de la ley, la impunidad de los "desaparecidos", se ha manifestado, hasta hoy, en distintos planos:

- las desapariciones no son investigadas por los organismos del Estado;
- los delitos se ocultan y se niegan; y,

---

<sup>93</sup> Asamblea General de la OEA. Resolución AG/RES 666 (XIII-0/83. Aprobada en la sesión plenaria del 18 de noviembre de 1983.

- se han aprobado una serie de leyes de amnistía, cuyo principal efecto ha sido el de institucionalizar los crímenes, como los de Guatemala, El Salvador y Honduras, la obediencia debida en Uruguay o el punto final en Argentina.

En tal sentido, "(...) toda la metodología estaba destinada a no dejar huellas, a garantizar la total impunidad de los criminales. Todo estaba dirigido principalmente a que no fuera descubierto el aparato de terror, de muerte, de sangre, de genocidio total. (...) En lugar de asumir responsablemente esta situación que ellos llamaban guerra, ocultaron la verdad, mintieron sistemáticamente. Dijeron en un comienzo que los desaparecidos eran la creación de la propaganda "subversiva". Más tarde, que estaban en Nicaragua o en Cuba, que se los había hecho salir del país(...)."94

Esto supone la existencia de aparatos tales como cuerpos paramilitares o los llamados "grupos especiales" dentro de los organismos de seguridad legalmente constituidos, operaciones secretas y cárceles clandestinas actuando en un marco de total impunidad, lo cual necesariamente lleva a concluir que la práctica de las desapariciones forzadas es una política del Estado por medio de la cual se sanciona a personas en razón de sus creencias y opiniones.

## **2.- Las circunstancias sociales que provocaron su creación del tipo penal en estudio.**

El fenómeno de la desaparición forzada de personas no es nuevo en nuestro país, a partir de los años 60 y 70 y especialmente en 1968 se empieza a escuchar constantemente de personas "desaparecidas", principalmente en el Estado de Guerrero, donde los movimientos insurgentes tuvieron mucha fuerza en esa década. Familiares y amigos de la gente que "desapareció" en esos años aún desconocen su paradero y hoy reclaman justicia. En los últimos años, a pesar del esfuerzo mundial para erradicar este tipo de prácticas y de los documentos nacionales e internacionales que se han creado, en México se sigue practicando la desaparición forzada. Bajo muchos rubros que van desde la lucha contra la guerrilla o el narcotráfico hasta la delincuencia común se tienen reportes de desapariciones.

---

<sup>94</sup> MARCO DEL PONT, Luis. El estado terrorista para asegurar la impunidad de los crímenes. En la desaparición, Crimen contra la Humanidad, 1998 Pág. 63 y 64.

Según Amnistía Internacional en 1996 desaparecieron veinte personas y no se registró progreso alguno en la investigación de centenares de desapariciones de activistas políticos en los años anteriores.

Si bien es cierto existe un programa de Presuntos Desaparecidos en la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ésta ha demostrado su ineficiencia para erradicar e incluso para disminuir la práctica de las desapariciones.

En la legislación nacional hasta el mes de junio del dos mil uno no existía ningún tipo penal que describiera en toda su amplitud la desaparición forzada. Mientras que la declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas describe a la desaparición forzada como que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna u 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 paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así de la protección de las leyes; el tipo penal de privación ilegal de la libertad describe que comete el delito el particular que, fuera de los casos previstos por la ley, prive a otra persona de su libertad. En este sentido, cualquier autoridad estaría expuesta para realizar una detención prolongada en la que se desconozca el paradero de la víctima o su lugar de detención.

De lo anterior se deduce que las procuradurías no investigan las desapariciones forzadas, dejando esa tarea a la Comisión Nacional de Derechos Humanos que es un órgano que es independiente del gobierno y que carece de la fuerza coactiva necesaria para ciertas diligencias tendientes a conocer el paradero de alguna persona reportada como desaparecida.

Existe también un tipo penal dentro de los delitos cometidos por los servidores públicos que señala que es un delito de la autoridad "abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable de algún delito, cuando las leyes penales así lo indiquen"; sin embargo, este es un

delito que las leyes no contemplan como grave y por lo tanto se puede obtener libertad bajo caución o bien obtener un sustitutivo de prisión.

*"Artículo 225. Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: IX. Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda de una persona que se encuentre detenida a su disposición como probable responsable de algún delito, cuando esta sea procedente conforme a la Constitución y a las leyes de la materia, en los casos en que la ley les imponga esa obligación; o ejercitar la acción penal cuando no preceda denuncia, acusación o querrela."*

Esta fracción constriñe la calificación de quien puede ser sujeto activo del delito, pudiendo serlo sólo aquél o quien la constitución y las leyes de la materia le impongan la obligación de consignar. El delito se comete cuando este funcionario no realice injustificadamente la consignación que corresponda de una persona determinada y a su disposición.

Igualmente se pune aquí al precitado agente cuando ejercite la acción penal sin que preceda denuncia, acusación o querrela con lo cual se tutela acertadamente los bienes jurídicos que amparan en este sentido el artículo 16 constitucional en su párrafo segundo, en cuanto a que no podrá librarse orden de aprehensión sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito.

La conducta típica consiste en abstenerse injustificadamente de hacer la consignación, en los términos indicados en el tipo. Abstenerse significa inhibirse, contenerse, no hace la consignación.

En nuestro sistema penal el elemento normativo "... consignación..." corresponde al acto culminante del Ministerio Público por el cual, conforme a lo establecido por el artículo 21 Constitucional en cumplimiento de su función acusatoria, ejercita acción penal y pretende punitivamente ante el órgano jurisdiccional.

Desde luego, para la debida y legal consignación, resulta indispensable como principio previo al agotamiento de la función investigadora del Ministerio Público que realiza en la

correspondiente averiguación previa, en donde se hubieran demostrado los elementos exigidos por el artículo 16 Constitucional, o sea sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delitos, y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Estando probados estos requisitos, el Representante social tiene el deber jurídico de consignar sin detenido o con detenido, aunque con mayor razón en el segundo caso ya que se encuentra una persona detenida, así lo ordena el precitado artículo constitucional en sus quinto y séptimo párrafos, en los cuales establece que sólo en casos urgentes, en tratándose de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, bajo su responsabilidad ordenará su detención, la cual nunca podrá ser de más de 48 horas, plazo en el cual se ordenará su libertad si no existieran los elementos suficientes para consignar, o bien, caso contrario lo consignará poniéndolo a disposición de la autoridad judicial correspondiente, debiendo aclararse que este caso puede duplicarse en aquellos casos donde la ley prevea la delincuencia organizada.

También lo ordenan así lo ordena el artículo 134 del código federal de Procedimientos Penales el cual señala que *"cuando aparezca de la averiguación previa que se han acreditado los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales..."*.

La conducta corresponde a una omisión: *abstenerse injustificadamente de consignar un detenido. Para los efectos de este tipo penal, abstenerse significa omitir o no realizar el acto debido, o sea, no consignar al detenido.*

*El elemento normativo "...injustificadamente..." alude a la antijuricidad de la conducta por no existir una norma permisiva de la misma, pero además a la existencia también de una causa de justificación autorizante de la conducta ilícita del Ministerio Público por no realizar la consignación como lo ordena el artículo 286 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en el artículo 134 precitado, es decir, cuando estén satisfechos los requisitos de procedibilidad así*

como comprobados los elementos del tipo penal del delito u la probable responsabilidad del inculpado.

El tipo no requiere una intención determinada, como sería dar una ventaja o perjuicio al inculpado, denunciante o querellante, por ejemplo; únicamente se necesita que al Ministerio Público, por su función, le corresponda consignar al detenido y se abstenga injustificadamente de hacerlo con conocimiento de que la persona se encuentra detenida a su disposición", sin embargo este conocimiento es parte de la culpabilidad y no corresponde como elemento subjetivo del tipo. En todo caso el delito es doloso sin ninguna alusión subjetiva específica.

Tiene aplicación la tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo XV, enero de 1995, página 182, que dice:

**"ADMINISTRACION DE JUSTICIA, DELITO CONTRA LA, ABSTENCION INJUSTIFICADA DE CONSIGNAR A UN DETENIDO. SOLO PUEDE COMETERLO UN AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.** El texto del artículo que describe el delito contra la administración de justicia en su hipótesis de abstenerse injustificadamente de consignar a un detenido que se encuentra bajo su disposición, como responsable de un delito, es claro que al referirse al término "consignación", que en nuestro sistema significa el ejercicio de la acción penal, es facultad exclusiva del Ministerio Público a través de sus agentes; de tal manera que el mencionado ilícito solamente puede ser cometido por un servidor público con tal investidura, no por miembros de la policía; tampoco es dable confundir el acto de la consignación con la simple remisión que el agente policiaco hace del detenido en flagrancia, ante la autoridad investigadora; por tal razón la analogía realizada por la responsable para imputar al activo policía, el mencionado delito por no "consignar" al detenido ante esta última autoridad, resulta violatoria de garantías."

La legislación mexicana contempla el juicio de amparo como recurso idóneo para prevenir la práctica de las desapariciones y evitar daños irreparables a las personas que las sufren, en este sentido cabe mencionar la inoperancia del mencionado juicio por diversas razones. En primer lugar, se debe señalar alguna autoridad responsable, siendo que ésta muchas veces es desconocida, y el juez de amparo no se dedica a investigar sino que únicamente pide informes a las autoridades señaladas como responsables en la demanda de amparo.



El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que serán ley suprema la constitución, las leyes federales y los tratados internacionales firmados y ratificados por México; en este sentido cabe señalar que México ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el dieciocho de enero del dos mil dos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro. Se agrega a lo anterior la falta de información que se genera en el país relativa a la desaparición forzada de personas, en este rubro, sólo la CNDH reporta actividades y la información que da se limita a reportar los casos concluidos; así por ejemplo, en su informe relativo al periodo de 1996 a 1997 se reportaron 33 casos concluidos.<sup>95</sup>

#### **A) La práctica de la Desaparición Forzada en México**

##### **a) Situación actual**

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió la recomendación **26/2001**, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de noviembre del dos mil uno, la referida recomendación tuvo como origen los 532 expedientes de queja sobre desapariciones forzadas en la década de los años setentas y ochentas, que se integraron con motivos de las denuncias formuladas y los documentos aportados por los familiares de los quejosos, de manera directa o a través de algún Organismo No Gubernamental, dicha Recomendación fue dirigida al licenciado Vicente Fox Quesada, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que su gobierno asumiera el compromiso ético y político de orientar el desempeño institucional en el marco del respeto a los Derechos Humanos que reconoce y garantiza el orden jurídico mexicano, y que se "evite por todos los medios legales que los sucesos como los ocurridos en la década de los 70s y principios de los 80s (desaparición forzada de personas) se vuelvan a repetir."<sup>96</sup>

De igual forma, al Ejecutivo federal se le recomendó que girara sus recomendaciones al Procurador General de la República a efecto de que este designara un fiscal especial con el fin de que se haga cargo de la investigación y persecución, en su caso, de los delitos que puedan

<sup>95</sup> Diario Oficial de la Federación, de dieciocho de enero del dos mil dos, páginas 4 a 12.

<sup>96</sup> Recomendación número 26/2001 de La Comisión Nacional de los Derechos Humanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintisiete de noviembre del dos mil uno.

desprenderse de los hechos a que se refiere la Recomendación, para que, en caso de que resultasen procedentes, ponga en consideración de las autoridades judiciales competentes los resultados de las indagatorias y, en su oportunidad se de cuenta a la Comisión Nacional de las acciones realizadas; también se le recomendó que en los casos en los que se acreditara la desaparición forzada, en atención al lugar en que pudo ubicarse con vida por última ocasión a las personas, se revise la posibilidad de reparar el daño mediante la prestación de servicios médicos o educativos, vivienda y otras prestaciones de índole social a los familiares de las víctimas de la desapariciones forzadas y que en atención a las condiciones en que funciona el sistema de seguridad social, específicamente el Centro de Investigación y Seguridad Nacional, se tomen las medidas legales adecuadas y se establezca un marco jurídico que garantice en su actuar el respeto a los Derechos Humanos y un desempeño en estricto apego a los límites que para el ejercicio del poder, a través de las instituciones públicas del Estado mexicano, prevé la Constitución General de la República.

Con motivo de la Recomendación señalada en líneas precedentes, el poder Ejecutivo de la presidencia de la República emitió un acuerdo por el que se disponen diversas medidas para la procuración de justicia por delitos cometidos contra personas vinculadas con movimientos sociales y políticos del pasado.

La designación del Fiscal Especial para la atención de hechos probablemente constitutivos de delitos federales cometidos directa o indirectamente por servidores públicos en contra de personas vinculadas con movimientos políticos y sociales del pasado del pasado tiene su origen en tres circunstancias principales:

- a) "Dar cumplimiento a la Recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- b) Dar cumplimiento al compromiso que asumió el Poder Ejecutivo para defender y promover los derechos humanos y combatir la impunidad.
- c) Dar respuesta a las demandas de esclarecimiento de hechos y justicia para los presuntos desaparecidos por movimientos políticos."<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Informe de la Procuraduría General de la República, de enero de 2002.

La práctica de la desaparición forzada de personas se ha recrudecido en México a lo largo de los últimos dos años. Aunque la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) cuenta con un Programa Especial de Presuntos Desaparecidos el cual fue creado el 18 de Septiembre de 1990 "al cual se remiten los casos en que las quejas apuntan a una posible desaparición forzada, además, tiene como objetivo dar continuidad a las investigaciones de los casos radicados para localizar personas reportadas como presuntamente desaparecidas, por eso suscribe convenios de colaboración que le permitan tener acceso a las bases de datos cuya información sea la relativa a la población con el fin de esclarecer y agilizar la resolución de los casos planteados; los resultados hasta ahora han sido escasos cuando los casos que se presentan son recientes. Su método de investigación para estos casos consiste en pedir información a las autoridades señaladas como presuntas responsables. En todos los casos éstas niegan su participación en los hechos por lo que la CNDH considera no tener pruebas jurídicas suficientes para señalar a dicha autoridad. Los casos son usualmente cerrados por "orientación" al quejoso para que éste acuda a la procuraduría de justicia respectiva y denuncie el secuestro de la persona en cuestión, por lo que comienza un proceso de orden penal que hasta ahora no ha tenido resultado alguno. En los casos en que la participación de agentes de autoridad es innegable las personas son declaradas "ausentes" y se inicia su búsqueda a través de instituciones de asistencia a la ciudadanía como si se tratase de personas extraviadas."<sup>98</sup>

#### **b) Coordinación del Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos.**

Este programa fue creado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos el 19 de septiembre de 1990, para conocer e investigar quejas relativas a personas de las que se desconoce su paradero y cuya desaparición presuntamente involucra la participación de alguna autoridad o servidor público, con la finalidad de lograr la localización o ubicación del presunto desaparecido. Para cumplir con dicho objetivo esta Coordinación realiza principalmente las siguientes actividades: desarrollar procesos de investigación para esclarecer el paradero de las personas; obtener declaraciones y entrevistas con testigos de los hechos, servidores públicos y familiares de los agraviados; solicitar información a dependencias públicas y organismos particulares; visitar centros

---

<sup>98</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Informe de actividades de los años 1999 y 2000, Pág. 157 y ss. y 356.

de salud, servicios médicos forenses, centros de reclusión penitenciaria; y elaborar peritajes criminalísticos y antropológicos, entre otras.

Con el propósito de actualizar y agilizar constantemente los mecanismos que permitan contar con mayores elementos para la localización de personas, en 1998 la CNDH invitó a los gobiernos estatales a suscribir convenios de colaboración, a efecto de crear el Centro Nacional de Información de Personas Fallecidas No Identificadas, destinado a recabar datos de filiación, huellas dactilares, fotografías y pruebas periciales que se hayan obtenido en el hallazgo de cadáveres que no hubiesen sido identificados. Asimismo, la Coordinación de Presuntos Desaparecidos mantiene contacto permanente con el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas, a quien le informa oportunamente sobre las actividades realizadas.

La relevancia de los derechos que se vulneran al presentarse la desaparición forzada implica que dicha violación a derechos humanos se considere de lesa humanidad. Tal situación demanda de las naciones y los Estados con aspiraciones democráticas, la construcción del camino para tutelar de manera eficiente y efectiva los derechos fundamentales de las personas, en particular los reconocidos en una amplia gama de convenios, pactos y declaraciones internacionales suscritos por México, los cuales tienen por objeto propiciar el máximo nivel de reconocimiento y protección de los derechos inherentes al ser humano.

Las quejas se integraron con motivo de las denuncias formuladas y los documentos aportados por los familiares de los quejosos, de manera directa o a través de alguna Organización No Gubernamental. En su gran mayoría fueron encomendadas inicialmente a la Secretaría de Gobernación y de manera específica a su Dirección General de Derechos Humanos, en donde se encontraban en fase de investigación desde 1988, y posteriormente fueron turnadas a esta Comisión Nacional, a partir de su creación como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 6 de junio de 1990. El mismo asignó a la Comisión Nacional las responsabilidades de proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos, y con ese propósito instrumentar los mecanismos necesarios de prevención, atención y coordinación para garantizar su

salvaguarda, a favor de las personas que se encuentren dentro del territorio nacional, conforme a lo dispuesto por el artículo segundo de dicho decreto.

Por lo anterior, el Consejo de la Comisión Nacional acordó la creación de un programa destinado a la búsqueda de desaparecidos, dando origen el 18 de septiembre de 1990 al Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos. Este fue conformado por un grupo de trabajo interdisciplinario en el que participaron miembros de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de la Procuraduría General de la República, motivándose la inclusión de estos últimos al programa, por la carencia de un marco jurídico que regulara adecuadamente el trabajo de la Comisión Nacional, sus facultades, atribuciones y, en especial, los procedimientos de investigación.

A partir de su creación, fue percibida la necesidad de que la Comisión Nacional de Derechos Humanos contara con un marco normativo que regulara las responsabilidades asignadas, respetando naturalmente su autonomía funcional. Fue entonces cuando el Ejecutivo Federal, mediante iniciativa del 18 de noviembre de 1991, propuso a la Cámara de Senadores su reconocimiento a nivel constitucional y el establecimiento de su competencia, objetivo, estructura, funciones y procedimientos a partir de una ley expedida por el Congreso de la Unión.

En virtud de lo anterior, el 28 de enero de 1992 la Comisión Nacional quedó reconocida a nivel constitucional al adicionarse el apartado B del artículo 102, con facultades para conocer de quejas en contra de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, así como de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales. Por su parte, la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de 29 de junio de 1992, facultó a este organismo a procurar la defensa de los derechos humanos a través de procedimientos sencillos para investigar las quejas, buscando alcanzar una solución mediante la conciliación, y al no obtenerse ésta, emitir recomendaciones autónomas no vinculatorias para las autoridades respectivas, que al darse a conocer llevan consigo el apoyo de la opinión pública.

Mediante decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 13 de septiembre de 1999, se reformó y adicionó el apartado B del artículo 102, de la Constitución Política de los Estados

Unidos Mexicanos. La reforma otorgó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos plena autonomía, y con ello se consolidan sus facultades para solicitar expedientes, informes, documentos, antecedentes y cualquier otro elemento de prueba que estimara útil para realizar sus investigaciones, inspecciones, verificaciones y, en general, adoptar todas las medidas conducentes al esclarecimiento de la investigación de las quejas materia de la presunta violación a los derechos humanos.

Con motivo de la reforma constitucional quedó definido un marco jurídico que permitió orientar sus procedimientos de investigación acorde con la naturaleza y funciones de un organismo público autónomo de promoción y defensa de los derechos humanos, los cuales adquirieron mayor relevancia a partir de los instrumentos proporcionados por la reforma efectuada al apartado B del artículo 102 constitucional el 13 de septiembre de 1999.

Las dificultades inherentes a la investigación de desapariciones forzadas demandó el establecimiento de una metodología que, en la mayoría de los casos, fructificó con el transcurso del tiempo, por lo cual resultó necesario, además de procedente, en términos de la ley que rige el actuar de la Comisión Nacional, requerir de informes a las autoridades señaladas como responsables de los hechos, así como a aquéllas a las cuales se solicitó su colaboración para el esclarecimiento.

Si bien es cierto que las acciones realizadas por la Comisión Nacional durante los primeros años de su existencia tuvieron gran impulso, posteriormente entraron en un letargo, de tal manera que al momento de iniciar sus funciones la presente administración, la investigación estaba inconclusa; en particular aquella orientada a las quejas que años antes fueron entregadas a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, por lo cual no se había informado respecto de sus logros y resultado.

Por lo anterior, a finales de 1999 se realizó un balance de las acciones emprendidas por esta Comisión Nacional en torno a la promoción y defensa de los derechos humanos y en especial al Programa de Presuntos Desaparecidos, pues, consciente de su responsabilidad ante la sociedad por la autonomía constitucional otorgada, la institución debía enfrentar sus retos y compromisos y responder al reclamo social que demandaba conocer la verdad de los hechos acaecidos en la época

señalada. Todo esto generó el imperativo de trabajar en las investigaciones y dar una respuesta puntual, apegada a derecho y la verdad sobre las quejas presentadas.

Con tal propósito, a principios del año 2000 se diseñó un programa de trabajo orientado a lograr un avance en las investigaciones, las cuales se fueron realizando de manera discreta, pero en ningún momento secreta. Las primeras líneas de acción planteadas se guiaron a mantener contacto con los familiares de las víctimas de la desaparición y de igual manera, se consideró conveniente intensificar los trabajos en el estado de Guerrero, en atención a 293 casos denunciados en esa entidad, que por sus condiciones geográficas, hacían más compleja la investigación.

Por lo que ha sido posible constatar, esa Comisión no ha emitido Recomendaciones en los casos en que se ha verificado la muerte de las personas consideradas desaparecidas, y se encontró únicamente un caso en que se emitió Recomendación de entre aquellos en que el periodo de la desaparición terminó, pero las personas fueron arbitrariamente privadas de su libertad.

### **c) Movimientos armados y lucha contrainsurgente.**

La aparición pública del Ejército Zapatista de Liberación Nacional en el Estado de Chiapas (1994) y la del Ejército Popular Revolucionario, en el estado de Guerrero (1996), recrudescieron la práctica de la desaparición forzada de personas, aunque sólo el caso del segundo de ellos ha sido posible identificar casos directa y evidentemente relacionados a la insurgencia armada. De acuerdo a lo dicho por testigos de las detenciones, éstas son llevadas a cabo por individuos vestidos de civil, que portan armas de alto poder y se conducen en autos sin placas. Ha sido posible registrar este tipo de acciones en los estados de Chiapas, Guerrero, Oaxaca y el Distrito Federal. Las autoridades municipales y estatales por su parte han caído en contradicciones (como por ejemplo, que desconocen si se realizó alguna detención sobre los hechos que se le cuestionan o señalando que si hubo una detención, pero después se retractan) al inquirírseles sobre el paradero de los detenidos, por lo que en base a las investigaciones realizadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, presumen que son llevados a instalaciones militares o a sitios ilegales de reclusión, donde se les interroga mediante tortura. Los testimonios de algunos sobrevivientes apuntalan también esta hipótesis y confirman la existencia de esta práctica.

#### d) El narcotráfico y su combate

La lucha contra el narcotráfico ha sido llevada adelante por efectivos militares, coordinados con las fuerzas civiles de seguridad. Los operativos suelen culminar con la detención de personas; dado que las víctimas o los familiares de ellas no denuncian los hechos, resulta difícil constatar la existencia de desapariciones forzadas. Sin embargo, en una ocasión se ha podido comprobar esta práctica con personas que han sido públicamente relacionadas con cárteles de narcotráfico; aunque la versión gubernamental argumenta las diferencias entre los distintos grupos de traficantes como causa de estas desapariciones, testigos aseguran la participación de elementos de las fuerzas armadas y de las policías judiciales en las detenciones.

Finalmente, las desapariciones forzadas también han sido llevadas a cabo por bandas dirigidas por la policía involucradas en el narcotráfico y los secuestros, tal como en el caso de José Alberto Guadarrama, en el estado de Morelos, documentado más adelante. Guadarrama, ex agente de la Policía Judicial Estatal, fue aparentemente detenido por otros agentes. La policía pudo cometer delitos en virtud de la autoridad que les confirió el Gobierno, y los crímenes fueron facilitados por el hecho constante de que el estado no los investigara ni sancionara adecuadamente. El caso Guadarrama resulta ser sintomático del problema más amplio en el estado de Morelos, donde responsables policiales fueron finalmente encarcelados cuando la policía fue sorprendida deshaciéndose del cadáver de una víctima de secuestro en el estado vecino de Guerrero.

En los setentas, unos 400 verdaderos o presuntos guerrilleros de izquierda "desaparecieron" como parte de una guerra sucia emprendida por las fuerzas armadas en México. Estos abusos se ajustaban a una práctica sistemática de gobiernos militares en toda Latinoamérica durante ese periodo, y tuvieron lugar como reacción a movimientos guerrilleros en varios estados. En la actualidad, las desapariciones forzadas se enmarcan en tres categorías principales. La primera, reminiscente de los setentas, consiste en desapariciones forzadas relacionadas con el conflicto entre el Gobierno y el EPR. En algunos casos, las desapariciones forzadas son temporales y preceden a una detención clandestina y un procesamiento. En alguno de ellos, el paradero de las víctimas sigue sin conocerse.



En el contexto del narcotráfico y las iniciativas antidroga se produce otro tipo de desaparición forzada. Las fuerzas armadas mexicanas han asumido un papel fundamental en la batalla contra los narcotraficantes. En los casos Alejandro Hodoyán y Fausto Soto Miller, documentados más adelante, se describen desapariciones forzadas temporales relacionadas con las drogas por parte de las fuerzas armadas. Es posible que estos casos tuvieran lugar en un contexto en el que un cartel de la droga mexicano estuviera empleando a personal militar en activo para imponer su supremacía sobre otro.

El 11 de septiembre de 1996, los soldados detuvieron a Alejandro Hodoyán, ciudadano estadounidense de nacimiento, en Guadalajara, estado de Jalisco. Le consideraban miembro del cartel de la droga de los Arellano Félix. Aunque Hodoyán fue detenido clandestinamente por las fuerzas armadas, es posible que la policía también estuviera involucrada. Tras sonsacarle durante varios meses información sobre las operaciones de los Arellano Félix, los soldados lo pusieron a disposición de los agentes federales del Ministerio Público. "Tanto los militares como los funcionarios civiles esperaban que testificara contra presuntos miembros del cartel de los Arellano Félix, entre ellos su propio hermano. Hodoyán recibió finalmente inmunidad jurídica en México a cambio de hacerlo."<sup>99</sup>

Los funcionarios estadounidenses también mostraron interés en interrogar a Hodoyán. Al recibir el aviso de que una fuente de información potencialmente valiosa estaba en manos de las fuerzas armadas, un agente del Buró de Alcohol, Tabaco y Armas (Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms, ATF) entrevistó a Hodoyán cuando llevaba varias semanas detenido. Las autoridades consulares estadounidenses, que posteriormente alegaron la incompetencia de un importante funcionario de la embajada, no hicieron nada por ayudar a Hodoyán. Las autoridades policiales estadounidenses, más interesadas en la información que en la protección de los derechos humanos, tampoco hicieron nada para asistirle, y se convirtieron de este modo en cómplices de las violaciones que padeció. De hecho, sin preocuparse por cómo había sido detenido Hodoyán o el trato que había recibido, organizaron su envío a Estados Unidos para que declarara como testigo en casos de narcotráfico.

---

<sup>99</sup> Julia Preston, "Mexican Tale: Drugs, Crime, Torture and the U.S.", *New York Times*, 18 de agosto de 1997.

### e) El papel de los cuerpos de seguridad

Ejército.- La creciente participación de las fuerzas armadas en labores civiles y su sostenida presencia 29 de las 32 entidades federativas de la República han tenido un impacto negativo en la situación de los derechos humanos, particularmente en la ocurrencia de desapariciones forzadas, en muchas de las cuales aún no ha sido posible ubicar el paradero de las víctimas. Los testimonios de algunos sobrevivientes hacen posible constatar la participación de las fuerzas castrenses en la retención y en los interrogatorios a que las personas son sometidas. Como ocurre en todos los casos de esta índole, la Secretaría de la Defensa Nacional niega tener en su poder a quienes son reclamados.

Corporaciones Policiacas.- A partir de 1993 comenzaron a darse con creciente frecuencia los operativos conjuntos de las policías judiciales de la federación y de los estados, las policías municipales y de seguridad pública con efectivos del Ejército.

Estos operativos se realizan ya en todo el país como mecanismo de combate al narcotráfico y para detectar y desactivar grupos de oposición -armados o no-. Las incursiones de esta naturaleza han sido sistemáticas en comunidades rurales de los estados de Oaxaca, Guerrero, Michoacán, Tabasco, Puebla, Hidalgo, Veracruz, Chiapas y el Estado de México, además de ser utilizadas para disolver manifestaciones urbanas y realizar desalojos en el campo y las ciudades medias y grandes. Es en este contexto que han sido reportadas múltiples desapariciones forzadas. Se tiene conocimiento de que en los casos en que las desapariciones se han realizado con intervención de las corporaciones policiacas, éstas han entregado a los detenidos a las zonas militares correspondientes, aunque en algunas ocasiones los cadáveres de las víctimas han sido hallados posteriormente en caminos vecinales, basureros o sepultados en fosas clandestinas. En todos los casos las fuerzas policiacas han negado su participación en las detenciones.

El gobierno mexicano no ha mostrado disposición suficiente para frenar el fenómeno de las desapariciones forzadas, prueba de ello es que es sólo a la Comisión Nacional de Derechos Humanos a quien le compete por las desapariciones forzadas de personas, estando obligado todo

órgano del estado a perseguirlas, no se desarrolla con una clara omisión del orden jurídico, hasta que el desaparecido es torturado o privado de la vida.

La práctica de las desapariciones forzadas se ha vuelto común en México. En Chiapas, la represión militar y paramilitar contra la población civil se manifiesta en asesinatos, masacres y desapariciones forzadas. Las víctimas de la desaparición forzada en Guerrero y Oaxaca son, por lo general, activistas sociales y comunitarios preocupados por la situación de los campesinos, que son víctimas de violaciones a los derechos económicos y sociales que son consideradas entre los peores de la República. El número de violaciones a los derechos humanos se ha estado incrementando, provocado por - y a la vez provocando - protestas civiles. Pero la práctica de las desapariciones se extiende a otros estados "más estables" también, incluyendo Veracruz, Sinaloa, Puebla, Morelos y el Distrito Federal.

### **3.- Análisis jurídico del Artículo 215 a del Código Penal Federal.**

La palabra "**desaparecer**" significa ocultar, quitar de la vista con presteza o prontitud, a su vez, ocultar significa esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista, y esconder es retirar a alguien o algo a lugar o sitio secreto

Por ser un delito de resultado material ya que para su integración se requiere de la producción de un resultado material, que es este caso es desaparecer a un individuo, y permanente, se consuma en el momento mismo en que se detiene legal o ilegalmente a la víctima y dura en todo momento en que se prolongue, o sea a partir de que se impone a ésta el impedimento físico de su libertad de tránsito en algún lugar, continuándose su consumación por todo el tiempo de la desaparición forzada.

Es un delito plurisubsistente ya que se presentan varios actos para la integración de la acción típica que es desaparecer forzosamente a una persona. Que son la aprehensión, o detención del individuos, el traslado del mismo a un lugar oculto, el mantenerlo escondido, y en su caso provocarle la muerte.

De igual forma, se trata de un tipo que puede ser plurisubjetivo ya que puede existir una pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito por la ley, ya que si bien es cierto que el tipo penal dice "el servidor público", no se limita a que solo uno puede ser el sujeto activo, ya que en este tipo de delitos, generalmente son varios activos los que ejecutan el acto de desaparecer a una persona

El artículo 215 A tipifica como delito la desaparición forzada de personas, que tiene lugar cuando se ordene o ejecute por un servidor público el propiciar o mantener dolosamente el ocultamiento de aquéllas bajo cualquier forma de detención; descripción típica que por la importancia del bien jurídico que vendrá a tutelar *-la libertad personal de obrar y de moverse-* y el quebrantamiento ilegítimo que del mismo se realiza, al ocultar arbitrariamente a la persona que tiene derecho a gozar de él, se consideró pertinente incluirlo dentro del catálogo de los delitos graves que contempla el artículo | del Código Federal de Procedimientos Penales, específicamente en el inciso 34) de la fracción I del numeral en cita.

Los bienes jurídicos protegidos son el derecho a la subsistencia, a la libertad de expresión de movimiento, al desenvolvimiento, a la vida, en México violan derechos inalienables de la persona como son: el derecho a no ser detenido sin la orden judicial correspondiente y privado de la libertad; al reconocimiento en todas partes a su personalidad jurídica; a ser oído en plena igualdad públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial; a no ser detenido mediante ordenamiento judicial en recintos ex profeso; a la integridad física, psicológica y moral de la persona; a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, para obligarlo a declarar en contra propia y el derecho a la vida, al ser sometido a la pena de muerte de facto, en algunos casos.

La desaparición forzada por parte de las fuerzas del estado es una de las acciones de mayor gravedad que se pueden dirigir a las personas, al causar agravios a la víctima, al grupo familiar y a la sociedad en general. En lo particular, constituye un atentado a los derechos más precisados del ser humano: la libertad física, personal o de movimiento, y la vida.

La práctica de la desaparición forzada agravia además a familiares y amigos, cuando el paradero de los desaparecidos no se logra establecer, lo cual produce daño, dolor e incertidumbre

perennes. Se ataca también a la sociedad, al destruir el sentimiento de protección que los individuos buscan dentro de Estado democrático de derecho, al ser conculcado su derecho a la seguridad jurídica, sin que se respeten las exigencias y formalidades previstas en el marco jurídico, siendo aún más grave el daño si es causado por un servidor público.

Las desapariciones forzadas además de ocasionar la violación directa de innumerables disposiciones de los ordenes jurídicos nacionales e internacionales desencadenan a la vez atentados a múltiples derechos reconocidos por el Estado mexicano, y que tienen el deber de respetar y garantizar, por lo que implica el abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que dan sustento a las condiciones mínimas para en desarrollo de la persona en la sociedad. La presencia de la señalada practica supone el desconocimiento o desprecio del deber del Estado, el que debe adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos y evitar que sean conculcados.

El estado tiene el deber de garantizar la seguridad de las personas por lo que no es dable admitir que el poder se ejerza sin límite alguno, o que el Estado se valga de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos sin sujeción al régimen de derecho. Ninguna actividad estatal puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana, la cual se reconoce como presupuesto del ejercicio de los demás derechos, entre ellos el derecho a la libertad, a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, al desenvolvimiento de la personalidad, a la integridad física y psíquica, los cuales se conculcan en el curso de las desapariciones forzadas.

Adicionalmente, la práctica de las desapariciones forzadas crea un clima incompatible con la garantía debida a los derechos humanos que el Estado tiene a su cargo, en cuanto relaja las normas mínimas de conducta que deben regir los cuerpos de seguridad y los coloca en un plano que asegura la impunidad en la violación de esos derechos.

La libertad personal, es decir, de la libertad física o libertad deambulatoria, como uno de los derechos fundamentales que constituyen un presupuesto para ejercer otros derechos. La falta de legitimidad en el ejercicio de la autoridad se manifiesta en una ausencia de respeto a los derechos fundamentales y, entre estos, a la libertad personal. La detención arbitraria, la violación al respeto de

la libertad personal, es una de las violaciones más frecuentes a los derechos humanos y es también una de las violaciones más graves.

Es la intención de tutelar la libertad externa del gobernado frente a una especie de prisión arbitraria, que se manifiesta en el ocultamiento que de aquél propicia o mantiene dolosamente un servidor público, con independencia de que éste participe o no en la detención y ésta sea legal o ilegal. En la especie, se trata de una cuestión de seguridad jurídica en la que se busca preservar la libertad física del gobernado de las prisiones arbitrarias, en que impunemente se oculta a una persona sin previa información y sin orden por escrito de la autoridad competente –*cuando se trata de una detención ilegal*-, o en las que se le mantiene oculto sin notificarle en forma -*a la víctima, ni a sus allegados*- sobre el estado legal de su situación, aun cuando la detención derive de una orden escrita de autoridad competente.

Para hablar de detención ilegal tenemos que partir de saber cuál es una detención permitida. Así se tiene que, de acuerdo con nuestra Constitución, hay cinco supuestos bajo los cuales podemos ser afectados en nuestra libertad personal:

- Por orden judicial escrita, es decir, la *orden de aprehensión*, cuando un juez determina que el ministerio público le ha presentado suficientes elementos para acreditar la existencia de un delito y la probable responsabilidad del inculpaado, siempre y cuando se trate de un delito que merezca pena corporal. (Artículos 16 y 18 constitucionales)
- En segundo lugar, y ya es un supuesto excepcional, es el caso en que el Ministerio Público dicta una orden de detención por tratarse de un caso urgente y a mismo tiempo de un delito grave. Este es un supuesto introducido recientemente, en 1993, a nuestra Constitución.
- En tercer lugar está el caso también muy excepcional de la flagrancia, es decir, el delito resplandeciente; en este supuesto cualquier persona está autorizada para llevar a cabo a la aprehensión de un individuo.
- El cuarto supuesto es el de las medidas de apremio, cuando hemos sido requeridos por una autoridad legítima de manera escrita, para presentarnos y no hemos atendido a sus requerimientos, entonces la autoridad puede disponer nuestra detención para el exclusivo fin de presentarnos ante el agente de autoridad que nos está requiriendo.

- En quinto lugar está la detención por falta administrativa grave y flagrante, es decir, aquellas infracciones de orden administrativo que constituyen una ofensa a la colectividad y que es necesario detenerlas en el acto a partir de la acción coactiva de la policía preventiva, por ejemplo, personas en estado de ebriedad que estén causando destrozos en la vía pública.

De ahí que nadie esté autorizado para decidir sobre la privación de la libertad de una persona a partir de criterios distintos a los legales. En un estado regido por la ley no son admisibles las acciones de tipo justiciero. Sin embargo, la detención arbitraria es un hecho frecuente en todo el país. Un gran número de personas son presentadas ante los tribunales tras haber sido detenidas ilegalmente, mientras que un número seguramente mayor de mujeres y hombres son puestos en libertad después de haberseles detenido fuera de los supuestos legales, sin haber sido puestos a disposición de su juez en momento alguno.

Es una conducta que se empieza a consumir en el momento mismo en que se inicia la desaparición forzada de la persona o se tenga conocimiento de la dolosa ocultación –*voluntaria y consciente, por ello*- de una persona, que previamente hubiere sido detenida bajo cualquier forma, por parte de un servidor público, durante un lapso de tiempo suficiente que haga probable el hecho punible. Se trata de una conducta compleja que implica una serie de acciones orientadas a la anulación de la personalidad de la víctima, lo cual se inicia con la detención arbitraria del individuo y en el inter se conculcan una serie de derechos, a lo que sigue la retención y práctica de interrogatorios, regularmente por medio de la presión física y moral, así como tratos crueles y denigrantes, todo ello al margen de cualquier normatividad y con evidente violación de los más elementales derechos de las personas, y por supuesto, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para su defensa, que merece la reacción pública del Estado habida cuenta que se traduce en un abuso de poder inherente al ejercicio de la función pública, que tienen la obligación pública de preservar el orden que permita una justa y equilibrada convivencia social.

La falta de legitimidad en el ejercicio de la autoridad se manifiesta en una ausencia de respeto a los derechos fundamentales y, entre estos, a la libertad personal. La detención arbitraria, la violación al respeto de la libertad personal, es una de las violaciones más frecuentes a los

derechos humanos y es también una de las violaciones más graves. Es un abuso de poder, ya que se desaparece a una persona utilizando a las instituciones del estado para que aparezca que la detención es legal.

El artículo 215-B, determina los mínimos y máximos de las penas imponibles a quien cometa ese delito. En principio fija una pena de cinco a cuarenta años de prisión; pena que se reduce marcadamente *-de ocho meses a cuatro años de prisión-* si la víctima fuere liberada espontáneamente dentro de los tres días siguientes a su detención; si la liberación se produce dentro de los diez días siguientes, la pena aplicable será de dos a ocho años de prisión. Estas penas podrán ser disminuidas hasta en una tercera parte en beneficio de aquel que hubiere participado en la comisión del delito, cuando suministre información que permita esclarecer los hechos; y hasta en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima.

Nuestros legisladores, al tipificar como delito la conducta de desaparición forzada de personas, señalaron las agravantes y atenuantes de la pena en situaciones diversas, pero no señalaron la medida de prisión que se pudiera imponer cuando como consecuencia de la consumación de dicha desaparición, se presentare el delito de homicidio, en este caso se presentaría un homicidio calificado ya que se darían las tres agravantes contempladas por nuestra legislación, que son alevosía, ventaja y premeditación.

Se prevé en el artículo 215-C, además de la pena corporal que se imponga al servidor público que haya sido condenado por el delito de desaparición forzada de personas, la destitución del cargo que ejerciere y su inhabilitación para desempeñar cualquier otro, comisión o empleo públicos; sanción esta última que el juzgador, en uso de su arbitrio judicial, podrá fijar entre un mínimo de un año a un máximo de veinte.

En el artículo 215-D, del Código Penal Federal se castiga con la destitución del cargo, comisión o empleo, al servidor público que se oponga o niegue a la autoridad competente el libre e inmediato acceso al lugar en donde haya motivos para creer que pueda encontrarse una persona desaparecida; lo anterior, sin perjuicio de las demás penas que puedan aplicársele por otros delitos en que pudiera incurrir con motivo de la conducta ilícita que en ese sentido se hubiere desplegado.



De allí que la desaparición constituye un concurso de delitos contra la vida, la libertad, la seguridad y la integridad física y psicológica de la víctima, a través de los cuales ésta es colocada en una situación de absoluta indefensión por sus captores.

Es un concurso ideal, se lesionan varios bienes jurídicos como lo son la libertad, la personalidad, capacidad, autodeterminación, la vida, etc, y a su vez se realizan diversos delitos como lo son la privación ilegal de la libertad, violación de garantías, ejercicio indebido del servicio público, abuso de autoridad, homicidio, en su caso, etc.

Los artículos referidos se sustentan en el deseo de colmar una imperativa urgencia de certeza y de seguridad jurídicas, en torno a la comisión innegable de una conducta que lesiona principalmente uno de los bienes más preciados que tiene el ser humano, por el solo hecho de serlo: *La libertad física -personal o deambulatoria, como comúnmente se le denomina-*. Especialmente, cuando la restricción a esa capacidad consubstancial de la persona para actuar o no actuar dentro de los límites que le impone la norma constitucional o legal, es ordenada o ejecutada por quienes tienen la obligación pública de preservar el orden que permita una justa y equilibrada convivencia social.

Así, con el propósito de disuadir la comisión de criminalidad que se desarrolla en el seno de los órganos encargados de procurar o administrar justicia de tales conductas, el artículo 215 A del Código Penal Federal consigna la descripción de aquella conducta que vendrá a interesar al derecho penal, cuando un servidor público propicie o mantenga dolosamente el ocultamiento de personas que hubieren sido detenidas bajo cualquier forma posible legal o ilegal.

Pero también en los artículos 215-C y 215-D observamos la presencia de dos sanciones accesorias de naturaleza administrativa que deberá aplicar el juzgador conjuntamente con la principal, al individualizar las que correspondan en cada caso concreto: *La destitución del cargo, comisión o empleo que esté ejerciendo el servidor público que ordene o ejecute la ocultación dolosa de la persona detenida; y la inhabilitación para desempeñar otros, que podrá fijarse entre un mínimo de un año y un máximo de veinte años.*

La diferencia entre los tres delitos reseñados a continuación, es que lo que regula el delito en estudio es la desaparición de la persona, el no saber en donde de encuentran, si están vivas o no, y ninguno de los tipos señalados lo hace, en los tres delitos existe una lesión a diversos bienes jurídicos tutelados por el Estado por ejemplo la libertad deambulatoria, y también por ejemplo en el delito de violación a las garantías, esta se asemeja al delito de desaparición en virtud de que el sujeto activo de dichos delitos solo pueden ser servidores públicos del Estado.

**Secuestro.** Se trata de un delito que atenta contra la libertad deambulatoria, impidiendo la libre determinación en el espacio físico, lo que conlleva una restricción de gran alcance que referente en otros aspectos de la autodeterminación personal.

**Violación de garantías.** El artículo 264 del Código Penal Federal, en su fracción II el cual dice "Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República, a favor de las personas..."<sup>100</sup>

La conducta típica consiste en violar en perjuicio de otro las garantías individuales. Violar las garantías individuales, significa transgredir o vulnerar los derechos humanos garantizados por la constitución política del país. que no sean objeto de una tipificación específica en la ley penal, pues si ello fuera así, se excluiría de la conducta genérica de violar las garantías individuales señalada, como ocurriría por ejemplo con el tipo de la privación ilegal de la libertad (afectante de la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 constitucional) establecido en la fracción I de este artículo 364.

Al efecto, Francisco González de la Vega en su obra "Código Penal comentado", página 492 dice: "En mi concepto la descripción del tipo es inoperante, pues siendo las garantías individuales derechos subjetivos limitadores de la actividad del poder público, su violación por particulares resulta jurídicamente de imposible comisión; el ataque a una garantía es siempre un abuso del poder oficial. Además nótese que la interpretación que pretendiera la real posibilidad del delito, llegaría a un

---

<sup>100</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal comentado, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág. 245 y ss.

extremo absurdo, pues la violación hecha por un particular de cualquier derecho a otro correspondiente, siempre resultaría ataque a sus garantías, y por tanto todo ilícito sería delito."<sup>101</sup>

En cuanto al resultado, el delito se consuma de acuerdo a la naturaleza de la garantía individual, en el momento en que se produzca su transgresión; de acuerdo a esto cabe la tentativa. El nexo causal es el producido entre la conducta efectuada por el inculpado, en congruencia con los elementos establecidos en la fracción II del 364 y el resultado típico debidamente probado en el proceso penal.

El sujeto activo puede ser cualquier persona considerada o que actúe como un particular. El sujeto pasivo cualquier persona en términos del artículo 1º de la Constitución política. Y el bien jurídico tutelado son los derechos humanos.

Tiene aplicación la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo XCV, página 1357, que dice:

**GARANTIAS INDIVIDUALES, LOS PARTICULARES NO COMETEN EL DELITO DE ATAQUES A LAS.** El delito que prevé la fracción II del artículo 364 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, no puede ser cometido por particulares, ya que la violación de garantías, consideradas éstas como derechos del individuo que limitan el ejercicio del poder público, existe únicamente en los actos de la autoridad. Este criterio coincide con el del penalista Francisco González de la Vega, en el "Código Penal comentado y la Reforma de las Leyes Penales en México, edición 1939, México". Además, de estimarse posible la violación de garantías por particulares, dados los términos en que se encuentra redactada la indicada fracción II del mencionado artículo 364, se llegaría a la conclusión de que el precepto contraría abiertamente al artículo 16 de la Constitución Federal, al prever un hecho no determinado como figura de delito, esto es, el precepto es inconstitucional.

De igual forma tiene aplicación la tesis de los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo IV, octubre de 1996, página 589, que dice:

**PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, EN SU MODALIDAD DE VIOLACION DE LAS GARANTIAS, SOLO ES ATRIBUIBLE AL ABUSO DEL PODER ESTATAL Y NO A LOS PARTICULARES.** Es incorrecto considerar que un particular

<sup>101</sup> véase en DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal comentado, Op. cit. Pág. 335 y ss.

pueda violar garantías, como lo precisa la fracción II del artículo 364 del Código Penal para el Distrito Federal, en virtud de que las garantías individuales son derechos subjetivos, oponibles y limitantes del poder público, por lo que es inconcuso que el ataque a cualquiera de ellas proviene siempre de un abuso del poder estatal.

**Privación ilegal de la libertad.** El artículo 364 señala "Al particular que prive a otro de su libertad" La conducta típica consistente en privar de su libertad a una persona. Privar de su libertad a otro equivale a detener, a quitar la libertad deambulatoria, restringir el libre arbitrio de movimiento o bien el encerramiento o aislamiento del pasivo en algún lugar (en una cárcel privada, en un casa, etc), durante cualquier tiempo y de manera que no este autorizado por la ley; sobre esto último el artículo 16 de la constitución del país permite a los particulares detener a una persona en caso de flagrante delito, aunque señalando la obligación de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Considerado el nexo de causalidad como elemento del tipo objetivo en los delitos de resultado, dentro de este marco normativo de la tipicidad debe determinarse si la acción del agente ha causado el resultado de la privación a otro de su libertad. Es decir, la consumación del delito de privación ilegal de la libertad depende de la producción del resultado típico: que fuera de los casos previstos por la ley, se ha detenido a otro en cualquier lugar idóneo para ello. Des esta manera la conducta y el resultado típico no se hayan desvinculados, sin conexión de causalidad, sino han de tener una cierta yuxtaposición recíproca para que el resultado pueda ser imputado a su autor como consecuencia de su acción. Así, el nexo causal es el producido entre la detención ilegal de una persona que alguien ha cometido en congruencia con elementos establecidos en el tipo y el resultado debidamente comprobado en el proceso penal.

El hecho de probar consiste en establecer en qué condiciones una conducta de detención de una persona puede ser causa de la privación ilegal de su libertad, como bien jurídicamente tutelado al pasivo; aquí la causalidad es el antecedente del resultado unida a él por una relación de necesidad, derivada de una norma jurídica cultural, conocida por el agente que provoca la consecuencia aludida como el conocimiento de la naturaleza causal de que encerrar sin derecho a alguien provoca la privación de la libertad de la víctima.

El sujeto activo puede ser cualquier persona considerada o que actúe como particular. El pasivo cualquier persona y el bien jurídico es la libertad de la persona.

En el Capítulo III bis del Código Penal Federal, que regula la Desaparición Forzada de Personas se encamina a tutelar uno de los bienes más preciados del ser humano. Así, si una de las tareas fundamentales del Estado estriba en el aseguramiento de un orden y de una constante coordinación de actividades que garanticen una justa y equilibrada convivencia social, bien se justifica la existencia de penas y medidas de seguridad para sancionar el desvío doloso de la conducta del servidor público que, abusando de las facultades que le han sido dadas, propicia o mantiene dolosamente el ocultamiento de personas que hubieren sido detenidas legal o ilegalmente.

La tipificación del delito de desaparición forzada de personas, tiene por objeto tutelar la libertad externa del gobernado frente a una especie de prisión arbitraria que se manifiesta en el ocultamiento que de su persona realiza dolosamente un servidor público, con independencia de que éste participe directamente o no en la detención legal o ilegal.

El análisis de los elementos que conforman el tipo penal del delito de desaparición forzada de persona conduce a caracterizarlo como de lesa humanidad (ya que son varias lesiones de bienes jurídicos y también se cometen varios delitos) que son aquellos que ofenden a la humanidad, o sea, que se entiende que el sujeto pasivo principalmente es la humanidad, el hombre social, pues hieren, dañan u ofenden la conciencia general de la humanidad, y rompen las condiciones de vida pacífica y civilizada, o sea como una conducta que ofende y lesiona no solamente a las víctimas directas, a sus familiares, sino a toda la especie humana.

1.- Los agentes activos del delito son los individuos representantes del Estado que es el conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano, que lo representa y los cuerpos policíacos y militares en que aquéllos se sustentan (así como los organismos irregulares que éstos prohijan). Aun cuando es cierto que la responsabilidad penal se individualiza a la hora de la aplicación de sanciones, la responsabilidad en este ilícito se deriva de la pertenencia a los órganos que ejercen el poder. Es la impunidad que proporciona el ser parte del aparato estatal lo que permite que se detenga a personas sin forma legal alguna, se les desaparezca, se someta a toda clase de tratos

inhumanos, crueles y degradantes, se les intente privar de su calidad humana y, llegado el caso se les prive de la vida,

Son los gobernantes en turno, quienes haciendo uso del poder que el Estado les otorga, utilizan o hacen uso de las instituciones del mismo para llevar a cabo la realización de conductas ilícitas como si no lo fuera, es para tratar de dar legalidad a una conducta arbitraria.

Hay autores intelectuales, que son quienes planean, financian y ordenan las desapariciones, lo que les acarrea beneficios económicos y políticos. Los autores materiales son de diverso tipo y van desde los secuestradores hasta los torturadores, pasando por los asesores y los que operan administrativamente las cárceles clandestinas.

2.- El pasivo del crimen (se dice del sujeto que recibe la acción del agente, sin cooperar con ella). Es aquel individuo susceptible de sufrir la desaparición forzada es generalmente un militante de alguna organización al que se le puede caracterizar como "subversivo", "transgresor" o "terrorista" que pone en riesgo la estabilidad de las instituciones dominantes. Pero eso no impide a los activos detener y desaparecer a cualquier otra persona que tenga (o ellos creen que tenga) alguna relación con la lucha social. Generalmente son opositores del gobierno que este el poder.

Si bien el elemento predominante en los casos de desaparición ocurridos en nuestro país es el de dirigirse a opositores o disidentes políticos, el tipo no restringe a tal calidad los posibles sujetos pasivos, puesto que la pretensión del mismo es proteger a cualquier persona, independientemente de su posición política, inclusive a los agentes del mismo Estado.

3.- El iter crimen (camino del crimen) es decir, el delito se desplaza o lo largo del tiempo, desde que se apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación, recorre un camino o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento, tiene dos fases que son :

Interna Abarca tres etapas o periodos que son: idea criminosa, deliberación y resolución.

Externa: Comprende desde el instante en el que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. Abarca la manifestación, preparación y ejecución (tentativa o consumación) la consumación es la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del delito

El iter crimen consiste desde es momento en que en la mente del sujeto activo se tiene la idea de desaparacer a alguna persona, después este delibera los pros y los contras de dicha desaparición, resuelve hacerlo y realiza los actos preparatorios para llevar a cabo su fin y así ejecutarlo, ya sea mediante la aprehensión o detención del sujeto pasivo, que pueden ser al amparo de las sombras o a plena luz del día y en medio de testigos), seguido de la remisión a un sitio clandestino de reclusión, donde los registros no son oficiales y los detenidos son aislados por completo del resto del mundo. Se niega información sobre ellos e incluso se niega la detención. Ahí hacen cualquier cosa con ellos, con el fin de sacarles información o de mantenerlos como rehenes Persona retenida por alguien como garantía para obligar a un tercero a cumplir determinadas condiciones. para que sus compañeros de lucha sepan qué atenerse, y se llega a la desaparición.

La desaparición es un delito continuo En los delitos continuos se dan varias acciones y una sola lesión jurídica, es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución, es una unidad de resolución y una pluralidad de acciones, y una unidad en la lesión.

Es un delito permanente, sólo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos; en el "se concibe la acción prolongada en el tiempo, hay continuidad en la conciencia y en la ejecución, persistencia en el propósito, no del mero efecto del delito, sino del estado mismo de la ejecución."<sup>102</sup>

En el artículo 7º del Código Penal Federal se define al delito como continuo y permanente cuando su consumación se prolonga en el tiempo.

Sólo deja de cometerse cuando el detenido es liberado o puesto a disposición de una autoridad para que se le siga un proceso legal.

---

<sup>102</sup> CASTELLANOS TENA. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Op. cit. Pág. 33.

4.- Para que se dé la desaparición forzada, se tiene que contar con una estructura material y con personal de diversas especialidades. Hay médicos y psiquiatras que asesoran a los torturadores para que el dolor que apliquen les ofrezca mejores resultados. Los custodios cobran también como "servidores públicos", lo que implica que están en alguna nómina. Se utilizan vehículos (terrestres y aéreos), armamento y equipo de comunicación, cuyo costo pesa sobre los contribuyentes, pero que muchas veces no forma parte de los bienes públicos.

5.- El absoluto incumplimiento de las normas jurídicas vigentes convierte a la desaparición forzada en una acción brutal, inhumana y prácticamente animal. Implica que los criminales actúan con saña, con dolo y con suma violencia. Por eso lastima a todos los seres humanos y se intenta erradicarla para siempre de la faz de la tierra.

El procedimiento utilizado para desaparecer forzosamente a las personas, violento desde su propio inicio, según lo señalado por Ana Lucrecia MOLINA THEISSEN en su informe sobre La Desaparición Forzada de Personas en América Latina, comprende:

*-la captura, de una manera tal que ni la víctima ni nadie más pueden evitarla;*

*-la reducción del prisionero a un estado inferior que el humano, acentuando su indefensión con grilletes, mordazas y vendas en los ojos; la supresión de la última barrera entre su yo y el mundo, entre su dignidad y sus victimarics, al obligarlo a permanecer desnudo y violarlo sexualmente;*

*-el irrespeto a su identidad social, a su ser social con nombres y apellidos al sustraerlo de la vida y trasladarlo a un mundo clandestino en el que reinan la arbitrariedad y el crimen y para el cual las leyes de la convivencia social y humana parecieran no haber existido jamás y la posible muerte, en condiciones que aseguren la impunidad de los hechosos.<sup>103</sup>*

<sup>103</sup> MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. La Desaparición Forzada de Personas en América Latina KOAGA ROÑETAse.vii (1998) - <http://www.derechos.org/vii/html>, Capítulo IV, Página 9 y ss.



De allí que la desaparición constituye un concurso de delitos contra la vida, la libertad, la seguridad y la integridad física y psicológica de la víctima, a través de los cuales ésta es colocada en una situación de absoluta indefensión por sus captores.<sup>104</sup>

**A) La conducta prevista en el tipo, estructura, alcance y su posible ausencia.**

Se afirma que toda conducta humana es esencialmente finalista; el hombre en su imaginación puede prever ciertos hechos que realiza con el objeto de lograr determinados fines.

En este caso, el servidor público realiza una conducta con la cual abusa de las facultades que le han sido dadas para preservar el orden público, realizando un desvío doloso de la conducta que en tal sentido despliega y que como fin intermedio se anima en el interés de satisfacer un beneficio personal o de causar un daño físico o subjetivo a la víctima o a allegados de ésta y como fin último es suprimir a las personas que estén en contra del régimen jurídico, es suprimir a todo aquel que este en contra de las ideas del gobierno como institución o bien, el gobernado que no tenga los mismos ideales, puede ser un luchador social, un libertador, etcétera, uno de los objetivos es eliminar la oposición de quienes disienten de los detentadores del poder. De este modo, escoge los medios propios para tales fines y en uso de su voluntad, los realiza, provocando un cambio en el mundo externo.

Estas desapariciones frecuentemente son el producto de una grave tendencia a ser eliminadas por razones políticas, económicas, étnicas, religiosas o ideológicas, generalmente las víctimas son dirigentes sindicales, estudiantiles, líderes políticos, o religiosos, a quienes se les acusa de ser los originadores de los conflictos armados, o de haber participado en protestas sociales, huelgas o paros, según sea el caso.

Como lo afirma WELZEL, la esencia de la acción humana se encuentra en la actividad dirigida hacia el objeto, en la finalidad. En otras palabras, el hombre puede anticipar con el

---

<sup>104</sup>GONZÁLEZ GARTLAND, Carlos. Desaparición forzada de personas frente al derecho penal argentino, una propuesta. En: La Desaparición, Crimen contra la Humanidad, Pág. 85.

pensamiento las posibles consecuencias de su actuación causal, dirigiendo en tal sentido su intervención en el mundo exterior; dicha anticipación mental tiene tres momentos:

1) El fin que interesa al agente obtener;

En este caso, los fines que puede seguir el sujeto activo de la conducta delictiva pueden ser de diversa índole, como por ejemplo el interés de satisfacer un beneficio personal o de causar un daño físico o subjetivo a la víctima o a allegados de ésta y suprimir a las personas que estén en contra del régimen jurídico, es suprimir a todo aquel que este en contra de las ideas del gobierno como institución o bien, el gobernado que no tenga los mismos ideales, puede ser un luchador social, un libertador, etc.

2) Los medios que debe utilizar para lograr tal fin,

Las personas son apresadas por miembros de cuerpos de seguridad del Estado quienes por sí, conjuntamente o valiéndose de particulares (brigadas blancas, grupos paramilitares o parapoliciales, "madrinas" etcétera), han sustraído a seres humanos de su entorno normal de vida. La privación de la libertad conlleva, además, el ocultamiento de aquélla; no se da información sobre su paradero a sus familiares, amigos o correligionarios; se niega incluso la propia detención.

Las instituciones del estado son un medio para llevar a cabo la desaparición forzada de personas, porque las instituciones son utilizadas por los gobernantes, por los servidores públicos para cometerla, tratando de legalidad a su acción pero tanto las instituciones como los servidores públicos que realicen esta práctica deben desaparecer.

3) Las consecuencias secundarias resultantes del empleo de los medios mismos.

Esta situación trasciende a los familiares quienes viven indefinidamente en el dolor y la incertidumbre. En medio de la total impunidad, quienes deberían proteger a las personas y observar rigurosamente sus derechos, los violan brutalmente. Al mantener oculta la detención impiden que las personas, sus allegados e incluso que las instituciones públicas encargadas de la tutela de derechos puedan actuar; se elimina cualquier posibilidad de defensa, no hay acusación, no hay juez, no hay procedimiento, no hay sentencia. Simplemente se "desaparece" a la persona.

La teoría finalista postula que la conducta humana en el delito es ilícita no porque se ha realizado la situación que reprueba el derecho, sino porque es la actuación reprobable de una voluntad dirigida a causar tal situación; de este modo, la ilicitud de la acción se encuentra prevalentemente en su propio desvalor. Y el dolo, considerado como parte integrante de la acción, también es calificado como el elemento general subjetivo de la antijuridicidad que se encuentra invariablemente en todos los delitos dolosos.

El dolo es, en el sentido de realización de la voluntad, el elemento esencial del juicio de antijuridicidad, mientras que en el grado precedente a la formación de la voluntad, se vuelve objeto del juicio de culpabilidad.

Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante. La voluntad, implica una finalidad. No se concibe un acto de voluntad que no vaya dirigido a un fin.

En este delito la acción opera cuando por voluntad del servidor público se ordene o ejecute el propiciar o mantener dolosamente el ocultamiento de personas bajo cualquier forma de detención, independientemente que el servidor público participe o no en la detención legal o ilegal. En este caso, el servidor público tiene una finalidad, que como ya lo mencionamos en líneas precedentes, es eliminar la oposición de quienes disienten de los detentadores del poder.

El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. "De ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin. La acción es ejercicio de una actividad final."<sup>105</sup>

"La acción es ejercicio de la actividad final. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las

---

<sup>105</sup> WELZEL, Hans, "El Nuevo sistema del Derecho Penal", una introducción a la doctrina de la acción finalista, Traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low, Editorial B de F Ltda, Montevideo- Buenos Aires, 2002.

consecuencias posibles de su conducta, asignarse por tanto, fines diversos y dirigir su actividad conforme a un plan, a la consecución de esos fines." <sup>106</sup>

Por ende, el ser humano, en la realización de cualquier actividad, orienta invariablemente el suceder causal externo a la obtención de un fin, lo que significa que la acción es un comportamiento dirigido conscientemente en función del fin, cuyo resume como la voluntad consciente del fin.

El tipo penal de desaparición forzada de personas señala que comete este delito el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

En la especie, estamos hablando de un delito, cuyo sujeto activo disfruta, sea por acción o por omisión, del respaldo y recursos del Estado, pues forma parte integrante de los cuerpos policiacos o de seguridad o, en todo caso, si no es así, se apoya en la aquiescencia de las autoridades, lo que le proporciona la suficiente confianza como para considerar que tiene al alcance de la mano la impunidad y en donde el sujeto pasivo se encuentra absolutamente indefenso ante una agresión física y moral de tal magnitud.

Que además con dicha conducta, todas las garantías constitucionales desaparecen en el momento en que violentamente es segregado de su familia y de la sociedad por personas desconocidas sin que sus familiares conozcan el lugar al que será trasladado o los cargos que se le imputan; el derecho de amparo que a todo ciudadano formalmente le corresponde, en tales circunstancias resulta nugatorio, todo el régimen jurídico, todos los derechos humanos y todo el estado de derecho, desaparecen en el momento en que se consuma la desaparición forzada; los familiares de las víctimas lo constatan recurrentemente durante muchísimos y largos años, tocando las puertas de infinidad de oficinas gubernamentales en donde nadie les informa sobre el destino del detenido-desaparecido, perdiendo en muchos casos el derecho a la resignación ante la imposibilidad siquiera de encontrar el cadáver de su ser querido.

---

<sup>106</sup> MEDINA PEÑALOZA, Sergio J. *Teoría del Delito*, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. Op. cit. Pág. 143 y ss.

Finalmente, se señaló que para un mejor alcance y perfeccionamiento del propósito que anima la creación del delito de desaparición forzada de personas, establecer una medida más para evitar dilaciones u obstáculos en la investigación y búsqueda de dichas personas, por lo que se estableció un artículo que responsabiliza y castiga la oposición o negativa a la autoridad competente para tener libre e inmediato acceso al lugar donde haya motivos para creer que se pueda encontrar a una persona desaparecida, por parte del servidor público responsable del mismo, será sancionada con la destitución de su cargo, comisión o empleo, sin perjuicio de la aplicación de las penas de los demás delitos en que pudiera incurrir con motivo de su conducta.

La palabra acción, dice WELZEL, en el sentido más rígido, "indica la actividad finalista del hombre, en este sentido, la acción no es un simple evento causal, sino un resultado o suceso "final", dirigido hacia un fin."<sup>107</sup>

### **ELEMENTOS DE LA ACCIÓN**

La voluntad, es quien rige el acontecer causal externo, como un factor de dirección y lo convierte en una acción dirigida finalmente, que se realiza en dos fases: una interna y otra externa.

**A) FASE INTERNA.-** Es aquella que transcurre en la esfera del pensamiento ya su vez se integra por tres sub etapas:

- 1) Anticipación, fijación o propuesta del fin que el autor quiere realizar.

En esta fase de la acción, el sujeto activo, es decir el servidor público anticipa mentalmente lo que va a realizar, es decir, privar a una persona de su libertad para realizar fines que puede ser de diversa índole, como por ejemplo el interés de satisfacer un beneficio personal o de causar un daño físico o subjetivo a la víctima o a allegados de ésta.

- 2) Selección de los medios necesarios para su realización, refiriendo con ello propiamente a la posibilidad de elección de los medios de acción, donde el fin se encuentra previamente determinado y desde él se lleva a cabo la selección de factores causales necesarios como medios

<sup>107</sup> WELZEL, Hans, "Derecho Penal Alemán", 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

de la acción, mediante un fenómeno de "retroceso", el cual entraña que una vez planteado el fin, la mente retrocede para plantearse los instrumentos para su consecución.

La privación de la libertad conlleva, además, el ocultamiento de aquélla; no se da información sobre su paradero a sus familiares, amigos; se niega incluso la propia detención.

Las personas son apresadas por miembros de cuerpos de seguridad del Estado quienes por sí, conjuntamente o valiéndose de particulares (brigadas blancas, grupos paramilitares o parapoliciales, "madrinas" etcétera), han sustraído a seres humanos de su entorno normal de vida.

3) La consideración de los efectos concomitantes. Implica que los factores causales elegidos como medios por ejemplo, a las instituciones públicas, es decir a los elementos de dichas instituciones las cuales tienen fuerza pública para poder llevar a cabo una detención, o bien también puede ser de que se valga de otros medios, ya que puede desaparecer a la persona utilizando a diversas personas que no pertenezcan a dichas instituciones, pero que el servidor público ordena realicen la desaparición.

Esta situación trasciende a los familiares quienes viven indefinidamente en el dolor y la incertidumbre. En medio de la total impunidad, quienes deberían proteger a las personas y observar rigurosamente sus derechos, los violan brutalmente. Al mantener oculta la detención impiden que las personas, sus allegados e incluso que las instituciones públicas encargadas de la tutela de derechos puedan actuar; se elimina cualquier posibilidad de defensa, no hay acusación, no hay juez, no hay procedimiento, no hay sentencia. Simplemente se "desaparece" a la persona.

**B) FASE EXTERNA.-** Una vez propuesto el fin, seleccionados los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes, el autor procede a su realización en el mundo externo; pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal, dominado por la finalidad, y procura alcanzar la meta propuesta.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que esta sea realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante desde el

punto de vista penal y no lo sean los efectos concomitantes, o los medios seleccionados para realizarlo. Cuando se dice que la acción final es la base del derecho penal, no se quiere decir que solo sea el fin de esa acción lo único que interesa al derecho penal, pues este puede estar igualmente interesado en los medios elegidos para conseguir el fin, o en los efectos concomitantes a la realización de ese fin.

Es la parte objetiva de la conducta final, donde el autor pone en marcha los medios de acción anteriormente elegidos (factores causales) cuyo resultado es el fin, junto con los efectos concomitantes, conformando el comportamiento a realizar. Por tanto, en esta segunda fase el sujeto lleva a cabo su acción en el mundo real, de modo que por si por cualquier motivo ésta no se produce, la acción final correspondiente queda sólo intentada. La fase objetiva del actuar es un proceso causal en realidad, puesto que puede darse el caso que se ejecute una conducta penalmente relevante que traiga aparejadas consecuencias, pero derive de una acción no querida, en cuya hipótesis el aspecto objetivo es producido de un modo causal (ciego) por la acción final.

Una acción sólo puede considerarse finalista, en relación a los resultados que se haya propuesto voluntariamente el sujeto y de sus efectos concomitantes; y respecto de otros resultados no propuestos, al no quedar dentro de posibles consecuencias concomitantes o secundarias, estaremos en presencia de resultado meramente causal.

En cuanto a la acción dolosa, el sujeto al actuar lo hace con un propósito, se ha demostrado que el hombre piensa y luego actúa en consecuencia a su pensamiento.

En cuanto a la omisión en el delito de que estamos hablando, en el artículo 215-D, del Código Penal Federal se castiga con la destitución del cargo, comisión o empleo, al servidor público que se oponga o niegue a la autoridad competente el libre e inmediato acceso al lugar en donde haya motivos para creer que pueda encontrarse una persona desaparecida; lo anterior, sin perjuicio de las demás penas que puedan aplicársele por otros delitos en que pudiera incurrir con motivo de la conducta ilícita que en ese sentido se hubiere desplegado.

Para el finalismo el fin perseguido en la omisión, como el fin propuesto en la acción, deben estar dominados por la voluntad del agente, así el dominio potencial del sujeto basta para convertir una inactividad en omisión. "Un problema fundamental en el tema de la omisión, tanto en el sistema causalista como en el finalista lo plantea el nexo causal, así en la omisión simple se habla de nexo jurídico; en los delitos de comisión por omisión en que se da un resultado material el nexo causal se plantea en la posibilidad de que el resultado no se hubiera producido si el sujeto realiza la acción ordenada por la ley, teniendo el deber jurídico de obrar; de esta manera el sujeto obligado por la norma tiene la llamada posición de "garante", es decir, tiene el deber de evitar el resultado, posición que se desprende de la ley cuando ésta señala al sujeto determinados deberes cuyo cumplimiento derivan de su cargo, profesión, empleo, lazos familiares, etc., como sería el caso del guardavía que omite el cambio de vía para el paso de un tren y se produce un accidente con víctimas y daños."<sup>108</sup>

Encontramos un "deber jurídico" impuesto por la norma y una obligación específica de quien debe cumplir con ese "deber jurídico" (posición de garante).

En este caso de desaparición forzada de persona, la omisión se puede presentar, toda vez que los servidores públicos, que son los sujetos activos del delito, aquellos que tienen fuerza pública, tienen el deber de cuidado que se contempla en sus respectivas leyes orgánicas, es decir, su obligación es garantizar que los sujetos gocen de las garantías que le otorga nuestra constitución, no lo hacen debidamente, ya que si tienen conocimiento de alguna desaparición su deber es procurar por la libertad del sujeto pasivo.

En la teoría finalista de la acción se debe distinguir un resultado producido por la relación causal, entre la conducta humana y ese resultado, como expresión naturalista, podríamos decir, "causalista"; en cambio, el resultado como producto de una acción finalista, "se basa sobre la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias del engranaje de la intervención causal, y merced a ello dirigirla de acuerdo a un plan, a la consecución del fin, es la voluntad consciente del fin, que rige el acontecer causal, la columna vertebral de la acción final."<sup>109</sup>

<sup>108</sup> Citado por ORELLANA WIARCO, Teoría del Delito, Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. Op. cit. Pág. 87.

<sup>109</sup> WELZEL, Hans. "Derecho penal alemán", Op. cit., Pág. 54.



En el finalismo la acción (u omisión) va a dejar de ser "objetiva" y pasa a ser un concepto objetivo y subjetivo, objetivo en cuanto que la voluntad se va a manifestar por el movimiento corporal, o por su ausencia (acción u omisión), y subjetivo porque la voluntad la va a proyectar en forma dolosa o culposa. En Este caso, se adecua el Artículo 215-A del Código Penal Federal que señala: *"Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención."*

Toda vez que el derecho penal solo se ocupa de acciones voluntarias, no habrá acción penalmente relevante cuando falte la voluntad, es decir, la ausencia de conducta: Sucede en tres grupos de casos:

- a) La fuerza irresistible.
- b) Movimientos reflejos.
- c) Estados de inconciencia

En este caso de desaparición forzada de personas claramente se observa que no se presentaría una ausencia de acción por parte del sujeto activo para llegar a realizar la conducta en que los casos de ausencia de conducta, como lo son los movimientos reflejos; los estados de inconciencia (sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, la hipnosis), no se presentan, ya que para que se configure el delito que prevé el artículo 215 del Código Penal Federal, se requiere que exista una conducta dolosa por parte del sujeto activo, entonces si la conducta debe ser con dolo, entonces no se puede presentar una ausencia de conducta.

Cabe señalar que en los casos de ausencia de conducta por fuerza irresistible, se puede presentar que el sujeto activo del delito en estudio no pueda resistir dicha fuerza, ya que le pueden ordenar realizar la acción, siendo que en caso de que no lo realice, puede sufrir algún daño su vida o bien la de un ser querido, en este caso no se estaría presentando la conducta como tal, ya que faltaría la voluntad del sujeto, que en este caso con se estaría presentando.

En este caso, es decir, en la desaparición forzada de personas, el tipo penal prevé que comete dicho ilícito aquel servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención, por lo que si la ausencia de acción se presenta cuando las fases de las misma no se efectúan, es decir no se presentan, es decir, cuando el sujeto no se ha planteado la realización de un fin, no ha seleccionado los medios para lograrlo, o no ha considerado los efectos concomitantes (fase interna); considero que en este delito no se presenta ninguno de estos casos, ya que específicamente el tipo penal señala que comete dicho ilícito aquel servidor público que aún cuando no haya participado en la detención ilegal, es decir, no importa si se planteo o no el fin de desaparecer a la persona, y que no eligió el mismo los medios para realizar dicha desaparición, y más aún, sin prever los resultados concomitantes, pero mas sin embargo realiza acciones que propicien o bien mantengan dolosamente el ocultamiento de la persona o personas; o bien, al realizar la conducta se producen efectos que no son los planeados, ni sus efectos concomitantes pertenecen a la acción propuesta, sino que el resultado se produce en virtud de un mero proceso causal, al realizar dicha conducta de desaparición forzada, se pueden presentar que los fines que el sujeto activo perseguía se desvirtúan, es decir se presentan diversos efectos, en decir por ejemplo, puede ser que la persona que es privada de su libertad pueda llegar a morir y la intención del agente activo solo era "desaparecerla".

#### **B) El tipo penal objetivo y subjetivo del artículo en estudio.**

De acuerdo con ello, en el tipo penal de desaparición forzada de personas encontramos una estructura compuesta de:

**1.- Elemento material**, este se refiere a que se debe realizar un acto material que el tipo prevé que es llevar a cabo la aprehensión o detención de una o varias personas, ya que para que pueda existir la desaparición primero se debe detener a la misma.

**2.- Elementos objetivos**, que pueden ser: descriptivos, detectables por los sentidos y, normativos, en los que se requiere de un juicio de valor. Como por ejemplo lo son:

### I. El sujeto activo (autoría y participación);

En este caso Artículo 215-A del Código Penal Federal señala: "Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que tenga fuerza pública que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención" es decir el sujeto activo del delito de desaparición forzada de personas siempre va a ser un servidor público con independencia que haya participado o no en la detención, ya que puede ser por autoría o participación.

Estamos hablando de un delito cuyo sujeto activo disfruta sea por acción o por omisión, del respaldo y de recursos del estado, pues forma parte de los cuerpos policiacos o de seguridad o, en todo caso, si no es así se apoya en la aquiescencia de las autoridades, lo que le proporciona la suficiente confianza como para considerar que tiene al alcance de la mano la impunidad.

La participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que se requiera de dicha pluralidad, en este tipo de delito, debido a su naturaleza, puede ser realizado por el autor o bien mediante la participación de más individuos.

Hay autores intelectuales, que son quienes planean es decir, elaboran anticipadamente la desaparición para dirigirla y encauzarla, financian y ordenan las desapariciones, lo que les puede acarrear beneficios económicos y políticos.

Los autores materiales son de diverso tipo y van desde los que aprehenden o detienen al sujeto activo, pasando por los asesores y los que operan administrativamente las cárceles clandestinas.

Los autores mediatos son aquellos que ejecutan un delito mediante una persona que sirve de instrumento material para su comisión. En este delito en estudio, la autoría mediata se presenta cuando el sujeto que realiza la acción de desaparecer a una persona no tiene conocimiento de que su actuar es ilícito, por lo que es inimputable, culpable culposo ya que realiza el hecho bajo la falsa

creencia de que lo que esta realizado es legal. El presupuesto es que el sujeto realice la acción bajo un engaño, en un error invencible, en este caso se puede presentar, por ejemplo, que se le ordene al sujeto activo por su superior jerárquico que se lleve a cabo la aprehensión de una persona toda vez que la misma tiene girada en su contra una orden de aprehensión decretada por un juez, y el activo cumpla con la orden sin saber que dicha orden de aprehensión no existe, y por lo tanto esta incurriendo en un delito, ya que después de que este presente su informe de detención, dicho documento desaparezca junto con la persona que aprehendió

#### 2. El sujeto pasivo;

En este caso el sujeto pasivo puede ser cualquier persona el cual se encuentra absolutamente indefenso ante una agresión física o moral, ya que se trata de un acto arbitrario que aparta a la víctima del marco jurídico vigente en la sociedad en que vive privándolo de la protección y garantías más elementales.

#### 3. El bien jurídico tutelado;

El bien jurídico tutelado en este caso es la libertad personal, la libertad física personal o deambulatoria, como se le denomina comúnmente; se tutela la libertad externa del gobernado frente a una especie de prisión arbitraria que se manifiesta en el ocultamiento que de una persona realiza dolosamente un servidor público, con independencia de que este participe directamente o no en la detención legal o ilegal.

#### 4. La acción u omisión;

En este caso, el servidor público realiza una conducta con la cual abusa de las facultades que le han sido dadas para preservar el orden público, realizando un desvío doloso de la conducta que en tal sentido despliega y que como fin intermedio se anima en el interés de satisfacer un beneficio personal o de causar un daño físico o subjetivo a la víctima o a allegados de ésta y como fin último es suprimir a las personas que estén en contra del régimen jurídico, es suprimir a todo aquel que este en contra de las ideas del gobierno como institución o bien, el gobernado que no

tenga los mismos ideales, puede ser un luchador social, un libertador, etc. De este modo, escoge los medios propios para tales fines y en uso de su voluntad, los realiza, provocando un cambio en el mundo externo.

En el artículo 215-D, del Código Penal Federal se castiga con la destitución del cargo, comisión o empleo, al servidor público que se oponga o niegue a la autoridad competente el libre e inmediato acceso al lugar en donde haya motivos para creer que pueda encontrarse una persona desaparecida; lo anterior, sin perjuicio de las demás penas que puedan aplicársele por otros delitos en que pudiera incurrir con motivo de la conducta ilícita que en ese sentido se hubiere desplegado.

#### 5. El resultado típico en los delitos de resultado;

La desaparición forzada constituye la más grave, particular y trascendente violación de la libertad. Esta práctica se ha llevado a cabo durante las últimas tres décadas y ha sido ejecutada por diversos cuerpos policiacos y de seguridad del Estado, tanto a nivel local como federal; se ha dado de manera sistemática y bajo las condiciones de impunidad en el ejercicio arbitrario de la autoridad.

Por ser un delito de resultado material ya que para su integración se requiere de la producción de un resultado material, que es este caso es desaparecer a un individuo, y permanente, se consuma en el momento mismo en que se detiene legal o ilegalmente a la víctima y dura en todo momento en que se prolongue, o sea a partir de que se impone a ésta el impedimento físico de su libertad de tránsito en algún lugar, continuándose su consumación por todo el tiempo de la desaparición forzada.

El carácter permanente de la conducta ( porque su consumación se prolonga en el tiempo) hace posible también que en tanto persista el ocultamiento del paradero de la persona se está ante acciones u omisiones presentes y, por tanto, susceptibles de configurar el tipo delictivo, independientemente de la temporalidad de su inicio permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. El delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.

Es una conducta de carácter permanente porque durante un lapso de tiempo la misma se va consumando y es hasta la consumación en su totalidad ya sea que se le encuentre vivo o bien, muerto, se considera que hay una consumación del hecho.

#### 6. Los elementos normativos;

Los elementos normativos de la desaparición forzada de personas los encontramos en los artículos 215 A, 215 B, 215 c y 215 D, todos ellos del Código Penal Federal de los cuales se desprende lo siguiente:

#### 7. Las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidas en el tipo.

El artículo 215-B, del Código Penal Federal se determina los mínimos y máximos de las penas imponibles a quien cometa ese delito. En principio fija una pena de cinco a cuarenta años de prisión; pena que se reduce marcadamente *-de ocho meses a cuatro años de prisión-* si la víctima fuere liberada espontáneamente dentro de los tres días siguientes a su detención; si la liberación se produce dentro de los diez días siguientes, la pena aplicable será de dos a ocho años de prisión. Estas penas podrán ser disminuidas hasta en una tercera parte en beneficio de aquel que hubiere participado en la comisión del delito, cuando suministre información que permita esclarecer los hechos; y hasta en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima.

**3.- Elementos subjetivos.** Estos atienden a condiciones de la finalidad de la acción (u omisión), o sea al dolo, y en ocasiones al ánimo o tendencia del sujeto activo. Para la teoría finalista, dentro de los elementos subjetivos del tipo se encuentra el dolo y la culpa, según el caso y por lo tanto los elementos subjetivos son:

#### a) Dolo o culpa.

El artículo 215 A se tipifica como delito la desaparición forzada de personas, que ordene o ejecute un servidor público al propiciar o mantener dolosamente el ocultamiento de aquéllas bajo cualquier forma de detención.

Toda vez que la desaparición es un delito doloso, la culpa sólo se presenta cuando se realice la desaparición con desconocimiento de que se está perpetrando la misma, en este caso se presentaría la culpa en el caso en la persona que el autor mediato usó como instrumento para realizar dicha conducta.

**b) Elementos subjetivos del autor diferentes del dolo, tales como propósitos, intenciones, ánimos.**

**Dolo de tipo**

El dolo se entiende como finalidad tipificada, que implica el conocimiento de la realización de los elementos objetivos del tipo penal y la voluntad, que según su intensidad, da origen al dolo directo y eventual. Es la voluntad de dirección final orientada a la realización del tipo; es decir, significa conocer y querer la realización típica, que exige como condiciones: el conocimiento de las circunstancias del hecho, la previsión del resultado y la previsión del curso de la acción (conexión causal).

El dolo "constituye el núcleo del injusto personal de la acción en los hechos dolosos, siendo el elemento subjetivo general del tipo que determina el curso, dirección y meta de la acción, lo que supone la existencia de dos dimensiones que lo conforman."<sup>110</sup>:

a) Dimensión intelectual. Requiere la conciencia de lo que se quiere; esto es, el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas de hecho del tipo penal, sean positivas o negativas, por lo que no abarca la conciencia de la antijuricidad (conocimiento del tipo).

b) Dimensión volitiva. Entraña la voluntad (querer) de realizar los elementos objetivos del tipo (resolución al hecho), donde el autor se asigna una posibilidad de influir sobre el acontecer real.

**La culpa en el injusto**

<sup>110</sup> MEDINA PEÑALOZA, Sergio J. *Teoría del Delito*, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. Op. cit. Pág 66.

La culpa como elemento subjetivo del tipo implica que la voluntad de realización no se dirige al resultado típico realizado, es decir, no se extiende a aquellos resultados posibles, con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan, en atención a que, aquél que actúa confiando en que no se producirán resultados relevantes penalmente, no puede decirse que quiera realizarlos, si menos aún los ha pensado.

La culpa solo se puede presentar cuando se actúa con desconocimiento (por ejemplo, el instrumento del autor mediato) en el delito en estudio se presenta bajo el presupuesto de que el agente tenga el deber de cuidado conforme a la ley o código que regula su funcionamiento

### **C) La tipicidad y las causas de atipicidad. Sus consecuencias.**

Nuestro régimen jurídico positivo contempla y sanciona el tipo penal de desaparición forzada de personas en los artículos 215-A, al 215-D; preceptos que integran el capítulo III Bis, del Título Décimo, Libro Segundo, del Código Penal Federal, y cuya vigencia se inició a partir del día 1° de junio de 2001. Se trata de una conducta arbitraria que un servidor público, abusando de las facultades que le han sido dadas, despliega al propiciar o mantener dolosamente el ocultamiento de personas bajo cualquier forma de detención; descripción típica que, por la importancia del bien jurídico que tutela --*la libertad personal de obrar y de moverse*-- y el quebrantamiento ilegítimo que del mismo se produce, está incluida dentro del catálogo de los delitos graves que establece el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Así, si una de las tareas fundamentales del Estado estriba en el aseguramiento de un orden y de una constante coordinación de actividades que garanticen una justa y equilibrada convivencia social, bien se justifica la existencia de penas y medidas de seguridad para sancionar el desvío doloso de la conducta del servidor público que, abusando de las facultades que le han sido dadas, propicia o mantiene dolosamente el ocultamiento de personas que hubieren sido detenidas legal o ilegalmente.

La tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de



la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*.

En el artículo 215-A del Código Penal Federal, encontramos que se tutela la libertad externa del gobernado frente a una especie de prisión arbitraria, que se manifiesta en el ocultamiento que de aquél propicia o mantiene dolosamente un servidor público, con independencia de que éste participe o no en la detención y ésta sea legal o ilegal. En la especie, se trata de una cuestión de seguridad jurídica en la que se busca preservar la libertad física del gobernado de las prisiones arbitrarias, en que impunemente se oculta a una persona sin previa información y sin orden por escrito de la autoridad competente *-cuando se trata de una detención ilegal-*, o en las que se le mantiene oculto sin notificarle en forma *-a la víctima, ni a sus allegados-* sobre el estado legal de su situación, aun cuando la detención derive de una orden escrita de autoridad competente.

Ninguna conducta puede ser considerada delictiva si no se encuentra tipificada en la ley sustantiva; principio penal de legalidad que no se limita a la previsión del delito sino a la exigencia también de que la ley consigne la sanción que debe ser impuesta a quien realice aquella conducta. En ese dogma penal *-consagrado en el tercer párrafo del artículo 14 constitucional-* descansa la tipificación de la conducta de desaparición forzada de personas, cuyo propósito fundamental estriba en la regulación de una conducta que se consuma en el momento mismo en que se inicia o se tenga conocimiento de la dolosa ocultación *-voluntaria y consciente, por ello-* de una persona, que previamente hubiere sido detenida bajo cualquier forma, por parte de un servidor público, durante un lapso de tiempo suficiente que haga probable el hecho punible.

Se trata de una conducta compleja que sí merece la reacción pública del Estado, habida cuenta que se traduce en un abuso de poder inherente al ejercicio de una función pública, cualquiera que ésta sea. Observamos en su estructura gramatical, una semejanza evidente con el sentido y alcance de la descripción típica de la conducta que el Código Penal Federal consigna en la fracción VI del artículo 215; numeral que tipifica el delito de abuso de autoridad y reprocha la dolosa ocultación de la privación ilegal de la libertad, que el servidor público *-encargado de los establecimientos, instituciones y reclusorios, a que se refiere la fracción aludida-* consuma al recibir a

una persona detenida sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente o niegue que se encuentra detenida si lo estuviere.

Las causas de atipicidad en la teoría finalista se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos o subjetivos exigidos por el tipo. Así serán causas de atipicidad las siguientes:

a) Por ausencia de algún elemento objetivo, sea por:

1. Falta del número o calidad del sujeto activo.

En este caso de atipicidad se presentará cuando el sujeto activo del delito de desaparición forzada de personas sea una persona común y corriente que no sea un servidor público, toda vez que el tipo penal establece que comete el delito de desaparición forzada de personas el servidor público... es decir tiene que tener la calidad de ser un servidor público del estado, entonces si quien desaparece a una persona forzosamente es un ciudadano común, no se configuraría el delito señalado.

2. Falta del número o calidad del sujeto pasivo.

En este caso, el sujeto pasivo puede ser cualquier persona humana, sin importar su raza, credo religión o bien a lo que se dedique.

3. Falta del bien jurídico tutelado.

Este caso solo se presentaría cuando la garantía individual de libertad de los gobernados no fuera tutelada por la carta magna de nuestro país, cuando no existiere la libertad física, personal o de movimiento, y la vida.

4. Falta de la acción u omisión.

5. Falta del resultado típico en los delitos que exigen, resultado.

6. Falta de los elementos normativos.

7. Falta de las circunstancias objetivas de agravación o atenuación contenidos en el tipo.

b) Por ausencia de alguno de los elementos subjetivos, sea por:

1. Falta del dolo o de la culpa.

En este caso, la desaparición forzada de personas solo señala que comete dicho delito quien dolosamente desaparezca a una persona o se niegue a dar dato alguno sobre su paradero, entonces, si falta el dolo, no se presentaría dicha conducta ilícita.

2. Falta de otros elementos subjetivos distintos del dolo (falta de la tendencia, ánimo, etcétera).

El error de tipo. El error de tipo, debido al desconocimiento o el error sobre la existencia de los elementos objetivos del tipo de injusto, excluyen la tipicidad dolosa; ahora bien, si el error es vencible, es decir, si el sujeto con la previsión o cuidado que se puede exigir a la generalidad, debió superar ese error, queda subsistente la culpa, mas no el dolo." <sup>111</sup>

Se puede presentar el error de tipo en la desaparición forzada de personas cuando el sujeto activo no conoce los elementos objetivos del tipo del injusto que se reseñaron con anterioridad en el presente estudio.

**El error de tipo** es aquel sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal, que excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo) La teoría del error se halla conectada en forma inmediata a la teoría 'del dolo, ya que el error de tipo no es más que la negación del contenido de representación requerido para el dolo: el autor no conoce los elementos típicos y por ello debe excluirse el delito, si el autor no ha comprendido perfectamente la base fáctica del concepto jurídico del tipo.

Cabe el error (invencible) de tipo, si tal detención se hace o se omite hacerla cesar ignorando realmente si el hecho constituye una detención ilegal, la cual se realiza en forma de broma o juego, lo que se traduce en el desconocimiento de una circunstancia perteneciente al tipo de desaparición forzada, por lo cual al no existir el contenido de representación requerido para el dolo por el artículo 9º en caso de provocar el agente una detención ilegal del pasivo en esas condiciones, su conducta estaría amparada por la circunstancia excluyente de responsabilidad establecida en el inciso a) de la fracción VIII del artículo 15 ( realizar la acción bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal) Podría

<sup>111</sup> ORELLANA WIARCO, Teoría del Delito, Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. Op. cit. Pág. 54.

darse también el error de prohibición, si el agente incurre en una equivocación invencible sobre la antijuricidad de su conducta de poder detener a una persona, por estimar que tal acción no se halla prohibida por nuestro derecho penal y mas aun cuando piensa que dicha detención corresponde a los casos previstos por la ley.

El finalismo no exige que el sujeto activo conozca los elementos objetivos del tipo en forma técnica y precisa, basta el error o desconocimiento de su existencia, para excluir el dolo, y si este error es vencible, da lugar aun delito culposo. No se exige un conocimiento técnico, sino una "valoración de que su conducta está en contra del derecho".

**d) La antijuricidad. Desvalor de acción y desvalor de resultado. Las causas de licitud que proceden.**

El sistema finalista señala que el derecho pretende establecer un orden valioso para la vida social y en la realización antijurídica del tipo se encuentra la conducta que lo contraría: la antijuricidad es, un juicio negativo de valor, es decir, un juicio de desvalor, derivado de la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

La desaparición forzada de personas es una conducta que repugna a la sociedad por la manera arbitraria con que en ocasiones suelen conducirse algunas autoridades, que abusando de su cargo detienen y ocultan a personas, violando los más elementales derechos humanos, por lo que al tipificar esta conducta como un delito por una parte se pretende inhibir el que sigan presentándose estos casos aberrantes, y por otra, sancionar al infractor para evitar la impunidad de quienes cometen este ilícito que ahora quedaría encuadrado en un tipo específico de conducta antijurídica, denominado "desaparición forzada de personas".

Especialmente cuando la restricción a esa capacidad consustancial a la persona para actuar o no actuar, dentro de los límites que le impone la norma constitucional o legal, es ordenada o ejecutada por quienes tienen la obligación pública de preservar el orden que permita una justa y equilibrada convivencia social.

Tiene por objeto tutelar la libertad externa del gobernado frente a una especie de prisión arbitraria que se manifiesta en el ocultamiento que de su persona realiza dolosamente un servidor público, con independencia de que éste participe directamente o no en la detención legal o ilegal. Con el propósito de disuadir la comisión de tales conductas, y por la importancia del bien jurídico que se lesiona, fue pertinente incluirla dentro del catálogo de los delitos graves que contempla el artículo 194 del Código Penal Federal de Procedimientos Penales.

Este capítulo se integra con los artículos 215-A, 215-B, 215-C y 215-D. En el primero de ellos se tipifica como delito la desaparición forzada de personas, que ordene o ejecute un servidor público, al propiciar o mantener dolosamente el ocultamiento de aquéllas, bajo cualquier forma de detención.

La teoría finalista de la acción estima que la antijuricidad reside en el juicio de desvalor consistente en la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto; *pero la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito; sino que también debe incluirse en el juicio de desvalor la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado.*

La antijuricidad es la contradicción, no de una conducta, sino de su realización: efectiva o real prevista por un tipo, con el ordenamiento jurídico en su conjunto y, por ende, no sólo con una norma aislada.

Cuando se actualiza una conducta descrita conceptualmente en el tipo, ésta entra en contradicción con la exigencia de la norma, generando un estado de antijuricidad o antinormatividad vinculado estrechamente con el tipo legal. En ese orden de ideas, se entiende por antijuricidad formal la relación de contradicción en la realización típica y el ordenamiento penal, mientras que es antijuricidad material, la referida al contenido de la acción, que se traduce en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, términos que lejos de ser opuestos se complementan. Antijuricidad es la contradicción de una acción con la norma jurídica e injusto es la propia acción valorada antijurídicamente. La naturaleza del concepto finalista de la antijuricidad, como un juicio de desvalor, se fundamenta en dos aspectos que repercuten notablemente (en los alcances de la

noción clásica: los elementos subjetivos del injusto y el desvalor del acto a la par del desvalor del resultado.

### **Los elementos subjetivos de la antijuridicidad.**

La dogmática penal analiza la noción de antijuridicidad precisando que el dolo es un elemento esencial del concepto de injusto, ya que en muchos tipos es imposible concebirlo de un modo puramente objetivo, pues también está constituido por elementos anímico subjetivos, de manera que la acción típica no puede ser comprendida sin la tendencia subjetiva de la voluntad que determina el acontecer externo.

Los elementos subjetivos del injusto caracterizan de modo más preciso la voluntad de la acción que el autor dirige a la lesión del bien jurídico. Estos componentes se consideran como parte del delito, ya que son objeto de valoración del juicio de antijuridicidad, tanto momentos externos como internos del hecho.

La materia de la prohibición o tipo penal es tan variado como formas prohibidas de conducta hay en el Derecho Penal, en tanto que la antijuridicidad (contradicción entre la materia de prohibición y el ordenamiento jurídico) es una y la misma en todo derecho, donde el dolo, como voluntad de la acción dirigida contra el mandato de la norma, constituye el elemento central de lo injusto personal de la acción.

### **Desvalor del resultado**

El desvalor del resultado consiste en el daño social que por causa del hecho sufre el lesionado y la comunidad, mismo que el mandato de la norma está llamado a impedir. Este aspecto se traduce en la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido, el cual se convierte en injusto "de resultado" al ser recogido en los tipos legales.

La práctica de las desapariciones tiene efectos destructivos no sólo en la víctima directa, sino también en su familia y aún más en el conjunto de la sociedad, el que ha sido profundamente

afectado. La desaparición, definida desde este punto de vista, como tortura psicológica, tiene como objetivo el aniquilamiento psicológico del sujeto para conseguir la colaboración con su enemigo. "Los captores agreden la identidad de la víctima, logrando así efectos despersonalizantes y de impotencia hacia sus secuestradores, mediante procedimientos tales como despojar a la víctima de su propia ropa, el aislamiento y la incomunicación, la sustitución del nombre por un número o apelativo despectivo."<sup>112</sup>

La desaparición de un ser querido también significa tortura psicológica para su familia. Esta crea, como efecto inmediato, una situación de angustia sostenida causante de profundas transformaciones en la vida y la psique de los afectados.

Algunas de esas transformaciones para los familiares de las personas desaparecidas son:

*Relaciones sociales:* Muchas personas deciden no comentar el hecho a las autoridades o a las personas cercanas, por miedo a que otra persona de su familia desaparezca.

*Relaciones económicas:* En general, el secuestro es acompañado de saqueos o robos, lo que afecta no sólo por la violación de la propiedad, sino porque legalmente, los familiares poco pueden hacer para aclarar el hecho."<sup>113</sup>

Al no ser muerte, la desaparición crea una zona de ambigüedad desestructuradora de la identidad de cada uno de los miembros y del grupo familiar en sí, al no poderse resolver objetivamente las contradicciones de presencia-ausencia y existencia-no existencia.

Todo el dolor es vivido por el aislamiento social provocado por el silencio. Hay una negación constante al problema, toda la realidad se elabora a partir de lo que no se quiere ver. El acatamiento al silencio también se da a nivel familiar, se ocultan objetos o se omite en cualquier momento hacer

---

<sup>112</sup> KORDON, Diana, Edelman Lucila. Efectos psicológicos de la represión política. Buenos Aires, Editorial Sudamericana Planeta 1988.

<sup>113</sup> DROEVEN Juana: Volumen 3, Sistemas familiares, efectos de la violencia represiva: Familias con miembros desaparecidos. Concilium 1993: hunt, Mary E. Muertos pero no desaparecidos.

comentarios relacionados con el desaparecido. A nivel macro, la sociedad elaboró nuevas reglas enigmáticas, llegando así a una nueva situación de completa irracionalidad.

Desde el punto de vista psicológico, el principal problema que enfrentan los familiares de los desaparecidos se relaciona con la elaboración de la pérdida, ya que no existe una certeza en torno a la muerte del ser ausente. "En muchas ocasiones el desconocimiento de las razones que llevaron a la desaparición, dificulta la elaboración del duelo en los familiares, haciendo que el proceso psíquico se desarrolle de forma muy lenta y dificultosa, en razón de que debe realizarse sin la presencia de los elementos habituales del duelo: acceso al conocimiento de las circunstancias de la muerte, desconocimiento del paradero del cadáver y en consecuencia, imposibilidad de desarrollar prácticas rituales como la velación y el funeral a través de las que se elabora la respuesta social solidaria."<sup>114</sup>

La situación de duelo no sólo afecta a los familiares de los desaparecidos sino a toda una sociedad. El hecho de que la mayoría de los casos de desaparición quedan en la impunidad, crean en sus familiares sentimientos de miedo, temor, rabia y venganza hacia una sociedad, la cual los ha dejado sin apoyo y en la completa soledad.

La falta de sensibilidad es el problema que más influye en nuestra sociedad, impidiendo elaborar duelo colectivo, necesario para preservar la vida. La sociedad olvida rápidamente los actos violentos, especialmente la desaparición, porque un acto de carácter " clandestino ", se convierte para el ciudadano, sin ninguna preocupación por cambiarla.<sup>115</sup>

"El profundo daño psicosocial se genera a partir de que el poder es el ejecutor de las desapariciones, lo que provoca en todos los individuos sentimientos de indefensión, impotencia y miedo ante la posibilidad real de ser víctimas también. A través de la reiteración del método, lo que significa el más absoluto irrespeto a las leyes de convivencia social y humana, se puede observar un

<sup>114</sup> BOTERO, BEDOYA R. "En busca de los desaparecidos: Análisis político-criminal. Defensoría del pueblo. Textos de divulgación. Pág. 124 y ss.

<sup>115</sup> Efectos psicológicos de la represión política. Editorial Sudamericana Planeta, Buenos Aires, 1987, Pág. 78, 88 y ss.



proceso creciente de pérdida de la confianza en las instituciones y en las leyes y la eliminación de los valores humanos de convivencia".<sup>116</sup>

En consecuencia, "el desaparecido es una persona sometida a una privación sensorial y motriz generalizada (manos atadas, ojos vendados, prohibición de hablar, limitación de todos los movimientos), en condiciones de alimentación e higiene inhumanas, sin contacto con el mundo exterior, que no sabe dónde está aunque a veces pueda adivinarlo, y que sabe que afuera no saben dónde está él, con absoluta incertidumbre sobre su futuro. 'Nadie sabe que estás acá', 'Vos estás desaparecido', 'Vos no existís, no estás ni con los vivos ni con los muertos.'" <sup>117</sup>

El no saber el destino y estado del ser querido, provoca en los familiares fantasías angustiantes sobre las torturas que probablemente esté sufriendo, creadoras, a su vez, de temores sobre la propia integridad que son terreno adecuado para generar enfermedades y muerte; deseos de liberar al desaparecido e los tormentos; ilusiones de reencuentro expresadas en situaciones concretas en que parece verlo entre la gente.

El acatamiento del silencio también se da en el nivel familiar. Es de esa forma que a los niños se les "informa" que su padre, su tío o su hermano mayor están de viaje. Las fotos del ser querido son ocultadas donde no se quiere hablar más de él y de lo que sucedió; los familiares más cercanos son prácticamente abandonados por el resto, que teme sufrir el "contagio" y ser desaparecidos.

Además, por ser la desaparición un fenómeno sin lógica posible, generalmente se desarrollan sentimientos de culpabilidad entre aquellos con mayor identificación afectiva hacia la víctima, que hacen aún más difícil soportar el ciclo nunca cerrado de dolor. La culpa surge, por ejemplo, de suponer que de la actitud adoptada frente al secuestro hubiera dependido que no se llevaran a la víctima. También, dentro de la patología, se llega a hacer depender los hechos de posibles sentimientos de hostilidad hacia la víctima. Expresiones como "si no les hubiera abierto la

---

<sup>116</sup> PELENTO, María L.; DUNAYEVICH, Julia B. de. La desaparición: su repercusión en el individuo y en la sociedad. Sin datos, Pág. 2 y ss.

<sup>117</sup> KORDON y EDELMAN. Efectos psicológicos de la represión política Op. cit., Pág. 93.

puerta", "si lo hubiera defendido", "si nunca le hubiera deseado mal", y otras suelen identificar la presencia de la culpabilización." <sup>118</sup>

Estos sentimientos son estimulados por una muy sutil propaganda justificadora lanzada por los desaparecidos. Esta campaña busca, precisamente, inducir la culpa sobre la propia víctima y sus familiares, acto que les permite generar consenso hacia sus actos represivos y reforzar su impunidad. La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica ( dentro del desvalor de la acción).

### **Desvalor de la acción**

El concepto de antijuricidad no se limita a la valoración del estado causado por el hecho, pues no sólo entraña un desvalor del resultado, sino también un desvalor del acto que se ejecuta. La moderna teoría del delito parte de la observación que la antijuricidad del hecho no se agota en la desaprobación del resultado del delito, sino que también la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado debe incluirse en el juicio de desvalor.

En cuanto al desvalor del acto, la sola contemplación de los tipos penales muestra que el contenido del injusto de numerosos delitos no se determina por la sola lesión o puesta en peligro del objeto de la acción protegido, siendo ahí donde radica el merecimiento de la pena, como en los delitos contra el patrimonio, que no defienden éste contra todo menoscabo, sino sólo frente a determinadas modalidades de ataque que aparecen especialmente peligrosas.

Las desapariciones forzadas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad

La desestimación de la desaparición forzada se presenta porque es una conducta tipificada como delito de lesa humanidad, por lo tanto, la acción no es valiosa para el Derecho

---

<sup>118</sup> FREUD, SIGMUND. Duelo y melancolía. Citado por Elena Nicoletti en Algunas reflexiones sobre el trabajo clínico con familiares de desaparecidos. En: efectos psicológicos de la desaparición política. Pág. 81.

Es una conducta que lesiona uno de los bienes más preciados que tiene el ser humano por el solo hecho de serlo la libertad física, personal o deambulatoria, especialmente cuando la restricción a esa capacidad de la persona para actuar o no actuar dentro de los límites que le impone la norma constitucional o legal, es ordenada o ejecutada por quienes tienen la obligación pública (injusto personal) de preservar el orden que permita una justa y equilibrada convivencia social.

Bajo este razonamiento, la acción es la conducta dirigida hacia la obtención de un fin penalmente relevante, por lo que la antijuricidad del hecho no reside sólo en la intención misma que motiva tal acción, es decir, en la forma de la comisión.

La tesis que se comenta aduce que el injusto es tal, con la relación existente entre voluntad de la acción y mandato de la norma, pues en la forma de comisión del delito se encuentra el desvalor de la acción, conformado tanto por las modalidades externas del comportamiento del autor, como de las circunstancias que radican en su persona, lo que nos conduce a la distinción entre desvalor de la acción (personal) referido al hecho y desvalor de la acción, referido al autor.

El término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuricidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico.

Así pues, la conducta típica es solamente indiciaria de antijuricidad, porque al concretarse en un evento, puede resultar que no sea contraria a derecho, sino lícita, por estar amparada en una causa de licitud o justificación.

Ahora bien, la antijuricidad es siempre para los finalistas la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, es decir, una conducta injusta por estar referida, a una persona concreta, el injusto de la acción referida a su autor, es pues un "injusto personal".

### **Las Causas de Justificación**

En la teoría finalista de la acción, la conducta típica es un indicio de la antijuricidad, es decir, ese indicio puede ser desvirtuado, pues el propio orden jurídico, al lado de las normas prohibitivas opone disposiciones permisivas que impiden que la norma general abstracta se convierta en deber jurídico concreto, apareciendo las llamadas causas de justificación.

Las causas de justificación no excluyen la Tipicidad, es decir, por ejemplo la acción típica dolosa subsiste, pero esa conducta típica dolosa no será antijurídica, si aparece una causa de justificación. La acción de privar de la vida a otro, en legítima defensa, deja subsistente la materia de prohibición, el tipo, lo que anula es la antijuricidad de la conducta, el hecho concreto está amparado en una determinada causa de justificación.

Para WELZEL entre las causas de justificación encontramos, la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento del ofendido.

La antijuricidad representa una contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico; es decir, una constatación de que el hecho producido es ilícito, y por ello, contrario a la norma. El desvalor de la conducta implica la tipicidad. La antijuricidad entraña un juicio de valor, pues pretende especificar si la acción de que se trata es valiosa o disvaliosa para el Derecho; de ahí, su relación necesaria con la tipicidad, que implica descripciones de conductas disvaliosas; mientras que aquellas disposiciones creadas por el legislador que permiten colmar el hecho típico, son las causas de justificación, también llamadas causas de licitud, pues quien actúa, por ejemplo, en defensa necesaria, "lo que está haciendo es realizar un hecho típico, pero no sancionado, porque hace uso de su derecho para obrar en ese sentido.

El fundamento de la exclusión de la antijuricidad de acciones típicas (causas de justificación), se encuentra en que el ordenamiento jurídico no sólo consta de prohibiciones, sino también de autorizaciones que levantan la prohibición bajo determinados supuestos particulares, los que adoptan la forma de proposiciones permisivas y se contraponen a los tipos de injustos, como tipos de justificación.

Dentro de las innumerables causas de justificación que contempla el orden normativo encontramos a la legítima defensa (defensa que resulta necesaria para hacer frente a una agresión antijurídica actual contra uno mismo o contra un tercero, con base al principio que el derecho no tiene por qué ceder al injusto), el estado de necesidad justificante (estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona), el estado de necesidad (estado basado en el principio de ponderación de bienes y deberes, que consiste en un peligro actual para la vida, la integridad física, el honor o el patrimonio que sólo se puede conjurarse mediante una acción típica), la obediencia jerárquica (deber que nace de mandatos vinculantes en relación con la facultad de mandar y el deber de obediencia).

Considero que en este caso solamente se puede presentar la causa de justificación por la obediencia jerárquica que los militares deben a sus superiores jerárquicos, ya que tienen el deber de obediencia, ya que los mismos deben actuar como se lo exigen, ya que si no lo hace así se hace a creedor a multas, más sin embargo, la Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, señala que no se puede alegar como causa de justificación la obediencia jerárquica, dicha convención que fue adoptada por nuestro país.

#### **E) La culpabilidad del delito de Desaparición Forzada de Personas.**

La teoría de la culpabilidad expone los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica fincándole un reproche personal cuando su conducta no es como lo exige el derecho y hubiera podido motivarse conforme a la norma, por lo que la culpabilidad es imputación a título personal. En el juicio de reproche que se imputa al sujeto siempre que no opere a su favor una causa de justificación, por no actuar conforme a la norma; el objeto del reproche de culpabilidad es la voluntad, es decir, "el poder en lugar de ello" del autor en relación con su estructuración antijurídica de la voluntad.

#### ***Los elementos del juicio de reproche son:***

1. **Imputabilidad.** Capacidad de entender el carácter ilícito, la conducta y capacidad de determinarse a actuar de acuerdo con tal comprensión.

2. **Conciencia de la antijuricidad. error de Prohibición**, ya sea vencible o invencible.
3. **Exigibilidad de otra conducta.** Estado de necesidad disculpante.

La teoría finalista asignó al dolo como especie de la voluntad final de la acción, en el tipo subjetivo de los delito dolosos, excluyendo del concepto de culpabilidad todo elemento anímico subjetivo, para adoptar el criterio de reprochabilidad.

En el ámbito de la culpabilidad se trata del poder de estructuración de la voluntad, según el contenido de deber ser obligatorios. El reproche de culpabilidad presupone que el autor de habría podido motivar de acuerdo a la norma, estructurando su voluntad de acuerdo a ésta, fundado en dos premisas:

1. Los presupuestos existenciales de la reprochabilidad, es decir, la imputabilidad, cuando el autor es capaz, atendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a las normas.

2. Presupuestos especiales de reprochabilidad: posibilidad de comprensión de lo injusto; esto es, que dicho autor puede motivarse conforme a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de su propósito concreto.

El objeto de la dirección final no es el proceso causa exterior, sino los impulsos que compelen a su realización (dirección de los impulsos), cuyo criterio ordenador es el contenido de contenido supraindividual al que la persona se ve sometida y vinculada en la conducción de su vida (libre albedrío) en referencia a las normas del ordenamiento jurídico.

De esta manera, el agente cognoscente no puede ser simplemente sujeto de sus impulsos, sino que debe tener la capacidad de comprender dicho impulso del conocimiento, como tarea plena del sentido, que tiene que ser contenida frente a impulsos contrarios; esto es, de asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento.

El libre albedrío es entonces la libertad respecto de la coacción causal ya que la culpabilidad precisa al falta de autodeterminación conforme a sentido en un sujeto que era capaz para ello, erradicando los impulsos contrarios al valor.

El hombre es un ser determinado a la propia responsabilidad, capaz de autodeterminarse conforme al sentido; por ello, este juicio es más fácil de formular desde el aspecto negativo que del positivo; se excluye a todos aquellos hombres que aún no sean capaces de autodeterminación, sea por su juventud o anormalidad mental, que los hace no culpables.

### **Imputabilidad del sujeto activo en el delito en estudio**

**Graves Perturbaciones Mentales.** El presupuesto de la incapacidad de culpabilidad es la propia posibilidad de no reconocer el injusto y de obrar sin la integridad de las fuerzas mentales superiores de una persona.

La limitación de que sólo para estos casos de actividad mental anormal puede aceptarse una exclusión de la culpabilidad, rige solo para el elemento volitivo de la culpabilidad; esto es, para la capacidad de determinación de la voluntad conforme a la norma. Para el momento intelectual rigen las reglas del error de prohibición, en el sentido de que queda eliminada la culpabilidad cuando el autor no estaba en condiciones de reconocer el injusto.

La pena debe responder afines que garanticen la mejor convivencia y en ese fundamental objetivo, de carácter preventivo, general y especial, se apoya en el concepto de una culpabilidad donde el sujeto tenga la posibilidad de elegir entre la conducta transgresora de la norma y la que no la conduzca a ella, y dentro de ese límite, opera un margen de libertad que será el soporte de la culpabilidad y de la propia pena.

En la teoría finalista de la acción los elementos de la culpabilidad son:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad;
- b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido, y

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto.

#### **a) La imputabilidad**

Es la capacidad del autor de comprender lo injusto del hecho y de determinar su voluntad conforme a esta comprensión, que tiene un momento cognoscitivo y uno de voluntad.

La imputabilidad para el finalismo es entendida como la capacidad del sujeto, atendiendo a sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma. Welzel dedica una amplia exposición al problema del libre albedrío, el que a su juicio debe ser abordado desde diversos puntos de vista (antropológico, caracterológico y categorial).

La imputabilidad en el sistema finalista es sinónimo de capacidad de culpabilidad, capacidad de su autor, y se integra a su vez de dos sub-elementos:

- i. La capacidad de comprender lo injusto del hecho, (momento cognoscitivo o intelectual),
2. La capacidad de determinar la voluntad conforme a esa comprensión, (momento volitivo),

Cuando se trata de un menor de edad, o estados anormales, como pueden ser el retraso mental, se puede anular la capacidad cognoscitiva o volitiva del individuo. La capacidad de comprensión de lo injusto, se refiere a que al autor se le exige pueda reconocer que su conducta transgrede normas sociales indispensables para la vida en común, no es necesario que conozca el hecho como tipificado por la ley, Por ello, si no se da esa comprensión, puede presentarse una causa de inculpabilidad,

Cuando a causa de falta de madurez o a consecuencia de estados anormales no se da, aunque sea sólo uno de estos momentos, el autor no es capaz de culpabilidad, encontrando en este apartado a los menores de edad, cuya capacidad ha de constatarse frente a cada caso particular, así como la capacidad eventual de culpabilidad del sordomudo y el retardo mental, que dan origen a la anulación de la pena.



En este concepto se incluyen aquéllos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, enfermedad, mental, etc.) Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.

**b) El conocimiento de la antijuridicidad del hecho**, requiere como requisito de prelación lógica de capacidad de culpabilidad, es decir, que el sujeto sea imputable, que se presenten tanto el momento cognoscitivo (intelectual), como el volitivo (voluntad).

La capacidad de culpabilidad, o imputabilidad, se presenta en el sujeto, con independencia de que realice o no la acción u omisión típicos; en cambio, el conocimiento de la antijuridicidad, es la actualización de la comprensión y motivación del sujeto, en el hecho concreto, a la violación de la norma.

El **error de prohibición** se presenta cuando el sujeto se equivoca, se confunde, respecto al conocimiento de la antijuridicidad de su conducta.

El error de prohibición es la equivocación en el conocimiento sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (luego, con pleno dolo del tipo). El autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estaría permitido; no conoce la norma jurídica o no la conoce bien (la interpreta mal) o supone erróneamente que concurre una causal de justificación. Cada uno de estos errores excluye la reprochabilidad, cuando es inevitable, o la atenúa si es evitable.

Los estados putativos (legítima defensa putativa, obediencia jerárquica putativa, etc.), dejan subsistente el dolo, pero desaparece la culpabilidad por la presencia del error de prohibición, pues el sujeto cree fundadamente que obra con apego a la ley.

Así un enajenado mental puede obrar dolosamente, pero por carecer de capacidad de culpabilidad no podrá ser culpable. En el caso de que este enajenado obre en un supuesto de

defensa putativa, la solución sería la misma, es decir, su conducta sería dolosa, pero no culpable por error de prohibición.

En el sistema finalista, si el error de prohibición es vencible, puede dar lugar únicamente a atenuar la culpabilidad, es decir, la reprochabilidad y por ende la penalidad,

La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que esta pueda conocer el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede atribuírsele a título de culpabilidad.

**c) La exigibilidad de otra conducta** constituye el tercer elemento que integra la culpabilidad en el sistema finalista.

Normalmente el derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El derecho no puede, exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esa exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es un problema individual: es el autor concreto, quien tiene que comportarse de un modo o de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad, faltará ese elemento y con él, la culpabilidad.

El sujeto para ser culpable, previamente se debe determinar su imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad, pero además, debe examinarse si en el caso concreto le era exigible una conducta apegada a derecho, y con tales elementos se materializa la culpabilidad de la fórmula "poder en lugar de ello", a que ya aludimos anteriormente.

En el sistema finalista, la "exigibilidad" está presente en la capacidad de culpabilidad y en el conocimiento del injusto.

#### **Causas de inculpabilidad.**

Las causas de inculpabilidad en el sistema finalista serán aquellas que anulen cualquiera de los elementos de la culpabilidad, es decir, que impidan que se presente la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) o la comprensión de lo injusto, o la exigibilidad de la conducta ajustada a derecho.

**a) Por falta de capacidad de culpabilidad.** La capacidad de culpabilidad tiene, como ha quedado expuesto, un momento cognoscitivo (intelectual) y uno de voluntad (volitivo). como consecuencia, la falta de uno de esos momentos, o de ambos, trae como efecto la inimputabilidad del sujeto y por ende de su culpabilidad.

### **Error de prohibición.**

Para el momento intelectual es decisiva la capacidad de comprensión de lo injusto del hecho, no siendo necesario que el autor pueda reconocer el hecho como contrario a la ley, ni la conciencia de perpetrar una inmoralidad, sino que el autor tiene que poder reconocer que su hecho entraña una transgresión de aquellas normas sociales que son indispensables para la vida común. El conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo, sino que es precisamente el motivo por el cual se reprocha el dolo al agente; así, el dolo es un elemento del tipo subjetivo; y el conocimiento de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad.

De ahí que la culpabilidad se excluya por desconocimiento inevitable de la antijuridicidad, como es el caso del error de prohibición evitable. El error de prohibición es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo, donde el autor sabe lo que hace, pero supone erróneamente que estará permitido; no conoce la norma jurídica, la interpreta mal, o supone erróneamente que concurre una causa de justificación.

Como error de prohibición debe entenderse no solo la falsa representación, sino también la falta de representación de la antijuridicidad; es por lo tanto, la designación abreviada del error sobre la antijuridicidad del hecho real, que impide que el autor advierta que su acción típica lesiona el orden jurídico. Las clases de error de prohibición, son error directo (aquel que versa sobre la existencia de la norma penal, su vigencia o aplicación); y error indirecto de prohibición, que versa sobre la existencia jurídica de una determinada causa de justificación o sobre sus límites jurídicos.

**b) Por desconocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.** En cuanto a la comprensión de lo injusto o conciencia de la antijuridicidad, este elemento de la culpabilidad puede destruirse por el llamado error de prohibición.

Para el finalismo la teoría de error se presenta, sea como error de tipo, o como error de prohibición, las cuales no pueden identificarse con el error de hecho y de derecho del causalismo, como ya quedó explicado al estudiarse el segundo elemento de la culpabilidad del sistema finalista.

**c) Por inexigibilidad de otra conducta.** Los casos de inexigibilidad de otra conducta, son excepciones al principio general del deber de cumplir con los mandatos normativos, sin embargo, en algunos casos, el nivel de exigencia de la ley admite que al sujeto no se le pueda pedir que cumpla con esos mandatos, por encontrarse en determinada situación extrema; tal es el supuesto del estado de necesidad excluyente, cuando el sujeto, sin tener la obligación legal por su oficio, profesión o ocupación, de sufrir el peligro, sacrifica un bien jurídico para salvaguardar su vida, el honor, o la libertad, o la vida, honor o libertad de un familiar, o un ser querido.

El presupuesto existencial de la reprochabilidad es la posibilidad de autodeterminación libre del autor, esto es, conforme a sentido: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad.. Pero la reprochabilidad presupone además de que el autor capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto habría podido estructurar, en lugar de la voluntad antijurídica de acción una conforme a derecho, siendo el caso cuando ha podido reconocer lo injusto de su hecho.

Por tanto, la no exigibilidad de otra conducta se presenta cuando el sujeto activo, debiendo motivarse por la norma, no lo hace y actúa contrariamente al derecho, pero no se le puede formular el reproche personal, toda vez que no tenía otra opción, pues se presenta bajo la forma de inhibición extraordinaria con respecto a una decisión adecuada a la norma.

**El estado de necesidad disculpante y el miedo insuperable.**

El estado de necesidad disculpante es también llamado estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, cuya diferencia con el estado de necesidad justificante, estriba en que éste se presenta cuando el bien jurídico es mayor que el sacrificado. Por su parte, el miedo insuperable es un estado psíquico que puede lograr la paralización del sujeto, es decir, que impida superara la exigencia media de soportar males y peligros.

De la antijuridicidad y del principio del merecimiento de la pena es proporción con gravedad de la lesión del derecho se deduce la exigencia de la culpabilidad, en cuyo reproche se encierra el juicio de desvalor que el ordenamiento efectúa sobre el autor. Ambos elementos son "dos componentes fundamentales del carácter material del delito, a estos se agrega un elemento formal, que es la tipicidad, pues el injusto merecedor de una pena debe hallarse legalmente previsto para cumplir las exigencias que impone un estado de derecho."<sup>119</sup>

El derecho, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes de sacrificar su propia vida o su integridad física.

En este caso, la no exigibilidad de un comportamiento distinto en esas situaciones no excluye la antijuridicidad (el hecho no es justificado por el ordenamiento) sino la culpabilidad (el hecho sigue siendo antijurídico, pero su autor no es culpable).

El estado de necesidad exculpante exige que el estado de peligro en que se ubica el sujeto sea real, grave, inminente, que no exista otro medio adecuado, para evitar el sacrificio del bien jurídico y sin que el sujeto tenga la obligación de sufrir el peligro o el riesgo, como lo sería el caso del mariner, el policía, el bombero, etcétera.

También operaría la no exigibilidad, en el caso de estado de necesidad por coacción, donde el sujeto ante la amenaza de un mal, real, inminente, se ve compelido a ejecutar un hecho delictuoso, para salvaguardar la vida, el honor, propio a ajenos, como será el caso del funcionario

---

<sup>119</sup> MEDINA PEÑALOZA, Sergio J. Teoría del Delito, Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva, 1ª edición, Ángel Editor, México, 2001.

bancario que toma el dinero de la caja y lo entrega a quienes se encuentran amenazando, en su hogar, a su familia.

También se puede presentar el caso del estado de necesidad exculpante putativa, o sea, cuando el sujeto equivocadamente, pero incurriendo en él, por un error invencible, supone que se encuentra ante un estado de necesidad excusable, su conducta no será culpable; si el error era vencible, su acción será sin duda dolosa y antijurídica, pero su culpabilidad resulta atenuada y la pena deberá ajustarse a esa medida atenuada.

#### **F) La procedencia de tentativa del delito de Desaparición Forzada de Personas.**

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en su Artículo I inciso b) señala que: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a: Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo".

En nuestro país al crear como tipo penal la desaparición forzada de personas y preverlo y sancionarla en los artículos 215 A, 215 B 215 C y 215 C y catalogarlo como un delito grave, ya que se incluyó dentro del catálogo de los delitos que se califican como graves, esto es en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales en donde se califica como delito grave la tentativa punible de todos los ilícitos comprendidos en el precepto aludido.

La tentativa la entendemos como "los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto."<sup>120</sup>

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

<sup>120</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Op. cit. Pág. 237 y ss.

En la tentativa inacabada o delito intentado se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas el sujeto omite alguno, y por eso el evento no surge, hay una incompleta ejecución.

En el delito en estudio se presenta la tentativa inacabada, porque por ejemplo, si se detiene a una persona con el objetivo de desaparecerla y justo antes de llegar al lugar en donde la van a mantener oculta, los sorprenden, entonces no se ejecutaron todos los actos consumativos, por lo que es una tentativa inacabada.

Intenta un hecho punible quien da inicio inmediato a la realización del tipo, conforme a su propia representación del hecho. Así, la tentativa se ubica entre la preparación y la consumación. En contraposición a la primera, se caracteriza porque su inicio representa un ingreso inmediato a la imagen guía del delito. A diferencia de la consumación, la tentativa no puede completar la parte objetiva del tipo, debiendo en cambio, encontrarse cumpliendo la parte subjetiva de éste: es la voluntad de consumación objetivamente no realizada lo que caracteriza a la tentativa. Por lo tanto no existe tentativa si, pese a la ejecución de acciones ejecutivamente idóneas para producir el resultado, el autor no ha incorporado a su voluntad el resultado típico.

Cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito.

La punibilidad de la tentativa se funda, por un lado, en la voluntad criminal, que se da igual que el delito consumado, y de otra parte en el peligro en que ha estado en un momento concreto el bien jurídico que se atacaba, así como en la alarma o daño social que ocasiona.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los hechos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

La tentativa tiene como elemento esencial una acción de parte del agente para que pueda ser punible, y no puede jurídicamente establecerse dicha figura jurídica cuando hay una absoluta pasividad de parte del que resulta inculcado.

Los elementos de la figura jurídica de la tentativa son los siguientes:

1) El subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un ilícito;  
 2) El objetivo, consistente en los actos realizados por el agente del delito, que deben ser de naturaleza ejecutiva; y

3) El negativo, que radica en que el resultado que normalmente debía de producir el injusto de que se trate, no se verifique en el mundo fáctico por causas ajenas a la voluntad del agente del delito; por consiguiente, la conducta desplegada por el sujeto activo debe ser idónea a la consecución del resultado del delito, esto es, para que un determinado actuar cuente con tales características y sea penalmente reprochable a título de tentativa, debe atenderse al análisis del proceso ejecutivo de la conducta desplegada por el agente, en la cual exteriorice, sin lugar a dudas, la resolución de cometer un delito determinado mediante verdaderos actos ejecutivos que se dirijan hacia el verbo o núcleo del tipo, pero además, tal comportamiento debe ser objetivo y concretamente adecuado para producir el resultado y crear un específico estado de peligro para el bien jurídico tutelado por el tipo del delito hacia el cual se dirige.

Según el artículo 12 del Código Penal Federal, la tentativa es punible cuando "se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Como se aprecia de esta definición, los elementos que integran la naturaleza de la tentativa son a) un elemento moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) un elemento material u objetivo, que consiste en actos desarrollados por el agente tendiente a la ejecución del delito, y c) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Asentado lo anterior, resulta evidente que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meras actitudes que hagan suponer que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución, es decir, de iniciación de un delito que no llega a su fin lesivo por el concurso de una tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente. Estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que



la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a su determinación subjetiva previa; lo que no ocurre cuando sólo se trata de actos meramente preparatorios, previos a la ejecución.

#### 4.- La prescripción del delito en base a su carácter instantáneo o permanente.

Respecto a la prescripción del delito de desaparición forzada de personas, la Convención Interamericana señala en el artículo III *"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. (...)".*

De igual forma, en el artículo VII de dicha Convención se establece: *"La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.*

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

En la iniciativa de decreto para establecer como delito la desaparición forzada, presentada el doce de septiembre del año dos mil los diputados de la fracción del Partido Democrático Revolucionario, en el artículo 215-G establecían entre otras cosas que: *"La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción";* más sin embargo cabe señalar que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados estableció una modificación a la iniciativa señalando: *"Resulta improcedente la idea de establecer la existencia de penas y delitos imprescriptibles, por no ser propio de un estado de derecho-democrático, sino más bien de sistemas dictatoriales; aunado a que la naturaleza jurídica de la prescripción es la de dar*

*certidumbre al gobernado. Por ello se sugiere que dicho delito de desaparición forzada de personas se rija bajo las reglas de prescripción que ya el propio Código Penal Federal establece.*

Cabe acotar que la conducta tipificada en el delito de desaparición forzada de personas no se agota en un solo momento; es de resultado permanente, lo que trae como efecto que mientras dure la ocultación de la víctima, los plazos para que opere la prescripción no se interrumpen.

Nuestro régimen jurídico positivo contempla y sanciona el tipo penal de desaparición forzada de personas en los artículos 215-A, al 215-D; preceptos que integran el capítulo III Bis, del Título Décimo, Libro Segundo, del Código Penal Federal, y cuya vigencia se inició a partir del día 1° de junio de 2001. Se trata de una conducta arbitraria que un servidor público, abusando de las facultades que le han sido dadas, despliega al propiciar o mantener dolosamente el ocultamiento de personas bajo cualquier forma de detención; descripción típica que, por la importancia del bien jurídico que tutela --*la libertad personal de obrar y de moverse*-- y el quebrantamiento ilegítimo que del mismo se produce, está incluida dentro del catálogo de los delitos graves que establece el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Algunas precisiones, sin embargo, es necesario determinar con relación a dos temas que se plantean en el instrumento internacional en estudio, que pudieran dar lugar a contradicciones:

*a) la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena derivadas del delito de desaparición forzada de personas o, en su defecto, si existiera una norma de carácter fundamental que se opusiera a la vigencia de esta disposición, el establecimiento de un plazo igual al del delito más grave en la legislación interna de los Estados Partes.*

Refiriéndonos al tema de la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena derivadas de la comisión del delito de desaparición forzada o, en su defecto, del establecimiento de un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito más grave en la legislación federal mexicana. En nuestro país, todos los delitos tienen un plazo de prescripción y esto lo sabe, no cabe duda, el Ejecutivo Federal y el plenipotenciario que firmó la Convención que se analiza, al expresar el consentimiento del Estado mexicano en obligarse por las disposiciones

contenidas en tal instrumento. Tan es así, que en el memorándum de antecedentes de ese documento, el interés de ratificarlo se sustenta, entre otras, en la premisa de impedir que conductas de tal gravedad, puedan quedar impunes. Por ello, el Gobierno de México trata de sumarse a la sociedad internacional que ya considera imprescriptible ese acto delictivo.

Los tratados internacionales son actos materialmente legislativos por contener normas generales y abstractas; y cuando satisfacen los requisitos a que se refiere el artículo 133 constitucional, son ley interna. Es decir, al asumir el Estado mexicano en su conjunto estos compromisos internacionales, los mismos, por disposición expresa del precepto en cita, automáticamente forman parte del derecho positivo mexicano.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto, considera que estos instrumentos se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de nuestra ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Este nuevo criterio se sustenta en la circunstancia que estriba en que estos compromisos los suscribe el Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado; y los aprueba el Senado de la República como representante de las entidades federativas, para dotarlos de ese carácter imperativo del que no se pueden sustraer las autoridades mexicanas.

Por consiguiente, la aprobación de tal instrumento no provocó la existencia de un problema de contradicción con las disposiciones del Código Penal Federal, habida cuenta que estaríamos en un caso de derogación implícita, que haría imposible la validez en forma simultánea de las reglas de la prescripción previstas en el Capítulo VI, del Título Quinto, Libro Primero, del ordenamiento jurídico en cita, tratándose del delito de desaparición forzada de personas. Esta consideración es dable sustentarla, además, en el artículo 6o. del propio cuerpo normativo, al disponer que: *"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general"*. Y los tratados internacionales se consideran como leyes especiales.

Para evitar problemas de contradicción o de hermenéutica jurídica, el Senado de la República aprobó la Convención, realizándose las adecuaciones legislativas pertinentes para establecer que, tratándose del delito de desaparición forzada de personas, no operaría la prescripción de la acción penal ni de la pena; o bien, que el plazo para que ésta se manifieste, será igual al término medio aritmético de las sanciones previstas para el delito más grave consignado en nuestra legislación interna --45 años en el delito de homicidio calificado--; mayor que el que actualmente prevé el artículo 215-A del Código Penal Federal, para el delito de desaparición forzada --22 años, 6 meses--.

A través de la adhesión de este instrumento se busca que la prescripción de la acción punitiva del estado que nuestro sistema jurídico nacional rige como regla general no opere tratándose de esta clase de delitos para evitar con ello su impunidad, delitos que son cometidos por aquellos que abusando del poder que detentan privan sin derecho o razón en razón de su nacionalidad, raza, religión u opiniones a individuos, grupos de individuos de sus derechos elementales correspondientes a su ser, es decir, el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal, a la salud, a la libertad individual y otros más.

Con la suscripción de este instrumento nuestro gobierno se suma a la tendencia de la sociedad internacional en esta materia. Es cierto que en México todos los delitos tienen un tiempo de prescripción; pero también lo es la imperativa necesidad de armonizar principios que integra nuestro sistema jurídico en la especie con los que conducen en las relaciones de la sociedad internacional porque no es posible que ante la consumación de actos de barbarie tan repugnantes y grotescos sigamos sosteniendo la prescripción de las acciones en contra de sus responsables.

Con la adhesión a este instrumento, nuestra nación se obliga a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción punitiva del Estado que en nuestro sistema jurídico rige como regla general, no opere tratándose de esta clase de delitos que atentan contra los derechos fundamentales de la persona humana, evitando con ello su impunidad.

Al mismo tiempo, la declaración interpretativa que el Estado Mexicano le añade a la firma de este instrumento, en el sentido, de que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que tipifica la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México.

Esta interpretación del principio de la no retroactividad de las leyes, está consagrado en el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con la ratificación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, México se compromete a fortalecer su régimen penal interno; así como su sistema de procuración de justicia para prevenir y castigar.

Al ratificar el Senado de la República la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad realizó una Declaración Interpretativa en la que señala:

Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, entenderá que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México.<sup>121</sup>

Delito permanente. En este puede suceder que la conducta o hecho no estén tipificados, siendo sin embargo, aplicable a la consumación que perdura la nueva ley, porque la consumación es coincidente con aquella. La nueva ley se aplica a la consumación contemporánea.

En realidad, cuando se trata de conductas o hechos anteriores cuya consumación es permanente, la nueva ley no se debe aplicar con relación a esas conductas sino en cuanto a las que son contemporáneas a aquellas.

---

<sup>121</sup> Diario Oficial de la Federación. (Primera Sección) miércoles 27 de febrero del 2002, Págs. 15 y 16.

De igual forma tiene aplicación la jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo VI, mayo de 2002, página 1111, que dice:

**PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. LOS PLAZOS PARA QUE OPERE DEBEN CONSIDERARSE CONTINUOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).**

Texto: De conformidad con lo dispuesto por los artículos 129 y 131 del Código de Defensa Social para el Estado, los términos para la prescripción de la acción penal de los delitos, comienzan a correr: a partir del día en que se cometió el delito, si fuera consumado; del momento en que se realizó la última conducta, si el delito fuera continuado; desde que cesó la consumación del delito, si éste es permanente; y desde el día en que se hubiera realizado el último acto de ejecución, si se tratara de tentativa. Y concluyen, cuando ha transcurrido un plazo igual al máximo de la sanción corporal que corresponda al delito, pero no será menor de tres años para los delitos que se persiguen de oficio. Por tanto, esos plazos deben considerarse continuos, esto es, no se interrumpen por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, como sucede en otros Estados, cuyas legislaciones contemplan esa disposición.

Reconocidos así el sentido y alcance de las reglas que integran el instrumento en estudio, se aceptó la responsabilidad internacional de satisfacer las obligaciones y derechos que se consagran en ellas, conforme a la buena fe; reglas en las que se manifiesta un evidente respeto a la soberanía nacional, a la seguridad de las relaciones internacionales, se ajustan a las normas imperativas del derecho internacional y, desde luego, a las normas fundamentales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que aprobaron la referida convención, en el siguiente sentido:

*"Artículo 1*

*Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:*

*a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (1) de 13 de febrero de 1946 y 95 (1) de 11 de*

diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;

b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (1) de 13 de febrero de 1946 y 95 (1) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

#### Artículo II

Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiran para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

#### Artículo IV

Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de la presente Convención y, en caso de que exista, sea abolida. "

Finalmente es importante señalar que el nueve de octubre del presente año, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación atrajo el caso para conocer el recurso de apelación 174/2003, interpuesto por la Procuraduría General de la República y el Primer Tribunal Unitario, con sede en Nuevo León, contra la resolución dictada el veintidós de abril pasado por el Juez Cuarto de Distrito en Materia Penal en esa entidad, quien negó la expedición de órdenes de aprehensión contra el ex director de la Dirección Federal de Seguridad (DFS), Luís de la Barreda Moreno, Miguel Nazar o Nassar Haro (creador de la Brigada Blanca), y Juventino Romero (ex agente de la Policía

Judicial de Nuevo León), por el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro, para determinar si prescribieron o no los delitos cometidos en la guerra sucia.

Por lo que el seis de noviembre de la presente anualidad, la Corte dictaminó que en secuestro vigente no hay prescripción, por lo que se abrió la vía para juzgar crímenes de la guerra sucia, la Primera Sala del máximo tribunal resolvió por unanimidad de cuatro votos el recurso de apelación (174/2003) de referencia y estableció que el delito de privación ilegal de la libertad es continuado, y por tanto no prescribe. La Suprema Corte de Justicia de la Nación abrió la puerta para que sean juzgados los acusados del delito de desaparición forzada durante la *guerra sucia*, al declarar que no prescribe la acción penal en el caso de privación ilegal de la libertad, en su modalidad de plagio o secuestro, mientras la víctima no aparezca.

En esta sentencia, en la que por primera vez en su historia la Suprema Corte se convirtió en un tribunal de legalidad, los cuatro ministros aprobaron el proyecto de dictamen presentado por el ministro decano Juventino V. Castro y Castro, en el que se instruyó al Primer Tribunal Unitario del Cuarto Circuito que determine si hay elementos suficientes para que el Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Penal, con sede en Monterrey, gire órdenes de aprehensión en contra de los acusados por el secuestro de Jesús Piedra Ibarra, quien fue detenido el 18 de abril de 1975. El Ministro Castro y Castro había explicado previamente que el plazo para la prescripción del delito de privación ilegal de la libertad no corre a partir de la detención, sino cuando la persona es liberada o presentada ante la autoridad correspondiente; por tanto, se trata de un delito permanente. Por ello "un bien jurídico, como lo es la libertad, jamás queda agotado, por lo que su naturaleza le permite resistir una consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo, por lo que delitos como la privación ilegal de la libertad sean delitos permanentes". Se determinó que la prescripción del delito de secuestro no cuenta a partir de la detención de la víctima, sino de la fecha en que fue liberada o consignada ante la autoridad correspondiente.

Esta decisión unánime de la Corte, allana el camino para que la justicia de México pueda conocer y pronunciarse sobre graves violaciones a los derechos humanos que se cometieron en el pasado, y que por razones de la impunidad estructural generalizada no habían podido llegar hasta ahora a los tribunales.



**CAPITULO TERCERO**  
**CONVENCIÓN INTERAMERICANA**  
**SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**

**1.- Análisis del contenido normativo de la Convención.**

**A) La Desaparición Forzada.**

La desaparición forzada se basa en un secuestro llevado a cabo por agentes del Estado o grupos organizados de particulares que actúan con su apoyo o tolerancia y donde la víctima "desaparece". Las autoridades no aceptan ninguna responsabilidad del hecho, ni dan cuentas de la víctima. Los recursos de habeas corpus ó el Juicio de Amparo, mecanismos jurídicos destinados a garantizar la libertad e integridad del ciudadano, son inoperantes y en todo momento los perpetradores procuran mantener el anonimato.

El objetivo es, además de la captura de la víctima y su consiguiente "tratamiento" sin freno de ningún tipo, el crear, desde el anonimato y la subsiguiente impunidad, un estado de incertidumbre y terror tanto en la familia de la víctima como en la sociedad entera. Incertidumbre, porque no se sabe qué hacer, a quién recurrir, porque se duda sobre el real destino y/o los beneficios de la búsqueda. Terror, por el destino desconocido pero obviamente terrible y por la convicción de que cualquiera y por cualquier motivo puede ser un desaparecido.

En la desaparición forzada se acumulan una serie de violaciones de los derechos fundamentales de las personas: el derecho a la libertad y la seguridad de la persona, el derecho a ser reconocida en todas partes como una persona ante la ley, el derecho a la defensa, el derecho a no ser sometido a la tortura, y constituye una grave amenaza al derecho a la vida

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue aprobada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil, mediante la resolución 1256 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, sobre un proyecto preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que venía siendo discutido desde 1987.

En el Preámbulo, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos parten del reconocimiento de la persistencia del fenómeno de desapariciones forzadas en el continente, el que consideran "una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana", que contradice los enunciados de la Carta de la Organización, así como que su "práctica sistemática (...) constituye un crimen de lesa humanidad."<sup>122</sup>

En el artículo I se establecen las obligaciones generales de los Estados respecto de la desaparición forzada, en cuanto a su total prohibición aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de las garantías individuales; la sanción de los autores, cómplices o encubridores de desapariciones forzadas y de los intentos de cometerlas; la necesidad de cooperación interestatal para prevenir y erradicar el delito y de tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole en el cumplimiento de estos compromisos.

En la definición del delito, la Convención toma en cuenta la privación de la libertad de una o más personas, con la injerencia del Estado a través de la actuación de sus agentes o personas o grupos tolerados por el mismo; también, el no reconocimiento de la detención y la negativa a dar información sobre el paradero de la persona o personas desaparecidas, además del impedimento del ejercicio de recursos legales así como el no acceso a las garantías procesales del caso.

La Convención Interamericana coincide con la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas de la Organización de Naciones Unidas al consagrar el compromiso de los Estados a introducir sanciones penales contra la desaparición forzada dentro de su legislación. Asimismo, se establece que "Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima."<sup>123</sup>

Entre otras concordancias habidas entre ambos instrumentos, cabe mencionar la prohibición de alegar obediencia debida, el juzgamiento de los presuntos culpables de desapariciones por parte de tribunales civiles, las condiciones para erradicar las detenciones arbitrarias e ilegales así como el libre y pleno ejercicio del derecho de hábeas corpus mencionado con antelación.

---

<sup>122</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución AG/RES 1256 (XXIV-0/94) del 9 de junio de 1994.

<sup>123</sup> Convención Interamericana de Desaparición Forzada, Artículo III.

Dentro de las medidas preventivas, tanto la Declaración como la Convención Interamericana recomiendan la educación sobre este tema dirigida a los funcionarios públicos encargados de la aplicación de las leyes.

Lamentablemente, la Convención no es tan amplia como la Declaración respecto de los derechos enunciados, lo cual se comprende dada la naturaleza de ambos instrumentos.

Por ejemplo, si están contenidos en la Declaración pero no en la Convención el derecho a la reparación, la readaptación y la indemnización para las personas afectadas; el derecho a denunciar la comisión del delito, que lleva consigo la obligación de investigarlo por parte del Estado; y, la protección de los testigos, los familiares y los abogados de las víctimas.

Por otra parte, la Declaración enuncia la prohibición de amnistía contra los culpables o presuntos culpables de desaparición forzada, cuestión que no fue abordada por la Convención. Esto constituye un aspecto fundamental que debió haber sido regulado por la Convención como una medida preventiva ante situaciones futuras, en vista de que es posterior a la emisión de numerosas leyes de amnistía en todos los países en los que se ha producido este delito.

Finalmente, es muy importante la disposición adoptada en el artículo VII de la Convención sobre la imprescriptibilidad del proceso penal y de la sanción que se deriven del delito de desaparición forzada. La limitación frente a aquella sería la existencia de una norma fundamental, en cuyo caso el período de prescripción se iguala al del delito más grave dentro de la legislación interna de cada Estado.

#### **B) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.**

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue aprobada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil, mediante la resolución 1256 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, cuyo contenido textualmente refiere:

*“Los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos:*

*Reafirmando que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Hemisferio, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;*

*Considerando que la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana, en contradicción con los principios y propósitos consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos;*

*Considerando 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;*

*Recordando que la protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno y tiene como fundamento los atributos de la persona humana;*

*Reafirmando que la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad;*

*Esperando que esta Convención contribuya a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio y constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho,*

*“Artículo I*

*Los Estados partes en esta Convención se comprometen a:*

- a. *No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;*

- b. Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;
- c. Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y
- d. Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

#### Artículo II

*Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.*

#### Artículo III

*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.*

#### Artículo IV

*Los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas serán considerados delitos en cualquier Estado parte. En consecuencia, cada Estado parte adoptará las medidas para establecer su jurisdicción sobre la causa en los siguientes casos:*

- a. *Cuando la desaparición forzada de personas o cualesquiera de sus hechos constitutivos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción;*
- b. *Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;*
- c. *Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.*

*Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.*

*Esta Convención no faculta a un Estado parte para emprender en el territorio de otro Estado parte el ejercicio de la jurisdicción ni el desempeño de las funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de la otra parte por su legislación interna.*

#### *Artículo V*

*La desaparición forzada de personas no será considerada delito político para los efectos de extradición.*

*La desaparición forzada se considerará incluida entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados partes.*

*Los Estados partes se comprometen a incluir el delito de desaparición forzada como susceptible de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.*

*Todo Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado y reciba de otro Estado parte con el que no tiene tratado una solicitud de extradición podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de desaparición forzada.*

*Los Estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dicho delito como susceptible de extradición, con sujeción a las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.*

*La extradición estará sujeta a las disposiciones previstas en la constitución y demás leyes del Estado requerido.*

#### *Artículo VI*

*Cuando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.*

#### *Artículo VII*

*La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.*

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

#### *Artículo VIII*

*No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas.*

*Los Estados partes velarán asimismo por que, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.*

#### *Artículo IX*

*Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.*

*Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.*

*No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.*

#### *Artículo X*

*En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. En tales casos, el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva.*

*En la tramitación de dichos procedimientos o recursos y conforme al derecho interno respectivo, las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar.*

#### *Artículo XI*

*Toda persona privada de libertad deber ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente.*

*Los Estados partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los podrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades.*

#### *Artículo XII*



*Los Estados partes se prestarán recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores.*

#### *Artículo XIII*

*Para los efectos de la presente Convención, el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares.*

#### *Artículo XIV*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reciba una petición o comunicación sobre una supuesta desaparición forzada se dirigirá, por medio de su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, al correspondiente gobierno solicitándole que proporcione a la brevedad posible la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida y demás información que estime pertinente, sin que esta solicitud prejuzgue la admisibilidad de la petición.*

#### *Artículo XV*

*Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las partes.*

*Esta Convención no se aplicará a conflictos armados internacionales regidos por los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo relativo a la protección de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas, y a prisioneros y civiles en tiempo de guerra.*

#### *Artículo XVI*

*La presente Convención está abierta a la firma de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.*

*Artículo XVII*

*La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.*

*Artículo XVIII*

*La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.*

*Artículo XIX*

*Los Estados podrán formular reservas a la presente Convención en el momento de firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.*

*Artículo XX*

*La presente Convención entrará en vigor para los Estados ratificantes el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación.*

*Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.*

*Artículo XXI*

*La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados partes.*

*Artículo XXII*

*El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la cual enviará copia auténtica de su texto, para su registro y publicación, a la Secretaría de las Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiese.*

## **2.- La Desaparición Forzada y la Declaración Universal de Derechos Humanos.**

En el plano jurídico internacional es innegable el reconocimiento de los derechos individuales a partir de 1948, cuando fue proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas.

Tomando como base dicha declaración, la desaparición forzada de personas constituye un delito permanente que viola un conjunto de normas destinadas a garantizar la vigencia de los derechos humanos, adoptadas en la forma de convenciones y pactos internacionales que constituyen obligaciones para los Estados signatarios.

La desaparición forzada viola los artículos 3, 5, 8, 9 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas en los que se consagran los derechos a la vida, la libertad y la seguridad personales.

Con respecto al derecho a la vida hay opiniones encontradas en el sentido de que denunciar la violación de éste implica concederle al desaparecedor la potestad de asesinar al desaparecido. Sin embargo, se parte de la consideración de que para los seres humanos la vida no es un concepto únicamente biológico; esta es esencialmente social. A las víctimas les es negado su derecho a vivir en la sociedad, en una forma normal y humana. Este razonamiento conduce a afirmar que si hay una violación al derecho a la vida.

La violación de los derechos a la seguridad y a la libertad personales es indiscutible. El Estado debe pasar por encima de su propio sistema jurídico para romper con las responsabilidades y obligaciones de respetar tales derechos y garantizar el clima propicio para su cumplimiento.

En el artículo 5º de dicha Declaración de Derechos Humanos se establece el derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos y degradantes; el artículo 6o. consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica; y, finalmente, en el artículo 8o. se define la necesidad de lograr un arreglo efectivo ante tribunales nacionales por actos violatorios a los derechos consagrados en esta Carta.

Con relación a esto último, en los Estados donde se cometen o se cometieron desapariciones esta obligación no ha sido respetada, sino que más bien el poder judicial se convirtió en cómplice y, por lo tanto, en co-responsable de las mismas.

### **3.- La Desaparición Forzada dentro de otros pactos y convenciones universales de protección de los Derechos Humanos.**

Por los testimonios de personas que han sufrido desaparición y se reintegran a la vida, se conoce de los inenarrables tormentos físicos y psicológicos a que son sometidas las víctimas en los lugares clandestinos de detención. En este sentido, es posible afirmar sin lugar a dudas que los Estados responsables de este delito violan los artículos 1o., 2o., 12o., 13o. y 14o. de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes.

Por otra parte, son violados los artículos 9o. y 10o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los que se establecen los derechos a la libertad y a la seguridad y a no sufrir detenciones arbitrarias ni prisión injusta, así como el derecho a recibir un trato acorde con la dignidad humana en caso de detención.

El Código de Conducta para los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la ley, producto de una declaración de la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas, es violado en las normas 5a. y 6a.

Estos, y otros instrumentos y resoluciones de la Organización de Naciones Unidas, proporcionan el fundamento jurídico de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzosas que se analiza más adelante.

#### **4.- La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzosas.**

La Asamblea General de la ONU adoptó el dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y dos la "Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzosas."<sup>124</sup>

La Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en el artículo 1 señala: *"Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana. Es condenado como una negación de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y como una violación grave manifiesta de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales pertinentes."*

*Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro."*<sup>125</sup>

En dicha declaración también se establece que "(...) las desapariciones forzosas afectan los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los Derechos

---

<sup>124</sup> Proyecto de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzosas, de la Organización de Naciones Unidas.

<sup>125</sup> Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

Humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática representa un crimen de lesa humanidad." <sup>126</sup>

La Declaración contiene un conjunto de "... medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras (...) eficaces para prevenir o erradicar los actos de desapariciones forzosas (...).

Entre ellas, la necesidad de establecer penas para los culpables de tal delito así como atenuantes para quienes, siéndolo, contribuyan a la reaparición con vida de la persona desaparecida o a esclarecer casos de este tipo; la responsabilidad civil del Estado, además de la internacional; la prohibición de alegar obediencia debida en la comisión de estos delitos, estableciendo no solo la obligación de erradicar las órdenes para desaparecer personas, así como que "Toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y el deber de no obedecerla"; la no devolución por un Estado de personas que corren peligro de ser desaparecidas por el Estado solicitante; y, el derecho de habeas corpus.

Asimismo, fueron elaboradas una serie de normas para erradicar las detenciones arbitrarias e ilegales, dentro de las cuales son muy importantes la legalidad de los centros de reclusión y el pleno acceso de las autoridades judiciales a los mismos, así como la obligación de mantener registros de las personas reclusas en ellos y de las responsabilidades jerárquicas del personal encargado de ejecutar acciones en ese campo.

Dentro de la Declaración, los derechos a la verdad y a la justicia en los casos de desaparición forzada implican el derecho de los afectados a denunciar los hechos ante autoridades competentes, la obligación del Estado de investigar de oficio tales situaciones, la garantía de la seguridad de los denunciantes, y el procesamiento judicial de los implicados por parte de tribunales ordinarios.

---

<sup>126</sup> Esta y las citas subsiguientes pertenecen a la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Resolución de la Asamblea General de la ONU del 18 de diciembre de 1992.

Los derechos violados según la Declaración son " (...) el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."<sup>127</sup>

Son muy importantes en la lucha por la justicia y contra la impunidad de estos delitos el artículo 17 en el que se considera a los actos de desaparición forzada como "(...) delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos y se recomienda la prescripción a largo plazo de los mismos."<sup>128</sup>

El artículo 18 establece que los culpables de desaparición forzada, o presuntos culpables, no recibirán beneficio alguno de las leyes de amnistía destinadas a eximirlos de juicio o pena por tal delito. El derecho de gracia también deberá ser limitado por la extrema gravedad de los actos de desaparición forzada.

Finalmente, la Declaración reconoce el derecho a reparación e indemnización de las víctimas y sus familias y llama a los Estados a prevenir y a reprimir la apropiación de los hijos de personas desaparecidas, ya que el artículo 19 establece que las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. En caso de fallecimiento de la víctima a consecuencia de su desaparición forzada, su familia tendrá igualmente derecho a indemnización.

Asimismo, en el artículo 20 se señala que:

1. Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres de víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de la desaparición forzada y se esforzarán por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a su familia de origen.

---

<sup>127</sup> Ibidem. Artículo 1.2.

<sup>128</sup> Artículos 17 y 18 de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la desaparición.

2. Habida cuenta de la necesidad de preservar el interés superior de los niños mencionados en el párrafo precedente, deberá ser posible, en los Estados que reconocen el sistema de adopción, proceder al examen de la adopción de esos niños y, en particular, declarar la nulidad de toda adopción que tenga origen en una desaparición forzada. No obstante, tal adopción podrá mantener sus efectos si los parientes más próximos del niño dieran su consentimiento al examinarse la validez de dicha adopción.

3. La apropiación de niños de padres víctimas de desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de una madre víctima de una desaparición forzada, así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su verdadera identidad, constituyen delitos de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales."<sup>129</sup>

#### **5.- Suscripción de México a la Convención.**

El dieciocho de enero del dos mil dos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, mediante el siguiente decreto:

#### **DECRETO**

**"LA CAMARA DE SENADORES DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNION, EN EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE LE CONCEDE EL ARTICULO 76 FRACCION I DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, D E C R E T A:**

**ARTICULO UNICO.-** *Se aprueba la CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, con la siguiente:*

#### **RESERVA**

<sup>129</sup> Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la desaparición.



*El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."*<sup>130</sup>

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, el presidente de México, Vicente Fox Quesada expidió el referido Decreto. El veintisiete de febrero del dos mil dos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la FE de erratas al Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, publicado el dieciocho de enero del dos mil dos.

En la Primera Sección, en la página 4, debe decir :

**"LA CAMARA DE SENADORES DEL HONORABLE CONGRESO DE LA UNION, EN EJERCICIO DE LA FACULTAD QUE LE CONCEDE EL ARTICULO 76 FRACCION I DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, D E C R E T A:**

**RESERVA**

**DECLARACION INTERPRETATIVA**

*"Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición*

<sup>130</sup> Diario Oficial de la Federación, de dieciocho de enero del dos mil dos, páginas 4 a 12.

*forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención”.*

## **6.- Ratificación de México en la Organización de Estados Americanos de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.**

El nueve de abril del dos mil dos el Gobierno de México depositó en la sede de la Organización de Estados Americanos (OEA), en Washington, D.C., su instrumento de ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, con lo que el Gobierno del Presidente Fox refrendó su compromiso ante el pueblo de México y la comunidad internacional de promover activamente el pleno respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas en nuestro país.

La Convención fue suscrita por México el cuatro de mayo de dos mil uno por el secretario de Relaciones Exteriores, Jorge G. Castañeda, y recibió la aprobación del Senado de la República el diez de diciembre del dos mil uno.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue aprobada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, durante el XXIV Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA y entró en vigor el 29 de marzo de 1996. Además de México, hasta ahora ha sido ratificada por Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Mediante este instrumento, los Estados asumen el compromiso de no practicar, no permitir y no tolerar la desaparición forzada de personas sin excepción, y de sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores de este delito, considerado como crimen de lesa humanidad. Asimismo, se comprometen a cooperar entre sí para alcanzar tales objetivos, y a tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole, para asumir los compromisos de la Convención y contribuir con ello a la consolidación en el hemisferio de un régimen de respeto a las libertades individuales de todas las personas.

La plena adhesión de México a este instrumento quedó sujeta a su aprobación por parte del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales correspondientes.

Cabe recordar que el veintiuno de diciembre del dos mil el pleno de la Cámara de Diputados aprobó el dictamen relativo a una iniciativa de reforma al Código Penal Federal para la tipificación del delito de desaparición forzada de personas. Este dictamen también fue aprobado en la Cámara de Senadores el veinticinco de abril del dos mil uno.

### **7.- Ratificación del Senado de la República a la Convención.**

El Senado de la República aprobó dos de los principales instrumentos internacionales para la defensa de los derechos humanos, aunque ninguno operará en el caso de los desaparecidos políticos ni de hechos ocurridos antes de la entrada en vigor de ambos.

Se trata de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En esta última se deja a los militares a salvo de ser juzgados, bajo el argumento de que la Constitución mexicana reconoce el fuero de guerra.

El gobierno foxista propuso la ratificación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, pero dejando fuera el artículo 9 de la misma, donde se precisa que los responsables de ese delito de lesa humanidad no podrán ser juzgados bajo jurisdicciones especiales, en particular la militar.

El artículo reservado advierte también que "los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares", y que "no se admitirán privilegios, inmunidad ni dispensas especiales en tales procesos."<sup>131</sup>

Sin embargo, en el dictamen se formula reserva expresa al artículo 9, ya que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en

---

<sup>131</sup> Artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

servicio. Se asegura también que el fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido que lo marca la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ya que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana, "nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."<sup>132</sup>

Bajo esa salvedad, se precisa en el dictamen, al ratificar la convención el gobierno mexicano se compromete a "no practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en los casos de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales"; adoptar las medidas legislativas que fueran necesarias para tipificar ese delito; sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores y cómplices de ese ilícito, así como la tentativa del mismo.

Asimismo, el gobierno mexicano adquirió el compromiso de establecer la imprescriptibilidad de ese delito o, en su defecto, cuando exista una norma de carácter fundamental que impida la adopción de esta circunstancia, fijar un plazo igual al del delito más grave que consigne la legislación interna. Otro de los instrumentos internacionales que se ratificó, es el que se refiere a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, por el que el gobierno federal "se obligara a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción punitiva del Estado, que en nuestro sistema jurídico nacional rige como regla general, no opere tratándose de esta clase de delitos que atentan contra los derechos fundamentales de la persona, evitando su impunidad."<sup>133</sup>

Sin embargo, el gobierno mexicano aclara -en una declaración interpretativa- que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes de guerra y de lesa humanidad "cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México", ello con fundamento en el artículo 14 constitucional.

---

<sup>132</sup> Artículo 14 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos

<sup>133</sup> Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

Esto significa que pese a ratificar esa convención, adoptada por la Organización de Naciones Unidas en noviembre de 1968, ya no se considerarían imprescriptibles las desapariciones forzadas de la llamada *guerra sucia* de los años 70 y 80, ni la masacre del 2 de octubre en Tlatelolco, y ni siquiera las recientes de Aguas Blancas y Acteal.

Una de las problemáticas de mayor prioridad es la lucha contra la impunidad, en todos los ámbitos, destacando la necesidad de esclarecer las violaciones a los derechos humanos cometidas por el Gobierno en el pasado en contra de personas vinculadas a los movimientos sociales y políticos.

Es por ello que, el Estado mexicano se comprometió a hacer frente a estas violaciones sistemáticas a los derechos humanos, a través de la creación de una Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado" (FEMOSPP) quien estaría a cargo de investigar y establecer las responsabilidades de los servidores públicos respecto de dichas violaciones, sobre todo las realizadas durante la llamada "Guerra Sucia" de la década de los sesenta y setenta, así como los sucesos de 1968.

Se argumenta que la postura del gobierno mexicano no implica exclusión ni modificación de los efectos legales que persigue la convención, pero "es necesario armonizar los principios que integran nuestro sistema jurídico, con los que conducen las relaciones de la sociedad internacional, porque no es posible que ante la consumación de actos de barbarie tan repugnantes, sigamos alegando la prescripción de las acciones en contra de los responsables."<sup>134</sup>

En este sentido era necesario que el Gobierno tuviera la voluntad para crear las condiciones jurídicas y políticas propicias para que la Fiscalía desarrollara su labor adecuadamente y se pudieran subsanar las lagunas y obstáculos legales, que pusieran en riesgo una adecuada procuración de la justicia para las víctimas de estas violaciones.

---

<sup>134</sup> Informe sobre Desapariciones Forzadas en México Presentado por el Centro de Derechos Humanos "Fray de Vitoria O.P." A. C. y la Comisión Mexicana para la Defensa y la Promoción de los Derechos Humanos A. C.

Contrario a este ánimo, el Estado mexicano ha realizado varias acciones que coartan la posibilidad de que las víctimas de estas violaciones obtengan una verdadera justicia y ponen en duda la voluntad del actual gobierno, de poner fin a la impunidad y terminar con la protección de ciertos grupos de poder en el país.

Por un lado, el 20 de marzo del año dos mil dos, en el Diario Oficial de la Federación se publicó un acuerdo de la Procuraduría General de la República, por el cual se delega al Fiscal Especial la facultad de autorizar el no ejercicio de la acción penal y autorizar la reserva de la averiguación previa, facultades que son propias del Ministerio Público de la Federación. Esto resulta muy grave, pues se delega en el fiscal toda la autoridad para abrir y cerrar las investigaciones discrecionalmente sin que exista otra autoridad que pueda fiscalizar su correcta actuación.

Por otra parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, fue ratificada por el Senado en diciembre del año dos mil uno, realizando una reserva y una declaración interpretativa que frustran el objeto y fin de dicha Convención.

Esta situación, fue denunciada oportunamente por el Gobierno del Distrito Federal, quien ha interpuesto una controversia constitucional que versa sobre la inconstitucionalidad de la reserva y la declaración interpretativa, basándose en argumentos jurídicos de la legislación nacional y los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

El decreto promulgatorio de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue publicado el día dieciocho de enero del dos mil dos, en el Diario Oficial de la Federación con una reserva respecto de la cual es importante señalar que el artículo 13 de la Constitución Política, señala que: "... Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar..." . Es decir que el fuero de guerra se aplica únicamente para los delitos que tengan estricta conexión con la disciplina militar. Según la doctrina en la materia, se entiende que éstos delitos serán aquellos que se realicen en contra de militares o de sus bienes, siendo por lo tanto la desaparición forzada un delito que debe ser juzgado por los tribunales civiles. La Convención es muy

clara al señalar en su artículo IX que: "Los hechos constitutivos de desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de funciones militares."<sup>135</sup>

Asimismo, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, han señalado en reiteradas ocasiones que cuando la justicia militar investiga violaciones a los derechos humanos cometidas por su propio cuerpo se viola la imparcialidad requerida.

Es por ello, que se considera esta reserva como violatoria de la propia Convención y consideramos que sólo pone de manifiesto la protección que el Estado mexicano sigue otorgando a los elementos de las Fuerzas Armadas, lo que propicia que éstos sigan cometiendo violaciones a los derechos humanos y se fomenta la impunidad.

Aunado a lo anterior, el día veintisiete de febrero del año en curso, fue publicado en el Diario Oficial una fe de erratas, en la cual se indicaba que se había "omitido" incluir una declaración interpretativa que se hacía a la Convención. Esta declaración interpretativa señala que: "dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención."<sup>136</sup>

Es claro que las convenciones e instrumentos internacionales tienen validez jurídica desde el momento en el que se manifiesta la voluntad del Estado de comprometerse a hacer efectivas sus disposiciones, a través de la ratificación y que por ello, tal como lo señala el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se pueden aplicar retroactivamente. Sin embargo, lo que se pretende con esta declaración interpretativa es dejar sin validez el artículo III que a la letra dice: "Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima". De esta forma, aunque la desaparición se haya cometido previo a la entrada en vigor de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, mientras se oculte el paradero de la persona desaparecida, la violación continúa cometiéndose, por lo cual la Convención sí es un instrumento aplicable.

<sup>135</sup> Diario Oficial de la Federación, de dieciocho de enero del dos mil dos, páginas 4 a 12.

<sup>136</sup> El veintisiete de febrero del dos mil dos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la FE de erratas al Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

El panorama actual con una legislación nacional a mi punto de vista es deficiente en materia de desaparición forzada; con acciones contrarias a lo establecido en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; y con un Fiscal con facultades excesivas y sin ningún tipo de control sobre sus acciones, plantea enormes dificultades para lograr justicia y una verdadera "reconciliación nacional" y podría llevar a un mayor resquebrajamiento del tejido social. Además, podría aumentar la desconfianza en las autoridades sobre todo en aquellas encargadas de la procuración y administración de justicia.

Por todo lo anterior, es necesario que se adopten las medidas necesarias para garantizar que se esclarezcan las violaciones sistemáticas a los derechos humanos cometidas por el Gobierno en el pasado. Específicamente se necesita, a consideración de la comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, que:

*"El poder Ejecutivo;*

1) *Elimine la reserva y la declaración interpretativa realizadas a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.*

2) *Elimine la reserva realizada a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.*

3) *Delegue las facultades otorgadas al Fiscal para que autorice el no ejercicio de la acción penal y la reserva de la averiguación previa, en otra autoridad del sistema de procuración de justicia.*

*El Poder Judicial:*

1) *Que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelva de conformidad con los estándares internacionales la controversia constitucional interpuesta por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal sobre este respecto.*

*El Poder Legislativo;*

1) *Los Congresos Locales adecuen la legislación local en torno a la desaparición forzada de personas a los estándares internacionales en la materia."*<sup>137</sup>

<sup>137</sup> Boletín de Prensa de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., de treinta y uno de mayo del dos mil dos.



En sesión pública ordinaria de la Cámara de Senadores, celebrada el diez de diciembre de dos mil uno se aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, tomando como base diversas manifestaciones que aludieron los Senadores de la República, en donde destacaron la importancia de la aprobación de dicho instrumento de las cuales se analizarán enseguida las más relevantes para el presente estudio.

Los delitos a que se refiere la Convención son aquellos que no sólo violan los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino los que al mismo tiempo suponen negación de la personalidad moral del ser humano, el menosprecio de su dignidad, se manifiesta como caso extremo cuando se le mira como cosa.

Nuestro gobierno al suscribir el instrumento en estudio se sumó así a la tendencia de la sociedad internacional en la materia que busca fortalecer el sistema institucional de protección a los derechos humanos en el mundo. A través de la adhesión de este instrumento se busca que la prescripción de la acción punitiva del estado que nuestro sistema jurídico nacional rige como regla general no opere (mientras no se ponga a disposición de autoridad judicial al sujeto pasivo o bien, que no se encuentre el cadáver del mismo) tratándose de esta clase de delitos para evitar con ello su impunidad, delitos que son cometidos por aquellos que abusando del poder que detentan privan sin derecho o razón en razón de su nacionalidad, raza, religión u opiniones a individuos, grupos de individuos de sus derechos elementales correspondientes a su ser, es decir, el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal, a la salud, a la libertad individual y otros más.

Es cierto que en México todos los delitos tienen un tiempo de prescripción; pero también lo es la imperativa necesidad de armonizar principios que integra nuestro sistema jurídico en la especie con los que conducen en las relaciones de la sociedad internacional porque no es posible que ante la consumación de actos de barbarie tan repugnantes y grotescos sigamos sosteniendo la prescripción de las acciones en contra de sus responsables.

Para precisar la postura del Estado Mexicano en virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo primero, de la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes a que se refiere, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido y no se contravenga el principio de

irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 14 constitucional, y sin que implique exclusión ni modificación en los efectos legales que se persiguen en este instrumento, si es aprobado por el Senado de la República el Ejecutivo Federal procedió al depósito del instrumento de ratificación respectivo ante la Organización de los Estados Americanos con una declaración interpretativa para determinar que el Gobierno de México únicamente considerará imprescriptibles los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidos con posterioridad al entrar en vigor de la Convención.

El sustento de este instrumento tiene como propósito el de prevenir, sancionar y erradicar en lo posible una conducta que dañe uno de los bienes más preciados de las personas como es su libertad. La ocultación de las personas que propicien a gentes del estado o también personas que actúen con la autorización, el apoyo o el consentimiento del propio Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad, o de comunicar sobre el paradero de las víctimas, es una conducta que, sin lugar a dudas, merece un castigo.

Establece el derecho y el deber de toda persona de no obedecer órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada de personas. La obligación de los Estados parte, de prestarse recíproca cooperación en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieran sido trasladados a otro Estado, o retenidos en este, como consecuencia de la aparición forzada que hagan sus padres, tutores o guardadores, y la obligación a cargo de los Estados parte, de establecer y mantener registros oficiales actualizados sobre sus detenidos, que conforme a su legislación interna pondrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, o cualquier persona, con interés legítimo y otras autoridades.

El veinticinco de abril del año dos mil uno fue aprobado por la Cámara de Senadores el tipo penal de desaparición forzada de personas, y por la importancia del bien jurídico tutelado, y el quebrantamiento ilegítimo, que del mismo se produce, se incluyó dentro del catálogo de delitos graves, que establece el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Nuestro Código Penal Federal, en su artículo 215 A, establece que comete el delito de desaparición forzada de personas el servidor público que, independientemente de que haya

participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

Una vez que nuestra legislación interna se tipificó la figura del delito de desaparición forzada de personas, el interés manifestado por el Gobierno de México, al suscribir y adoptar diversos tratados internacionales en estas materias, su finalidad es contar con una mayor y mejor cooperación internacional en conductas que lesionan a la sociedad.

En síntesis, es un instrumento contra la impunidad. La comisión de estos delitos es de tal magnitud que deshonran todo el esfuerzo de la civilización humana, por lo que los perpetradores no deben escapar de la justicia, invocándose pretexto legal alguno.

El castigo, pues, de estos delitos contribuye a la paz a la seguridad internacional; significa de esa manera anteponer la ley a la barbarie, es seguirle apostando a la civilización y a la forma ordenada de relacionarse entre los seres humanos.

#### **8.- El tipo penal en estudio a la luz de la Convención Interamericana.**

El propósito esencial inmerso en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se manifiesta en una serie de compromisos que se establecen a cargo de los Estados Partes que la suscriban, para lograr, entre otros, los siguientes objetivos:

- a) *"no practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en casos de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;*
- b) *adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas;*
- c) *sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices de ese delito, así como la tentativa del mismo; y,*

- d) *establecer la imprescriptibilidad del delito o, en su defecto, cuando exista una norma de carácter fundamental que impida la adopción de esta circunstancia, fijar un plazo igual al del delito más grave que consigne la legislación interna.*" <sup>138</sup>

Encontramos en el instrumento internacional, en estudio, la intención de tutelar la libertad externa de las personas frente a una especie de prisión arbitraria, que se manifiesta en el ocultamiento que de éstas propicien agentes del Estado o también personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del propio Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de comunicar sobre el paradero de las víctimas.

Se trata de una cuestión de seguridad jurídica en la que se busca preservar la libertad física de las personas, de las prisiones arbitrarias en las que impunemente se les oculta sin previa información y sin orden por escrito de la autoridad competente --*cuando se trata de una detención ilegal*--, o en las que se les mantiene ocultas sin notificarles en forma --*ni a la víctima, ni a sus allegados*-- sobre el estado legal de su situación, aun cuando la detención derive de una orden escrita de autoridad competente.

Se observa también, en el caso particular, el compromiso implícito para los Estados Partes que suscriban el instrumento que se analiza, de adoptar las medidas necesarias para hacer efectiva su jurisdicción en los siguientes casos:

- a) *Cuando el delito se cometa en su jurisdicción;*
- b) *Cuando el imputado sea nacional de ese Estado;*
- c) *Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado; y,*
- d) *Cuando el presunto delincuente se encuentre dentro de su territorio y no proceda a extraditarlo.*

En esta última hipótesis, cuando un Estado Parte no conceda la extradición, tendrá la obligación de someter el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiere cometido

---

<sup>138</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

en el ámbito de su jurisdicción, para los efectos de su investigación, y cuando proceda, de instruir el proceso penal conforme a su legislación nacional.

Nuestro régimen jurídico positivo ya contempla y sanciona el tipo penal de desaparición forzada de personas en los artículos 215-A, al 215-D; preceptos que integran el capítulo III Bis, del Título Décimo, Libro Segundo, del Código Penal Federal, y cuya vigencia se inició a partir del día primero de junio de dos mil uno. Se trata de una conducta arbitraria que un servidor público, abusando de las facultades que le han sido dadas, despliega al propiciar o mantener dolosamente el ocultamiento de personas bajo cualquier forma de detención; descripción típica que, por la importancia del bien jurídico que tutela --la libertad personal de obrar y de moverse-- y el quebrantamiento ilegítimo que del mismo se produce, está incluida dentro del catálogo de los delitos graves que establece el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

También prevé el Código Penal Federal, la posibilidad de atenuar la pena imponible a quienes hubieren participado en la comisión del delito, si concurren determinadas circunstancias en su desarrollo. Entre éstas:

- a) *"si la víctima es liberada dentro de los tres días siguientes a su detención, la pena privativa de la libertad aplicable al sujeto activo será de ocho meses a cuatro años de prisión --en lugar de cinco a cuarenta años, establecida para el tipo básico--;*
- b) *Si la libertad de la persona arbitrariamente detenida se produce dentro de los diez siguientes a su detención, la pena será de dos a ocho años de prisión, y;*
- c) *cuando aquel que hubiere participado en la comisión del delito, proporcione información que permita el esclarecimiento de los hechos o contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima, las penas aplicables se podrán disminuir en su beneficio hasta en una tercera parte o la mitad, respectivamente."*<sup>139</sup>

Algunas precisiones, sin embargo, es necesario determinar con relación a un tema que se plantea en el instrumento internacional en estudio, que pudiera dar lugar a contradicciones :

---

<sup>139</sup> Artículos 215 a 215 G del Código Penal Federal.

- a) *la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena derivadas del delito de desaparición forzada de personas o, en su defecto, si existiera una norma de carácter fundamental que se opusiera a la vigencia de esta disposición, el establecimiento de un plazo igual al del delito más grave en la legislación interna de los Estados Partes; y,*

*“Refiriéndonos al tema de la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena derivadas de la comisión del delito de desaparición forzada o, en su defecto, del establecimiento de un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito más grave en la legislación federal mexicana. En nuestro país, todos los delitos tienen un plazo de prescripción y esto lo sabe, no nos cabe duda, el Ejecutivo Federal y el plenipotenciario que firmó la Convención que se analiza, al expresar el consentimiento del Estado mexicano en obligarse por las disposiciones contenidas en tal instrumento. Tan es así, que en el memorándum de antecedentes de ese documento, el interés de ratificarlo se sustenta, entre otras, en la premisa de impedir que conductas de tal gravedad, puedan quedar impunes. Por ello, el Gobierno de México trata de sumarse a la sociedad internacional que ya considera imprescriptible ese acto de barbarie repugnante”.*<sup>140</sup>

Los tratados internacionales son actos materialmente legislativos por contener normas generales y abstractas; y cuando satisfacen los requisitos a que se refiere el artículo 133 constitucional, son ley interna. Es decir, al asumir el Estado mexicano en su conjunto estos compromisos internacionales, los mismos, por disposición expresa del precepto en cita, automáticamente forman parte del derecho positivo mexicano. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto, considera que estos instrumentos se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de nuestra ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Este nuevo criterio se sustenta en la circunstancia que estriba en que estos compromisos los suscribe el Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado; y los aprueba el Senado de la República como representante de las entidades federativas, para dotarlos de ese carácter imperativo del que no se pueden sustraer las autoridades mexicanas.<sup>141</sup>

<sup>140</sup> Sesión de seis de diciembre del dos mil dos de la Cámara de Senadores.

<sup>141</sup> Criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por consiguiente, la aprobación de tal instrumento no provoco la existencia de un problema de contradicción con las disposiciones del Código Penal Federal, habida cuenta que estaríamos en un caso de derogación implícita, que haría imposible la validez en forma simultánea de las reglas de la prescripción previstas en el Capítulo VI, del Título Quinto, Libro Primero, del ordenamiento jurídico en cita, tratándose del delito de desaparición forzada de personas.

Esta consideración es dable sustentarla, además, en el artículo 6o. del propio cuerpo normativo, al disponer que: *"Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general"*. Y los tratados internacionales se consideran como leyes especiales.

Tratándose del delito de desaparición forzada de personas, considero que no debería operar la prescripción de la acción penal ni de la pena; o bien, que el plazo para que ésta se manifieste, será igual al término medio aritmético de las sanciones previstas para el delito más grave consignado en nuestra legislación interna --45 años en el delito de homicidio calificado--; mayor que el que actualmente prevé el artículo 215-A del Código Penal Federal, para el delito de desaparición forzada --22 años, 6 meses--.

#### *"ARTÍCULO II*

*Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la desaparición."*

De acuerdo con el primero de los preceptos citados, comete el delito el servidor público que, con independencia de que haya participado o no en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención. Así, cuando en esta disposición es irrelevante la participación del servidor público en la detención de la

víctima, para que se considere consumado el delito; al mismo tiempo deja abierta la posibilidad de que tal detención se efectúe por personas que no tengan la calidad de servidores públicos, con la condición de que éstos sean los que propicien o mantengan el ocultamiento del ofendido por la conducta delictiva. Asimismo, cuando en el artículo II de la Convención se define la desaparición forzada como la privación de la libertad de una o más personas, por agentes del Estado --*servidores o funcionarios públicos*-- o personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado; indiscutiblemente, para que pueda configurarse la comisión del delito por estas personas o grupos de personas, necesariamente deberán contar con la autorización, el apoyo o la aquiescencia --*que también significa autorización, consentimiento, permiso, etc.*-- de funcionarios del Estado, pues, de otra manera, estaremos en presencia de otra clase de ilícitos.

Para precisar la postura del Estado mexicano, en virtud de la índole de los hechos que constituyen la figura de la desaparición forzada de personas, sin que implique exclusión ni modificación de los efectos legales que se persiguen con la aprobación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; ésta al ser aprobada por el Senado de la República, el Ejecutivo Federal procedió al depósito del instrumento de ratificación respectivo, con la declaración interpretativa a que nos hemos venido refiriendo en apartados anteriores.

Analizados, de tal manera, el sentido y alcance de las disposiciones de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*; se acepta la responsabilidad internacional de cumplir con las obligaciones y ejercer los derechos que en ellas se consagran, conforme a la buena fe; reglas en las que se manifiesta un evidente respeto a la soberanía nacional, a la seguridad de las relaciones internacionales y se ajustan a las normas imperativas del Derecho Internacional.

La libertad personal es uno de los bienes más preciados en nuestra sociedad. Su privación es tenida como una de las sanciones más severas a las que puede ser sometida una persona. Precisamente por ello se ha venido creando todo un sistema de garantías para preservarla y evitar las arbitrariedades y los excesos por parte de quienes ejercen el poder público. Sin embargo, a pesar de todo, en nuestro país ese bien jurídico universalmente reconocido se ve frecuentemente violentado; los ataques van desde la detención arbitraria hasta la desaparición forzada de personas.



Existe una estrecha vinculación entre la desprotección de la libertad personal y la desaparición forzada de personas. Esta no es posible sin la primera. Por ello resultaría incongruente sancionar la desaparición forzada sin hacer lo propio con el caso más frecuente de afectación de la libertad en situaciones cotidianas.

La democracia es impensable sin la protección de la libertad personal. Esta no es sólo un presupuesto para el ejercicio de derechos fundamentales como los de expresión, reunión y asociación, sino para la protección de la vida e integridad personal. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala en este sentido que a menos que el ejercicio de los derechos de los ciudadanos estén garantizados, "las demás barreras a la acción gubernamental se convierten en esperanzas vacías y la democracia no se puede beneficiar con el juicio libre y espontáneo de un pueblo del que debe depender para dirigir su propia conducta."<sup>142</sup>

Si el Gobierno mexicano está obligado a promover y proteger el ejercicio de los derechos y libertades de sus habitantes, con mayor razón debe comprometerse en esta tarea cuando son sus propios agentes quienes vulneran estos derechos.

La norma constitucional establece las garantías mediante las cuales ninguno de nosotros puede ser privado de su libertad y señala limitativamente los supuestos en los cuales podemos ser privados de la misma. Estos son los casos de flagrancia, orden judicial de aprehensión y orden de detención tratándose de caso urgente en delitos graves.

Para que las normas constitucionales que resguardan los derechos individuales se observen cotidianamente, no basta una mera abstención por parte del Estado, como erróneamente se ha creído, sino que son necesarias acciones y medidas positivas por parte de la autoridad encargada de conducir los asuntos públicos. Se requiere de una verdadera libertad y ello implicó la promulgación de una legislación ordinaria idónea.

Nuestro marco jurídico presentaba graves deficiencias para evitar la detención arbitraria. Esta situación ancestral y generalizada en todo el país se ha visto favorecida por un explicable

---

<sup>142</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

reclamo de acciones eficaces contra la delincuencia que demanda mayores poderes para los agentes de autoridad encargados de hacer cumplir la ley. Esta política, lejos de haber contribuido a una mayor seguridad pública, ha sido fuente de inseguridad al haber prohijado fenómenos de corrupción y arbitrariedad en las policías preventivas y judiciales. Saldo de todo ello es la frecuente afectación de la libertad personal y el consiguiente demérito de la confianza de los habitantes en las autoridades, lo que a su vez se traduce en una falta de colaboración e ineficacia en la prevención y persecución de faltas y delitos.

El orden jurídico debe asimismo comprender medidas preventivas de la afectación de los bienes que busca proteger y en este sentido se propuso desincentivar la detención arbitraria mediante una sanción procesal consistente en decretar la nulidad de todas las actuaciones procesales que sigan a una ilegal detención.

La desaparición forzada constituye la más grave, particular y trascendente violación de la libertad. Esta práctica se ha llevado a cabo durante las últimas tres décadas y ha sido ejecutada por diversos cuerpos policíacos y de seguridad del Estado, tanto a nivel local como federal; se ha dado de manera sistemática y bajo las condiciones de impunidad en el ejercicio arbitrario de la autoridad.

El tipificar a la desaparición forzada como un ilícito penal tuvo como objetivo fortalecer los instrumentos jurídicos para vivir en un verdadero estado de derecho, de manera que puedan prevenirse y sancionarse tales conductas.

El carácter permanente de la conducta hace posible también que en tanto persista el ocultamiento del paradero de la persona se está ante acciones u omisiones presentes y, por tanto, susceptibles de configurar el tipo delictivo, independientemente de la temporalidad de su inicio.

Más de 500 personas a lo largo de las últimas décadas han sido ilegalmente apresadas por miembros de cuerpos de seguridad del Estado quienes por sí, conjuntamente o valiéndose de particulares (brigadas blancas, grupos paramilitares o parapoliciales, "madrinas" etcétera), han sustraído a seres humanos de su entorno normal de vida. Más no ha sido solamente la detención de la persona, sino que la privación de la libertad conlleva, además, el ocultamiento de aquélla; no se

da información sobre su paradero a sus familiares, amigos o correligionarios; se niega incluso la propia detención.

Esta situación trasciende a los familiares quienes viven indefinidamente en el dolor y la incertidumbre. En medio de la total impunidad, quienes deberían proteger a las personas y observar rigurosamente sus derechos, los violan brutalmente. Al mantener oculta la detención impiden que las personas, sus allegados e incluso que las instituciones públicas encargadas de la tutela de derechos puedan actuar; se elimina cualquier posibilidad de defensa, no hay acusación, no hay juez, no hay procedimiento, no hay sentencia. Simplemente se "desaparece" a la persona.

Los numerosos testimonios de quienes han sido víctimas o testigos de la desaparición han permitido reconstruir el modus operandi: detenciones ordenadas y conocidas por los mandos de las fuerzas de seguridad y aun por quienes han desempeñado funciones gubernativas, el objetivo es eliminar la oposición de quienes disienten de los detentadores del poder, el empleo de cárceles clandestinas, campos militares, bases navales, involucramiento de altos mandos, coordinación de diversas fuerzas estatales (policías, cuerpos de inteligencia, fuerzas armadas), absoluta negativa de presidentes de la República, procuradores, gobernadores, secretarios de Estado y otros altos funcionarios para investigar las desapariciones.

Todo esto lleva a concluir que se ha tratado de una política de Estado más que de excesos aislados de poder. Aun cuando la legislación vigente establece tipos delictivos para sancionar el secuestro, no existe absolutamente ningún sentenciado, es más, ningún procesado por motivo de alguna desaparición forzada, ni siquiera por abuso de autoridad o ejercicio indebido del servicio público.

Esta conducta que distingue a la desaparición de otras modalidades de privación ilegal de la libertad es el ocultamiento del paradero de la víctima y que se exterioriza con la ausencia o falsedad de información sobre la misma, en la negativa de su detención o en la negativa para informar de su paradero.

No obstante su gravedad, cuando la libertad del desaparecido tenga lugar durante los primeros días de su captura, se prevén tipos atenuados que tienen en cuenta la libertad y la vida de la persona como objetivo prioritario.

Si bien el elemento predominante en los casos de desaparición ocurridos en nuestro país es el de dirigirse a opositores o disidentes políticos, el tipo adoptado no restringe a tal calidad los posibles sujetos pasivos, puesto que la pretensión del mismo es proteger a cualquier persona, independientemente de su posición política, inclusive a los agentes del mismo Estado.

No se puede dudar, que hay una relación inseparable de identidad entre el concepto de persona y el de libertad. En efecto, si el individuo es un ser esencialmente volutivo y si su voluntad se enfoca invariablemente y absolutamente hacia la obtención de su felicidad, es evidente que constituye, como lo concibe Kant, un ente autoteleológico; es decir, persona humana. Por consiguiente, el hombre es naturalmente libre para concebir sus propios fines vitales y para seleccionar y poner en práctica los medios tendientes a su realización.

De ahí que filosóficamente, la libertad sea un atributo consustancial de la naturaleza humana, es decir, que el hombre, en su íntima esencia, es libre por necesidad ineludible de su personalidad, como elemento sustancial de su ser.

Por ello es necesario crear las condiciones para que unos y otros vivan en constante y dinámico equilibrio dentro de un régimen jurídico que asegure su mutua respetabilidad y superación, particularmente del respeto a sus libertades, por parte de todos, incluso del Estado mismo.

La libertad de la persona, como atributo esencial de su naturaleza, se reconoce en sus primordiales manifestaciones por nuestra Constitución General. Pero el simple reconocimiento de la potestad literaria natural, es decir, su elevación a la categoría de derecho público subjetivo, del que es titular todo gobernado y la obligación correlativa necesariamente existente a cargo de las autoridades del Estado, serían meras declaraciones constitucionales teóricas o ideales sin la implantación, en la propia Ley Suprema, de las llamadas garantías de seguridad jurídica.

Estas garantías encauzan coercitivamente la libertad personal, previniendo los casos en que dicha afectación es procedente. Por ello dentro del régimen de derecho establecido por la Constitución General, el gobernado no sólo goza de su libertad natural erigida en derecho sustantivo oponible al poder público, sino que en un ámbito que le asegure que ese derecho no le puede ser arrebatado ni restringido, sino en situaciones y mediante las exigencias previstas en los mandamientos constitucionales, ya que en caso contrario, serán conductas que son constitutivas de delitos, ya sea por las autoridades o los particulares.

Aludiendo específicamente a la libertad física de la persona, denominada comúnmente libertad personal o ambulatoria y que se traduce en la situación negativa de no estar impedido heteronamente para movilizarse o desplazarse según sus deseos, o sea, de no estar en cautiverio, nuestra Constitución la asegura a través de diferentes disposiciones que consignan distintas garantías de seguridad jurídica, así como en diversas disposiciones penales, para evitar, tanto su afectación arbitraria por parte de los órganos del Estado, como su prolongada o indefinida restricción.

Lo cierto es que hoy nadie duda sobre la importancia que la libertad personal, deambulatoria o física representa, como garantía constitucional o derecho subjetivo público fundamental. Esto nos lleva afirmar una vez más que ésta no puede ser vulnerada por el Estado de manera caprichosa o voluntariosa, sino sólo bajo exigencias que la propia Ley Fundamental establezca; con mayor razón no ha de ser vulnerada o restringida por los particulares o individuos comúnmente considerados. Es precisamente por esto que en la Ley Penal se sanciona y tipifica como conducta antijurídica que merece el reproche penal del Estado.

Sin embargo, es necesario perfeccionar nuestro marco legal, respecto a este tipo de conductas, particularmente cuando se da la detención con miras al ocultamiento de la persona, por parte de los servidores públicos.

En la especie, estamos hablando de un delito, cuyo sujeto activo disfruta, sea por acción o por omisión, del respaldo y recursos del Estado, pues forma parte integrante de los cuerpos policíacos o de seguridad o, en todo caso, si no es así, se apoya en la aquiescencia de las

autoridades, lo que le proporciona la suficiente confianza como para considerar que tiene al alcance de la mano la impunidad y en donde el sujeto pasivo se encuentra absolutamente indefenso ante una agresión física y moral de tal magnitud.

Que además con dicha conducta, todas las garantías constitucionales desaparecen en el momento en que violentamente es segregado de su familia y de la sociedad por personas desconocidas sin que sus familiares conozcan el lugar al que será trasladado o los cargos que se le imputan; el derecho de amparo que a todo ciudadano formalmente le corresponde, en tales circunstancias resulta nugatorio, todo el régimen jurídico, todos los derechos humanos y todo el estado de derecho, desaparecen en el momento en que se consuma la desaparición forzada; los familiares de las víctimas lo constatan recurrentemente durante muchísimos y largos años, tocando las puertas de infinidad de oficinas gubernamentales en donde nadie les informa sobre el destino del detenido-desaparecido, perdiendo en muchos casos el derecho a la resignación ante la imposibilidad siquiera de encontrar el cadáver de su ser querido.

Una vez que nuestra legislación interna se tipificó la figura del delito de desaparición forzada de personas, esta soberanía, sabedora del interés manifestado por el Gobierno de México, al suscribir y adoptar diversos tratados internacionales en estas materias, su finalidad es contar con una mayor y mejor cooperación internacional en conductas que lesionan a la sociedad.

Respecto a la reserva, desde nuestra perspectiva, tal declaración interpretativa es prácticamente una reserva. Y si partimos de que la formulación de reservas es válida, siempre que éstas no sean incompatibles con el objeto y propósito del instrumento en cuestión y versen sobre una o más disposiciones específicas, la declaración interpretativa, que el Gobierno Mexicano mantiene en este caso, altera completamente la naturaleza de la Convención y evidencia la falta de voluntad del Gobierno Mexicano para asumir compromisos concretos en la materia.

El primer párrafo del Artículo 1º de esta Convención estipula: "el conjunto de crímenes, que son imprescriptibles". Pero, además, nos dice que no importa la fecha en la que se hayan cometido. No obstante, contrariamente a lo que se argumenta en el dictamen en cuanto a que la pequeña

precisión que el Gobierno Mexicano incorpora a su postura, a través de la declaración interpretativa, no implica la exclusión ni la modificación de los efectos legales que se persiguen con la Convención.

Creemos que la declaración interpretativa demuestra que las resistencias vinculadas al tema de la revisión del pasado y el castigo de crímenes que deben ser considerados como de lesa-humanidad, según los propios términos y conceptos a los que nos remiten los artículos 1º y 2º de esta Convención, se sobreponen a la existencia de un compromiso real.

Lo anterior es, todavía, más evidente si tomamos en cuenta que de acuerdo al Artículo 4º los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legítimas o de cualquier otra índole que fueran necesarias, para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecidas por la ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos 1º y 2º de la presente Convención y en caso de que exista sea abolida.

Por lo tanto, ante la intención del Gobierno Mexicano de obligarse adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción punitiva del Estado, que en nuestro sistema jurídico nacional rige, como regla general, no opere tratándose de esta clase de delitos que atentan contra los derechos fundamentales de la persona humana, evitando con ello su impunidad, es necesario reconocer que ésa es la tendencia.

Con la adhesión a este instrumento, nuestra nación se obligó a adoptar las medidas necesarias para que la prescripción de la acción punitiva del Estado que en nuestro sistema jurídico rige como regla general, no opere tratándose de esta clase de delitos que atentan contra los derechos fundamentales de la persona humana, evitando con ello su impunidad. Al mismo tiempo, la declaración interpretativa que el Estado Mexicano le añade a la firma de este instrumento, en el sentido, de que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que tipifica la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México.

Esta interpretación del principio de la no retroactividad de las leyes, está consagrado en el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es un ejemplo claro del

espíritu conciliador y del sentido de justicia del Ejecutivo Mexicano. Así, los convenios y tratados internacionales son acuerdos de voluntad entre países que establecen derechos y obligaciones recíprocos entre quienes los suscriben, los cuales aprueban e incorporan a su propio sistema jurídico.

En el caso de México, la declaración de los derechos del hombre, la encontramos en el Artículo Primero de la Ley fundamental, el cual establece que en los Estados Unidos Mexicanos, todos gozarán de las garantías otorgadas por la misma, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en casos y con las condiciones que ellas mismas establecen.

Al aprobar estos Tratados sobre Derechos Humanos, el Gobierno Mexicano se sometió a un orden legal, dentro del cual, por el bien común asume varias obligaciones, pero no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su propia jurisdicción. El silencio oficial sobre el paradero de personas secuestradas por el Estado, y cuyo destino es sabido por el Gobierno, es también un crimen abominable. Todo Jefe de Estado que se jacte de ser democrático, debe poner y desaparecidas en su territorio, especialmente si se considera a sí mismo como un adalid respetuoso de los derechos humanos.

Aún falta mucho por caminar, por recorrer si en verdad deseamos que en nuestro país se respeten los derechos humanos, consideramos oportuno expresar que con la aprobación de estos instrumentos internacionales no se resuelve el problema de fondo.



**CAPITULO CUARTO**  
**LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS**  
**EN EL DERECHO COMPARADO.**

La desaparición forzada de personas como atentado a los derechos fundamentales del ser humano ha sido tema de diversas legislaciones en el mundo, algunas, con legislación profusa respecto a instrumentos normativos para su combate y supresión, otros con cierta o clara renuencia para frenarla, por los intereses creados desde las cúpulas gubernamentales, en especial, en los países con inestabilidades políticas y sociales.

Para efecto de advertir las tendencias indicadas, abordaremos con este capítulo la situación legislativa de Guatemala, Colombia, Costa Rica, Perú, Argentina y Venezuela, elegidos por las características peculiares en sus regímenes jurídicos

**1.- Desaparición forzada de personas en Guatemala.**

El Código Penal de Guatemala establece dentro de su Título IV de los "Delitos Contra la Libertad y Seguridad de la Persona," Capítulo Primero, catalogado como un delito contra la libertad individual, la desaparición forzada, estableciéndolo en el artículo 201 Ter, en el que señala que: *"Comete el delito de desaparición forzada quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o de la aquiescencia para tales acciones."*<sup>143</sup>

*Constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o con abuso o exceso de*

---

<sup>143</sup> Código Penal de Guatemala, Decreto No. 17-73 Congreso de la República de Guatemala.

*fuerza. Igualmente, cometen delito de desaparición forzada, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando cometan plagio o secuestro, participando como miembros o colaboradores de dichos grupos o bandas.*

*El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima.*

*El reo de desaparición forzada será sancionado con prisión de veinticinco a cuarenta años. Se impondrá la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada, la víctima resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o falleciere."*

## **B) Antecedentes de Desaparición Forzada en Guatemala.**

En los inicios de la década del sesenta, Guatemala se encontraba sumida en una crisis política. Las movilizaciones populares contra la corrupción gubernamental, por los derechos y libertades democráticas y en procura de mejores condiciones de vida se sucedían una tras otra. "Las demandas más inmediatas de los diferentes sectores de la población se convertían fácilmente en abiertas confrontaciones políticas debido a la notoria falta de voluntad para satisfacerlas por parte de los sectores en el poder."<sup>144</sup>

Estos factores, aunados a la ausencia de canales democráticos para la libre participación popular, abonaron el terreno para el surgimiento del primer movimiento guerrillero que contó con la simpatía y apoyo de gruesos sectores de la población. En el contexto de la crisis se produjo un golpe de estado en marzo de 1963, encabezado por un militar derechista: el coronel Enrique Peralta Azurdía, el cual suspendió la Constitución de 1956 y gobernó los siguientes tres años por decreto. El estado de sitio estuvo vigente durante la mitad de esos tres años. La seguridad del Estado fue concentrada por el ejército, el que recurrió al más descarnado terror con los objetivos de combatir eficazmente a la guerrilla y aislarla. "Como parte de la campaña contrainsurgente fueron emitidas leyes antidemocráticas y

<sup>144</sup> "Desapariciones", Amnistía Internacional. Editorial Fundamentos, Madrid, 1983.

atentatorias contra los derechos humanos, como la llamada Ley de Defensa de las Instituciones Democráticas."<sup>145</sup>

"En el marco de esta ley fue organizada la Policía Judicial, bajo la concepción de una policía política; además, se "legalizaron" las detenciones por simples sospechas seguidas de la incomunicación de las víctimas, las que eran sometidas a crueles interrogatorios y salvajes torturas en los centros de detención. Las detenciones fueron haciéndose cada vez más prolongadas y paulatinamente se convirtieron en desapariciones, tal como lo hizo constar el Comité Guatemalteco para la Protección de los Derechos Humanos en un informe a las Naciones Unidas en 1968."<sup>146</sup>

En su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala de 1997, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se percataba de la presencia del fenómeno con las siguientes características:

*"Las víctimas no son detenidas legalmente, mediante orden o mandamiento judicial, sino que son prácticamente "secuestradas", en sus hogares, centros de trabajo, en reuniones, asambleas, o mientras transitan por la vía pública en dirección a los mismos. Las detenciones ilegales o secuestros se efectúan por grupos de individuos fuertemente armados, quienes normalmente llevan metralletas, que se presentan e identifican verbalmente como pertenecientes a alguno de los distintos cuerpos investigativos o de seguridad; pero no se informa a nadie de los motivos de su presunta detención ni de los centros a donde serían trasladados.*

*Dichos grupos actúan a la luz pública con total impunidad y se movilizan en automóviles como los utilizados usualmente por las fuerzas policiales o fácilmente identificables como pertenecientes a los cuerpos de seguridad por las placas generalmente deterioradas que llevan, o sencillamente por ser carentes de matrícula alguna de circulación. Muchos de los secuestros, atentados y detenciones ilegales se realizan por grupos de hombres que conducen los llamados carros "Bracos" que es uno de los más utilizados por las fuerzas de seguridad del Gobierno guatemalteco.*

---

<sup>145</sup> Comité Pro-Justicia y Paz de Guatemala. Situación de los derechos humanos en Guatemala: 1984. Guatemala, diciembre de 1984.

<sup>146</sup> GALEANO, Eduardo. Guatemala, país ocupado. México, Distrito Federal, Editorial Fundamentos, 1997.

*"La ostensible impunidad con que operan, sin que en momento alguno se produzca ninguna intervención o actuación por parte de otras autoridades o agentes del orden que estén presentes en las cercanías, o simplemente sean requeridos para actuar a petición de familiares, amigos, o simples testigos presenciales, se presume que actúan con la complicidad y hasta el apoyo de las fuerzas armadas y policiales.*

*Las víctimas así aprehendidas desaparecen sin dejar rastro, como si se esfumaran, sin que se vuelva a tener noticias de sus paraderos.*

"Hace más de veinticinco años aparecieron por primera vez en Guatemala las organizaciones denominadas "Mano" (Movimiento Anticomunista Nacional Organización Anticomunista", y otras organizaciones paramilitares, iniciaron una campaña coincidente y a veces simultánea a la de las fuerzas de seguridad gubernamentales, que implicaba la eliminación de toda clase de oposición política, empleando los mismos métodos de terror y de violencia utilizados por la guerrilla y la subversión. Este proceso de convulsión interna generó en Guatemala una espiral de violencia que ascendió dramáticamente, manteniéndose siempre latente durante estos años con períodos de mayor o menor intensidad."<sup>147</sup>

Dentro de este proceso de violencia indiscriminada se produjeron también muchísimos casos de desapariciones de personas. Sin embargo, el fenómeno de los "desaparecidos", resultado de haber incorporado como parte de la estrategia contrainsurgente el sistema de secuestrar y eliminar masivamente personas sin dejar rastro de su paradero, se percibe con nitidez en Guatemala según informes de la CIDH sólo aproximadamente desde hace unos diez años.

Progresivamente, por la falta de investigación y sanción a sus autores y por el evidente apoyo que venían recibiendo para la realización de sus operativos, fue quedando cada vez más en claro la vinculación de estos grupos paramilitares con las Fuerzas de Seguridad del Gobierno de Guatemala.

---

<sup>147</sup> DE LEÓN VELAZCO, Héctor. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

Del análisis de las informaciones que obran en poder de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nombres, fechas, datos, edades, sexos, profesiones o actividades de las víctimas, características comunes de los atentados y diferentes estudios sobre el problema, no es posible precisar el número exacto de personas desaparecidas, queda de manifiesto la existencia de una situación de extrema gravedad que ameritó una especial consideración de parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Testimonios de personas que se encontraban en la situación de desaparecidos y de alguna manera lograron escapar de las manos de las autoridades guatemaltecas, sumados a las declaraciones de los testigos presenciales de los actos de secuestro y de capturas en domicilios, centros de trabajo y en lugares públicos, permiten conocer la metodología empleada por los comandos operativos especiales encargados de estas misiones."<sup>148</sup>

Amnistía Internacional señala que el término "desaparecido" hizo su entrada en el vocabulario de los derechos humanos en Guatemala en 1966, cuando el gobierno empezó, en secreto, a librarse de la oposición política. En Guatemala "las "desapariciones" continuaron en una enorme escala durante más de veinte años. Se calcula que, a partir de 1966, durante la primera década del terror oficial, veinte mil personas fueron víctimas de homicidios políticos y "desapariciones" llevadas a cabo por los "escuadrones de la muerte" clandestinos y respaldados por el ejército, aunque también participaron la policía y las fuerzas civiles paramilitares."<sup>149</sup>

El Comité Pro-Justicia y Paz de Guatemala al analizar la situación de los derechos humanos en Guatemala en el año de mil novecientos noventa y cuatro señaló los elementos característicos coincidentes que permiten distinguir las siguientes etapas dentro de la desaparición forzada:

a. *"El Momento de la Detención: Cuando tiene lugar en el domicilio de la víctima, el operativo no es llevado a cabo por una sola persona sino por grupos de 4 a 12 individuos que portan armas cortas y largas como fusiles y ametralladoras, a veces van uniformados pero generalmente actúan vestidos de civil.*

<sup>148</sup> Asociación Centroamericana de Familiares de Detenidos-Desaparecidos. Florecerás Guatemala. San José, 1988, p. 77.

<sup>149</sup> Amnistía Internacional, Crímenes sin castigo, homicidios políticos y desapariciones forzadas, EDAI, Madrid, 1993, p 17.

En muchas oportunidades se identifican como personal del DIT (Departamento de Investigaciones Técnicas de la Policía Nacional), del BROE (Brigada de Operaciones Especiales), o como miembros del Ejército de Guatemala. Se presentan generalmente en autos o camionetas con vidrios polarizados similares a los que emplean las fuerzas de seguridad, catean todo el domicilio, amedrentan a los ocupantes y al llevarse a la víctima muchas veces saquean la vivienda. Los atacantes actúan sin temor a ser interrumpidos, sorprendidos o arrestados por las fuerzas policiales que, de hecho, nunca han obstaculizado, interceptado o detenido tales capturas o secuestros. Cuando los vecinos o testigos recurren personalmente o por teléfono a la policía, ésta se niega a intervenir aduciendo que se trata de un operativo militar coordinado, la policía de la localidad, ni siquiera registrará en sus libros de acontecimientos policiales dicho suceso como un hecho policial.

b. Centros de Detención. La persona capturada es conducida a diferentes lugares de detención no oficiales, generalmente ubicados, según se indica, en establecimientos militares, sin ser informada de las razones de su detención, ni sobre el lugar donde se encuentra consignada. Queda totalmente incomunicada y al principio generalmente aislada de todo contacto con otras personas.

c. Los Interrogatorios. Grupos de personas, a veces distintas, llevan a cabo el interrogatorio del detenido. Al parecer, en casi todos los casos, se pretende obtener mayor información de la que en realidad posee el interrogado. Aparte del conocimiento personal que puede poseer se le solicita la identificación de otras personas presumiblemente vinculadas a él y la naturaleza de sus actividades y conexiones.

d. Las Desapariciones. Salvo casos muy excepcionales, quien es materia de acciones de secuestro o capturas especiales en Guatemala, está, desde el principio, condenado a muerte para mantener la estricta confidencialidad del sistema, la identidad de los que intervienen, los lugares de detención, los métodos de interrogatorio y de tortura y la naturaleza oficial de la organización.

Durante los regímenes anteriores muchas de las personas desaparecidas reaparecían después de cierto tiempo, gracias a la enorme presión de la opinión pública internacional, o mediante las gestiones de uno o más países ante las más altas autoridades gubernamentales, quienes, pese a que habían negado su participación en los secuestros desde el principio, o bien que se les mantuviese en

*situación de detenidos, terminaban poniéndolos en libertad. Otras veces los desaparecidos reaparecían muertos. Otros pocos desaparecidos reaparecieron liberados bajo amenaza de no revelar lo que habían sufrido ni visto, y sus testimonios no se pueden dar a conocer públicamente por haber sido confiados con carácter confidencial.*"<sup>150</sup>

Es un hecho frecuente que cuando en un país se producen detenciones ilegales, secuestros y desapariciones de personas que no se investigan ni sancionan debidamente, al mismo tiempo el recurso de habeas corpus se convierte en un arma casi ineficaz para contrarrestarlos. Tal parece ser también el caso de Guatemala, donde desde hace ya varios años la acción de habeas corpus, única garantía jurídica que contempla el Estatuto Fundamental de Gobierno en defensa de la libertad, la seguridad y la vida de la persona humana, ha perdido toda eficacia y efectividad a decir de diversos especialistas en derechos humanos."<sup>151</sup>

El problema de la ineficacia de los recursos de habeas corpus tiene especial connotación en Guatemala. Confirma la dramática gravedad de este problema los cientos de recursos de habeas corpus, presentados en nombre de personas desaparecidas, todos los cuales fueron desestimados por el Poder Judicial de Guatemala.

**B) Situación legal de los desaparecidos.** A diferencia de lo que ocurría bajo anteriores administraciones en que generalmente los desaparecidos después de cierto tiempo reaparecían rehuyendo dar cuenta de lo que les había ocurrido durante el período de su ausencia, o aparecían muertos, muchas veces con impresionantes muestras de haber sido torturados antes de morir, si bien todavía se encuentran cadáveres de personas decapitadas y con signos evidentes de haber sido torturados antes de morir, en la generalidad de los casos las personas secuestradas por razones políticas nunca más vuelven a aparecer pasando a formar parte, con nombres y apellidos, desde ese momento, del grupo de los denominados "desaparecidos".

<sup>150</sup> Comité Pro-Justicia y Paz de Guatemala. Situación de los derechos humanos en Guatemala: 1994. Guatemala, diciembre de 1994.

<sup>151</sup> Asociación Centroamericana de Familiares de Detenidos-Desaparecidos. Florecerás Guatemala. San José, 1988, p. 77.

La situación legal de los desaparecidos como consecuencia de la violencia que ha vivido Guatemala durante los últimos años "no se encuentra debidamente contemplada por la legislación de dicho país. Sin embargo, como consecuencia de las desapariciones, se producen frecuentemente múltiples situaciones conflictivas de carácter jurídico, entre ellas el que las víctimas caigan en una especie de "limbo jurídico", que implica, por ausencia del "corpus mortis", el que sus familiares ni siquiera tengan derecho a obtener un certificado oficial de defunción, con las complicaciones que esto trae consigo en lo relacionado al derecho de familia, de sucesión, de contratación, etc. y en lo que concierne a la administración de justicia, el que ésta quede entorpecida debido a que al Poder Judicial se le sustrae del objeto que prueba la existencia de la infracción penal para condenar a los responsables de la detención y ejecución extrajudicial."<sup>152</sup>

En su último informe a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos 1993-1994, la Comisión señaló sobre este particular:

*"La ineficacia de las instituciones jurisdiccionales y de los medios legales contemplados para proteger a la población de los abusos de las autoridades gubernamentales, tales como el recurso de habeas corpus, cuyo fortalecimiento fue objeto de especial recomendación en los pasados informes de la Comisión, se han puesto nuevamente en evidencia durante el presente periodo de gestión gubernativa, por lo que se hace necesario enfatizar en esta necesidad de dar al Poder Judicial la independencia y los medios adecuados para hacer prevalecer el respeto a la ley y el imperio de la justicia."*<sup>153</sup>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos reiteró al Gobierno de Guatemala las recomendaciones formuladas en sus últimos Informes a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de investigar y castigar con todo el rigor de la ley a los responsables de ejecuciones ilegales, desapariciones, detenciones arbitrarias y torturas.

---

<sup>152</sup> Comisiones de verdad de los pueblos : Guatemala, buscando en las cenizas. San José, 1993. 18 h.

<sup>153</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe presentado ante la Organización de Estados Americanos, el 12 de diciembre de 1995



La Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH) presentó el 25 de febrero del dos mil un informe sobre la desaparición forzada de 45 mil guatemaltecos, quienes fueron capturados en el marco de la guerra sucia que se libró contra la sociedad civil dentro de la política de contrainsurgencia impulsada por el Estado a lo largo de más de cuatro décadas. El informe señala que "dada la magnitud del fenómeno delictivo de la desaparición forzada desarrollado de forma reiterada en Guatemala durante el periodo del enfrentamiento armado, y tomando en cuenta que la desaparición forzada no sólo ocasiona a los familiares y allegados del detenido-desaparecido un dolor permanente ante la incertidumbre del destino de su ser querido.

Asimismo, en el Acuerdo gubernativo 263-2001 del 27 de junio de 2001, el Artículo 2 literal "C", se menciona que la Comisión para la Paz y la Concordia será la encargada de "promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar el paradero y las circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas".

Los tribunales de justicia tienen la obligación de darle prioridad a los recursos que se presentan, por sobre cualquier otro proceso judicial, el Artículo 82 de la Ley de Amparo en Guatemala, establece que este recurso procede cuando una persona se "encuentre ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier otro modo en el goce de su libertad individual, amenazada de la pérdida de ella o sufre vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley."<sup>154</sup>

A unos años de la firma de los acuerdos de paz, en Guatemala "hay muchos casos de reanudación de la práctica de desaparición forzada, sobre todo en las comunidades que reclaman su derecho a la tierra o a la justicia en el caso de familiares masacrados."<sup>155</sup>

En enero de 1981 al reunirse por primera vez, en San José de Costa Rica, los familiares de detenidos desaparecidos de Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Guatemala, Uruguay y México decidieron que una primera tarea era denunciar la gravedad de este crimen y combatir el olvido. Por ello resolvieron señalar la última semana de mayo como la Semana Mundial del Detenido Desaparecido.

---

<sup>154</sup> Coordinadora Nacional de Derechos Humanos de Guatemala (CONADEHGUA)

<sup>155</sup> GALEANO, Eduardo. Guatemala, país ocupado. Op. Cit. Pág. 55.

Esta amplia definición del delito de la desaparición forzada debe ser contextualizada dentro de la realidad actual del país, en el que continúan suscitándose desapariciones forzadas y secuestros o plagios tanto político como pertenecientes al ámbito de la delincuencia común. En este sentido, la inseguridad prevaleciente, provocada por la existencia de numerosas bandas de secuestradores, afecta a todos los sectores sociales. Al respecto, el Cuarto informe del director de la Misión de las Naciones Unidas de Verificación de los Derechos Humanos (MINUGUA), en las denuncias recibidas entre el 21 de agosto y el 31 de diciembre de 1995 registra un caso de desaparición forzada, que se suma a diez hechos similares en los meses anteriores. (El informe fue publicado por Inforpress Centroamericana en cuatro entregas, en los números 1167 a 1170 de marzo y abril de 1996).

Por otra parte, el establecimiento del principio del delito continuado abre la posibilidad de que se logre la justicia en los miles de casos de desaparecidos políticos.

En forme breve se llama la atención respecto de que a la luz de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, de la cual Guatemala forma parte, esta reforma penal contraviene lo establecido por el artículo 4 que regula el derecho a la vida. En el párrafo 2 del artículo mencionado, se determina que la pena de muerte en los Estados Parte no podrá extenderse a delitos a los cuales no se aplique actualmente, entiéndase 1969.

La extensión de la pena de muerte en Guatemala a delitos para los cuales no estaba contemplada ya fue examinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1983, la cual concluyó "que la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que, en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Restricciones a la pena de muerte (artículos. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos) Opinión consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983

A continuación se analizará la legislación de Guatemala en comparación al lo que regula el Código Penal Federal de nuestro país, México, con respecto a la tipificación del delito de desaparición forzada de personas.

En nuestro Código penal sustantivo se señala que se comete el delito de desaparición forzada de personas cuando se ordene o ejecute por un servidor público el propiciar o mantener dolosamente el ocultamiento de aquéllas bajo cualquier forma de detención, con independencia de que éste participe directamente o no en la detención legal o ilegal. En el código penal guatemalteco se señala que comete el delito de desaparición forzada quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o de la aquiescencia para tales acciones.

Constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o con abuso o exceso de fuerza.

En la tipificación que realiza el código penal de Guatemala no se menciona explícitamente nada respecto de que comete el delito en estudio el servidor público que participe directamente o no en la detención ilegal, pero si se señala lo comete el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o de la aquiescencia para tales acciones.

Igualmente, en Guatemala se tipifica que cometen delito de desaparición forzada, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando cometan plagio o secuestro, participando como miembros o colaboradores de dichos grupos o bandas, esto es algo que no esta regulado por nuestro código sustantivo, ya el delito de desaparición forzada solo puede ser cometido por servidores públicos que mantengan o propicien dolosamente la ocultación de una persona, ya que en nuestro país se encuentra tipificada la privación ilegal de la libertad que es cometida por particulares, por lo que en este caso, si la desaparición no es cometida por un servidor público independientemente de que participe o no en la detención de la misma no se estaría configurando el delito en estudio, sino que estaría dando lugar a la privación ilegal de la libertad, o bien, secuestro.

En Guatemala el delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima, en México, nuestros legisladores no hicieron mención respecto a si el delito al que nos hemos venido refiriendo es considerado como permanente.

En el Código Penal de Guatemala, el sujeto activo de la desaparición forzada será sancionado con prisión de veinticinco a cuarenta años, no se señalan ninguna atenuante, pero si la agravación en el sentido de que se señala que se impondrá la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada, la víctima resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o falleciere.

En nuestro código penal no se señala ninguna agravación de la pena, solo atenuantes para cuando se logre la recuperación de la víctima de desaparición dentro de determinados días, así como también se señalan atenuantes cuando el sujeto activo proporcione datos que ayuden a la aparición de la víctima., ya que el artículo 215-B, determina los mínimos y máximos de las penas imponibles a quien cometa ese delito. En principio fija una pena de cinco a cuarenta años de prisión; pena que se reduce marcadamente *-de ocho meses a cuatro años de prisión-* si la víctima fuere liberada espontáneamente dentro de los tres días siguientes a su detención; si la liberación se produce dentro de los diez días siguientes, la pena aplicable será de dos a ocho años de prisión. Estas penas podrán ser disminuidas hasta en una tercera parte en beneficio de aquel que hubiere participado en la comisión del delito, cuando suministre información que permita esclarecer los hechos; y hasta en una mitad, cuando contribuya a lograr la aparición con vida de la víctima.

De igual forma, nuestra legislación señala en los artículos 215-C, además de la pena corporal que se imponga al servidor público que haya sido condenado por el delito de desaparición forzada de personas, la destitución del cargo que ejerciere y su inhabilitación para desempeñar cualquier otro, comisión o empleo públicos; sanción esta última que el juzgador, en uso de su arbitrio judicial, podrá fijar entre un mínimo de un año a un máximo de veinte, y en el 215-D, del Código Penal Federal se castiga con la destitución del cargo, comisión o empleo, al servidor público que se oponga o niegue a la autoridad competente el libre e inmediato acceso al lugar en donde haya motivos para creer que pueda encontrarse una persona desaparecida; lo anterior, sin perjuicio de las demás penas que puedan

aplicársele por otros delitos en que pudiera incurrir con motivo de la conducta ilícita que en ese sentido se hubiere desplegado.

En la legislación de Guatemala no se señala nada respecto de que al servidor público se le castigará con la destitución del cargo que ejerciere y su inhabilitación para desempeñar cualquier otro, comisión o empleo públicos, como lo hace México.

En ninguna de las dos legislaciones en comento se refieren a la reparación del daño que en su momento se podría suscitar con motivo de la desaparición forzada de personas.

## **2.- La desaparición forzada en Colombia.**

### **A) Regulación del delito en el Código Penal de Colombia.**

El Código Penal de Colombia establece dentro de su Título III, Capítulo Primero, catalogado como un delito contra la libertad individual, la desaparición forzada de personas, estableciéndolo en el artículo 165.

Dicho artículo señala que *"la Desaparición forzada se configura cuando un particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.*

*A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior."*<sup>156</sup>

En el Artículo 166 se establecen las Circunstancias de Agravación Punitiva, señalando, *"La pena prevista en el artículo 165 será de treinta (30) a cuarenta (40) años de prisión, multa de dos mil (2000) a cinco mil (5000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio*

<sup>156</sup> Código Penal de Colombia, Editorial Themis, Mayo de 2002.

de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción.
2. Cuando la conducta se cometa en persona con discapacidad que le impida valerse por sí misma.
3. Cuando la conducta se ejecute en menor de dieciocho (18) años, mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.
4. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia.
5. Cuando la conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.
6. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.
7. Si se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito.
8. Cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas.
9. Cuando se cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior, o para causar daño a terceros."

El artículo 167 del Código Penal de Colombia establece las circunstancias de atenuación punitiva en donde señala: "Las penas previstas en el Artículo 160 se atenuarán en los siguientes casos:

1. *La pena se reducirá de la mitad a las cinco sextas partes cuando en un término no superior a quince días, los autores o partícipes liberen a la víctima voluntariamente en similares condiciones físicas y psíquicas a las que se encontraba en el momento de ser privada de la libertad, o suministren información que conduzca a su recuperación inmediata, en similares condiciones físicas y psíquicas.*
2. *La pena se reducirá de una tercera parte a la mitad cuando en un término mayor a quince días y no superior a treinta días, los autores o partícipes liberen a la víctima en las mismas condiciones previstas en el numeral anterior.*
3. *Si los autores o partícipes suministran información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida, la pena se reducirá hasta en una octava parte.*

#### **B) Antecedentes de la Desaparición Forzada de personas.**

La desaparición forzada en Colombia se institucionalizó a partir de 1977 con la desaparición, en Barranquilla, a manos del Estado, de Omaira Montoya, una bacterióloga militante de izquierda. Desde entonces esta práctica no ha cesado y según las estadísticas de la Asociación de Familiares de Detenidos y Desaparecidos (ASFADDES), en promedio en el país cada dos días desaparece una persona. Sin embargo, durante el año pasado se registró una víctima cada 24 horas. Ante la grave situación, los familiares de más de cuatro mil víctimas, asociadas en ASFADDES, con el apoyo de entidades como la Defensoría del Pueblo, el Mandato Ciudadano por la Paz y País Libre, realizan la Semana Internacional del Detenido Desaparecido, que se realiza simultáneamente en países como Guatemala, El Salvador, Chile y Argentina. "Durante el año pasado fueron víctimas de este delito 323 personas, según el registro de dicha asociación, pero se estima que la cifra puede ser más elevada teniendo en cuenta que un buen número de desapariciones no son registradas."<sup>157</sup>

---

<sup>157</sup> HERNEY GALINDEZ Gloria y Yolita QUINTERO. La desaparición forzada, un crimen sin castigo". Santa Fe de Bogota, Colombia, 1999, Págs. 127. Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos.

Fue en el año 2000 donde fue aprobado por el Congreso y ya desde este año queda tipificada la Desaparición Forzada como un delito de Lesa Humanidad. La Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Colombia ASFADDES, se compone de familiares que por una u otra manera han perdido un familiar y lo han hecho desaparecer por parte del estado colombiano como es la policía, el ejército. Esta organización a raíz de la desaparición de seres queridos han formado la asociación para tratar de sacar adelante casos, buscar con esto la verdad, la justicia y la reparación.

Después de doce años de lucha de todos los familiares de la asociación, el Congreso Colombiano aprobó el Proyecto de Ley que dicha asociación lo presentó para que la desaparición forzada sea castigada en Colombia y todos los crímenes de desaparición forzada no queden en la impunidad. Esa ley fue aprobada el 6 de julio del 2000. Es la Ley 589 en donde el Congreso Colombiano condena la desaparición forzada como un delito y es más castigado que el delito de secuestro.

Ley 589 de 2000 de 7 de julio de 2000 la cual entró en vigencia un año después por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones.

*"Artículo 29. El hecho se justifica cuando se comete:*

*(..) 2. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*

*No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de genocidio, desaparición forzada y tortura.*

*Artículo 176. Favorecimiento. El que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en arresto de seis (6) meses a cuatro (4) años.*

*Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de*



*drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de cuatro (4) a doce (12) años de prisión.*"<sup>158</sup>

Artículo 7o. El numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo tendrá un inciso segundo del siguiente tenor:

Sin embargo, el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

Artículo 8o. Comisión de búsqueda de personas desaparecidas. Créese una comisión nacional y permanente de búsqueda de personas desaparecidas con el fin de apoyar y promover la investigación del delito de desaparición forzada, con pleno respeto de las competencias institucionales y de las facultades de los sujetos procesales.

Esta comisión diseñará, evaluará y apoyará la ejecución de los planes de búsqueda de personas desaparecidas y conformará grupos de trabajo para casos específicos.

Artículo 9o. Registro Nacional de Desaparecidos. El Gobierno Nacional diseñará y pondrá en marcha un registro nacional de desaparecidos en el que se incluirán todos los datos de identificación de las personas desaparecidas y de inhumación y exhumación de cadáveres de personas no identificadas, el cual deberá contener como mínimo los siguientes datos:

1. Identidad de las personas desaparecidas.
2. Lugar y fecha de los hechos.

---

<sup>158</sup> Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda "Leyes desde 1992. Vigencia Expresa y Sentencias de Constitucionalidad", 31 de enero de 2003.

3. Relación de los cadáveres, restos exhumados o inhumados, de personas no identificadas, con la indicación del lugar y fecha del hallazgo, condiciones, características, evidencias, resultados de estudios técnicos, científicos o testimoniales y cualquier dato que conduzca a su identificación.

Artículo 10. Administración de los bienes de las personas víctimas del delito de desaparición forzada.

La autoridad judicial que conoce o dirige el proceso por el delito de desaparición forzada, podrá autorizar al cónyuge, compañero o compañera permanente, a alguno de los padres o de los hijos del desaparecido para que provisionalmente asuman la disposición y administración de todos o parte de sus bienes, en cuanto fueren de su manejo exclusivo. Quien sea autorizado, actuará como curador de conformidad con las leyes civiles sobre la materia.

Parágrafo 1o. La misma autoridad judicial podrá autorizar a quien actúe como curador para que continúe percibiendo el salario u honorarios a que tenga derecho el desaparecido, hasta por el término de dos (2) años, si este fuera un servidor público.

Parágrafo 2o. Igual tratamiento tendrá, hasta tanto se produzca su libertad. El servidor público que sea sujeto pasivo del delito de secuestro.

Artículo 11. Obligaciones del Estado. Sin perjuicio de la extinción de la acción penal o terminación del proceso por cualquier causa, en el delito de desaparición forzada de personas, el Estado tiene la obligación permanente de realizar todas las acciones necesarias tendientes a establecer el paradero de la víctima, conocer sobre las razones de su desaparición e informar sobre ello a sus familiares.

Artículo 12. Registro de personas capturadas y detenidas.

Las personas privadas de la libertad sólo podrán permanecer recluidas en los establecimientos e instituciones autorizadas para el efecto en los términos consagrados en la Constitución Nacional y la ley.

Artículo 13. Mecanismo de búsqueda urgente. Si no se conoce el paradero de una persona se podrá solicitar a cualquier autoridad judicial, por parte de terceros y sin necesidad de mandato alguno, que disponga de inmediato de una búsqueda urgente para realizar todas las diligencias necesarias, tanto en relación con autoridades y dependencias públicas como con particulares y lugares de carácter privado, para dar con su paradero.

Si se logra ubicar el paradero de la persona y ésta ha sido privada de la libertad por servidor público, el funcionario judicial ordenará de inmediato su traslado al centro de reclusión más cercano dentro de los términos establecidos en la ley y, si fuere competente, dará inicio al trámite de habeas corpus.

Si la persona se encuentra retenida por particulares o en un sitio que no sea dependencia pública, se dispondrá de inmediato, lo necesario para que la autoridad competente proceda a su rescate.

Artículo 14. Los delitos que tipifica la presente ley no son amnistiables ni indultables.

En el informe de Amnistía Internacional sobre desapariciones forzadas y homicidios políticos se relata: "En 1978 se tuvo constancia por primera vez de la existencia en Colombia de los sombríos "escuadrones de la muerte", que amenazaron a los abogados de los presos políticos y a los miembros de la Corte Suprema de Justicia que emitieron opiniones contrarias al Estatuto de Seguridad Antiterrorista, promulgado ese mismo año."<sup>159</sup>

A partir de 1990, a medida que empezaba a disminuir el número de detenidos políticos, Amnistía Internacional fue recibiendo cada vez más informes de tortura y homicidio de campesinos en las zonas de conflicto; esas torturas y homicidios las cometían las fuerzas de contrainsurgencia del Ejército colombiano y los grupos paramilitares que colaboraban con ellos. Al mismo tiempo aumentó significativamente el número de "desapariciones".

---

<sup>159</sup> Amnistía Internacional, Informe presentado en abril del 2001.

El uso de la desaparición forzada para eludir la responsabilidad del Estado fue descrito por el ex-procurador general de Colombia Carlos ARRIETA PADILLA de la siguiente manera: "Sus autores trazan con premeditación el inter criminis, no dejando rastro, huella o evidencia alguna que permitan establecer las circunstancias que rodearon el hecho; se ampara calculadamente la impunidad y se aprovecha el temor de los familiares y testigos que les impide denunciar directamente la desaparición, prefiriendo hacerlo a través de terceros; todo lo cual conduce a que la investigación sea ciertamente difícil frente a este tipo de violación de derechos humanos." La situación es tal, que en 1985 se constituyó formalmente la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos de Colombia (ASFADDES), que venía trabajando desde 1982.

Esta práctica es violatoria no sólo de la libertad personal, sino de la integridad y la vida. Así mismo, la desaparición forzada genera una cadena de dolor y múltiples consecuencias entre los familiares y seres cercanos de la víctima, ante la incertidumbre y la imposibilidad de llevar a cabo un duelo.

La Comisión Colombiana de Juristas tradicionalmente ha calculado las víctimas de la violencia política sumando las ejecuciones extrajudiciales, los homicidios políticos, las desapariciones forzadas, las producidas contra marginados sociales y las derivadas directamente del combate. Si bien no se poseen estadísticas recientes al respecto, resulta interesante destacar que entre octubre de 1999 y marzo de 2000 hubo, según esta fuente, un promedio diario de 14 muertes relacionadas con la violencia sociopolítica, de las cuales 8 lo fueron por ejecuciones extrajudiciales, 1 por desaparición forzada, 1 cada dos días contra marginados sociales, y más de 4 diarias por combate.

Las organizaciones no gubernamentales clasifican como desaparición forzada la práctica que implica la privación de la libertad de una persona con el propósito de ocultarla física y legalmente, siendo los presuntos responsables agentes estatales directos o indirectos. Con este criterio concuerda la principal organización que trata este tema en Colombia: la Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, ASFADDES. De acuerdo con los datos de esta organización, en el año 2000 las desapariciones forzadas aumentaron en un 179%, respecto a 1999, pasando de 238 a 664 en el 2000. Por otra parte, el CINEP - Justicia y Paz, en la revista Noche y Niebla, registra un aumento de esta práctica de cerca del 90%, pues sus cifras pasaron de 128 eventos en 1999 a 243 en el año 2000. El

Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos registra, para septiembre del 2000, 636 víctimas de desaparición forzada, un 62% más que en 1999.

En cuanto a las fuentes oficiales, la Procuraduría General de la Nación recibió en el año dos mil 109 denuncias por desaparición forzada, 27 menos que en el año inmediatamente anterior, lo que indicaría un descenso en la responsabilidad imputable a agentes del Estado en esta práctica. La Fiscalía General de la Nación, contabilizó 1.281 denuncias por desaparición."<sup>160</sup>

Las Desapariciones Forzadas personas es una violación grave de los derechos humanos, una práctica violatoria de la libertad, la integridad y la vida y un fenómeno universalmente concebido en relación a los agentes estatales.

"Las distintas entidades manejan cifras diferentes que provienen de diferencias conceptuales y periodos de tiempo distintos y de dificultades en la determinación de ciertos aspectos del fenómeno, como son los relativos a los desaparecidos detenidos, la aparición de presuntos desaparecidos, secuestrados o muertos, la identificación de muertos, etc."<sup>161</sup>

En Colombia la Desaparición forzada se configura cuando un particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a la privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, al igual que lo hicimos referente a Guatemala, aquí señalamos que en nuestro país la legislación no hace referencia a que la desaparición sea cometida por algún particular que pertenezca a un miembro de un grupo armado, es decir, en México se estará configurando otro delito que sería el de privación ilegal de la libertad, ya que este tipo se presenta cuando un particular lo realice y no un servidor público.

---

<sup>160</sup> Cálculos del Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH de la vicepresidencia de la República, con base en cifras del CINEP - Justicia y Paz y el Ministerio de Defensa.

<sup>161</sup> Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos y DIH, Vicepresidencia de la República de Colombia.

En Colombia también se señala que comete el delito en estudio el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior y quien cometa la desaparición forzada incurrirá en prisión de a treinta años, multa de mil a tres mil salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez a veinte años.

Cabe destacar que Colombia Firmó el 5 de agosto de 1994 en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En México la pena es de cinco a cuarenta años de prisión y no se señala ningún tipo de multa, como en Colombia, que es una determinada cantidad referente a un número de salarios mínimos, y la suspensión de funciones públicas es de uno a veinte años, siendo que en Colombia la pena mínima es mayor, ya que esta conducta esta sancionada dicha suspensión de diez a veinte años.

De igual forma, existe en Colombia una agravación punitiva ya que la pena será de treinta a cuarenta años de prisión, multa de dos mil a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince a veinte años, siempre que concorra alguna de las diferentes circunstancias que se señalaron en el cuerpo de este capítulo, esto es algo que en nuestra legislación mexicana no se señala, ya que no se agrava la pena en ningún momento, como se hace en Colombia cuando como por ejemplo como consecuencia de la desaparición la víctima sea sometida a malos tratos, a violencia, tortura, y que sea afectada en sus facultades psíquicas o físicas, que sea cometido por personas que tengan relación de consaguinidad o bien que con motivo de la desaparición forzada se le provoquen la muerte.

De igual forma que en México, pero con diversas atenuantes el artículo 167 del Código Penal de Colombia establece las circunstancias de atenuación punitiva. En obvio de mayores repeticiones solo abundaremos que en nuestra legislación también se señalan varias atenuantes como lo referimos en antelación cuando analizamos el la legislación guatemalteca, solo nos resta señalar que en México se castiga con la destitución del cargo, comisión o empleo, al servidor público que se oponga o niegue a la autoridad competente el libre e inmediato acceso al lugar en donde haya motivos para creer que pueda encontrarse una persona desaparecida; lo anterior, sin perjuicio de las demás penas que puedan

aplicársele por otros delitos en que pudiera incurrir con motivo de la conducta ilícita que en ese sentido se hubiere desplegado.

En la legislación de Colombia se señala que no se puede alegar la obediencia debida como justificante para la comisión del delito; de igual forma se señala que la caducidad del delito se empieza a contar a partir del momento de que aparezca la víctima y no se podrá alegar amnistía o indulto, y se regula la administración de los bienes de las víctimas de las personas desaparecidas, así como también existe un Registro Nacional de Desaparecidos. El término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición, lo cual no es regulado por nuestro Código Penal.

### **3. La desaparición forzada de personas en Venezuela.**

#### **A) Regulación del delito en estudio en la legislación de Venezuela.**

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en el artículo 2 el principio de preeminencia de los derechos humanos. El artículo 19 constitucional consagra los principios de progresividad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos de toda persona, sin discriminación alguna (universalidad). El texto constitucional afirma el propósito de preservar la paz. Corresponde a la legislación penal brindar una tutela efectiva a esos bienes jurídicos.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ha creado las bases para impedir la impunidad de los crímenes más dañinos al género humano. Tal propósito ha sido también adoptado por la Constitución venezolana. El artículo 29 constitucional consagra las normas de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, lo cual es congruente, parcialmente, con lo establecido en el artículo 29 del Estatuto. Así como también, prohíbe que se otorgue beneficio alguno que permita su impunidad, tal como la amnistía o el indulto, entre otros. Igualmente, establece que los crímenes de lesa humanidad serán enjuiciados por los tribunales ordinarios. Lo cual ha sido complementado por el artículo 261 constitucional, que reserva a los tribunales militares el conocimiento de los delitos de

naturaleza militar y establece que los tribunales ordinarios se ocuparán de los delitos comunes, de las violaciones de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad.<sup>162</sup>

Finalmente, el artículo 30 establece el deber del Estado venezolano de indemnizar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Tales normas deben desarrollarse legislativamente, en cumplimiento del mandato constitucional, en normas codificadas, como prevé el artículo 202 constitucional.

La nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la prohibición de la desaparición forzada de personas (artículo 45), el derecho a la libertad personal (artículo 44), el derecho a la integridad física, psíquica y moral (artículo 46), Venezuela es también Estado Parte de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Si bien en Venezuela el tema de los desaparecidos forzados ha tenido menos relevancia numérica que en otros países de América Latina, también han ocurrido ese tipo de casos, principalmente, como producto de los excesos cometidos por las autoridades. A pesar de que existen previsiones legales y tratados internacionales anteriores a los hechos, en los cuales se tipifica el delito.

Una modalidad de secuestro es la desaparición forzada de personas. Así se le considera porque a diferencia del secuestro simple o del que culmina en homicidio y, en algunos casos, con el rescate, en la desaparición forzada de una persona no se sabe si ella está viva o muerta. Simplemente, no se tienen noticias de ella. "La desaparición forzada es un delito continuado del cual solo se conoce el comienzo, cuando se priva de la libertad a una persona de forma ilegítima, pero nada acerca de la situación del desaparecido ni del desenlace que pudiera ocurrir. La experiencia indica que, por lo general, el delito suele ser cometido por funcionarios policiales o militares. Sin embargo, eso no excluye que pueda ser cometido por fuerzas irregulares, guerrilleros, terroristas, etc."<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión Nacional de Derechos Humanos. Normativa Internacional de Derechos Humanos para la aplicación de la Ley. Manual de Derechos Humanos para los Cuerpos de Seguridad. Caracas, 1998.

<sup>163</sup> FERNÁNDEZ, Fernando M. La Doctrina de los Derechos Humanos. En: Los Derechos Humanos y la Agenda del Tercer Milenio. XXV Jornadas "J. M. Domínguez Escovar". Barquisimeto, 2000.



El delito de desaparición forzada de personas no prescribe, tal como lo ha acordado y mantenido la comunidad de las naciones, debido a la naturaleza de los hechos y los obstáculos que suelen poner los gobiernos y fuerzas armadas o policiales para impedir su investigación, procesamiento y castigo. La constitución venezolana de 1999, la doctrina y los tratados internacionales sobre derechos humanos han creado la norma respectiva, la cual afirma que los delitos contra los derechos humanos son imprescriptibles, al contrario de lo que ocurre con los delitos comunes, los cuales deben prescribir siempre, con motivo del olvido y/o la inacción de las víctimas y el Estado.

### **B) Antecedentes de la Desaparición Forzada.**

Luego de 50 años de debates, indecisiones, oposiciones, avances y muchas expectativas, la comunidad mundial creó en 1998 el Estatuto de Roma, aprobado por la comunidad de 113 naciones. Actualmente, ha sido ratificado por casi 30 países y Venezuela ha sido el primero de América Latina y el 11° del mundo que lo ratificó, al consignar la firma ante la ONU, el día 16 de junio del año 2000.

Adicionalmente, Venezuela también aprobó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (G.O. Ext. No. 5.241 del 6 de julio de 1.998), conforme a los estatutos de la Organización de Estados Americanos (OEA).

En tal sentido, el Estado venezolano ha desarrollado en la constitución, lo relativo a la forma de cómo asumir las responsabilidades que correspondieren ante eventuales violaciones que pudieren cometerse en materia de derechos humanos.

Estas normas han sido adoptadas por el orden constitucional venezolano y, concretamente, en el artículo 45 se plantea al legislador ordinario tipificar el delito de desaparición forzada de personas de la siguiente manera:

"Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, de excepción o restricción de garantías practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba órdenes de instrucción para practicarla tiene la obligación de no obedecerla y denunciar a la autoridad competente. Los autores o autoras intelectuales y materiales,

cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas así como la tentativa de comisión del mismo serán sancionadas de conformidad a la ley".

El nuevo artículo sobre la desaparición forzada de personas, es el 181-A del Código Penal dice lo siguiente:

"La autoridad pública sea civil o militar o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de 15 a 25 años de presidio. Igualmente serán castigados miembros e integrantes de grupos o asociaciones con grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones desaparezcan forzosamente a una persona mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito, será sancionado con pena de 12 a 18 años de presidio".

Es claro que el legislador venezolano precisó con mejor alcance las características de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos. Se trata de una de las mayores penas que hay en el Código Penal venezolano, que tiene como pena máxima 30 años de presidio.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se consagra por primera vez la prohibición de prácticas de desaparición forzada. En su artículo 45 establece:

*"Se prohíbe a la autoridad pública, sea civil o militar, aun en estado de emergencia, excepción o restricción de garantías, practicar, permitir o tolerar la desaparición forzada de personas. El funcionario o funcionaria que reciba orden o instrucción para practicarla, tiene la obligación de no obedecerla y denunciarla a las autoridades competentes. Los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la comisión del mismo, serán sancionados o sancionadas de conformidad con la ley. "*

Las desapariciones forzadas. La violación del derecho a la vida, mediante su privación arbitraria, a través de la ejecución extrajudicial, conocida comúnmente como ajusticiamiento, o bien, la desaparición forzada, representan fenómenos de extrema gravedad en los actuales momentos. "Las cifras arrojadas en el transcurso de los dos años de existencia de la Defensoría del Pueblo demuestran que las denuncias sobre estas prácticas se han extendido a la mayoría de los cuerpos policiales, principalmente a las policías estatales y municipales."<sup>164</sup>

Por esa razón, el Anuario 2001 de la Defensoría del Pueblo asumió la presentación, a manera de informe especial, de la investigación realizada a escala nacional sobre presuntos casos de ajusticiamientos y desapariciones forzadas. Venezuela, inmersa en el acontecer mundial, ha tenido que adecuar su marco jurídico a las exigencias cada vez mayores en materia de derechos humanos. Por ello se han ratificado pactos y se ha adaptado la legislación interna y así lo confirma la Constitución de Venezuela.

Frente a esta situación de violencia de los funcionarios policiales, ya que son los cuerpos de seguridad del Estado los que deben velar por la seguridad ciudadana, ejerciendo la violencia legítima en nombre del Estado. "El abuso y el atropello policial, la arbitrariedad en los procedimientos, el maltrato físico y psicológico, la tortura y el ajusticiamiento como mecanismo policial para garantizar seguridad, y con ello, la existencia de listas de la muerte y de los grupos de exterminio, deben ser condenados por todos los organismos del Estado y por la sociedad en general."<sup>165</sup>

El artículo 29 constitucional de Venezuela consagra las normas de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, así como también, prohíbe que se otorgue beneficio alguno que permita su impunidad, tal como la amnistía o el indulto, entre otros. En nuestro país, México todos los delitos tienen un tiempo de prescripción, sin hacer referencia alguna respecto de los crímenes de lesa humanidad ya que si bien el Senado de la República nuestro país ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se realizó un reserva en el sentido de que se entenderá que las disposiciones de dicha Convención se aplicarán a los hechos que constituyan

---

<sup>164</sup> ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza. Derecho Internacional Humanitario. Tratados Internacionales y otros textos. Editorial McGraw-Hill. Madrid, 1998.

<sup>165</sup> SILVA CUBILLÁN, Humberto. Derecho Internacional Humanitario. Fondo Editorial Agenda XXI. Caracas, 1996.

desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención"

De igual forma se realizó la reserva en el sentido de que toda vez que en nuestro país, por prescripción constitucional, el fuero militar es ordinario, de tal suerte que no hay tribunal especial, como lo establece el Apartado Noveno de la Convención, ni estamos en el supuesto del artículo 13 de la Constitución Federal formula reserva expresa al Artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

De igual forma, en Venezuela se señala que "La desaparición forzada es un delito continuado del cual solo se conoce el comienzo, cuando se priva de la libertad a una persona de forma ilegítima, pero nada acerca de la situación del desaparecido ni del desenlace que pudiera ocurrir. La experiencia indica que, por lo general, el delito suele ser cometido por funcionarios policiales o militares. Sin embargo, eso no excluye que pueda ser cometido por fuerzas irregulares, guerrilleros, terroristas, etc."<sup>166</sup>

Igualmente Venezuela, establece que los crímenes de lesa humanidad serán enjuiciados por los tribunales ordinarios. Lo cual ha sido complementado por el artículo 261 constitucional, que reserva a los tribunales militares el conocimiento de los delitos de naturaleza militar y establece que los tribunales ordinarios se ocuparán de los delitos comunes, de las violaciones de los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad.

Finalmente, el artículo 30 establece el deber del Estado venezolano de indemnizar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. Tales normas deben desarrollarse legislativamente, en cumplimiento del mandato constitucional, en normas codificadas.

---

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ, Fernando M. La Doctrina de los Derechos Humanos Op. cit. 83.

La pena que se le puede imponer en Venezuela a los que cometan el delito de desaparición forzada es menor que en México ya que va de quince a veinticinco años y para los cómplices o encubridores la pena que se les puede imponer es de 12 a 18 años; de igual forma que en Guatemala y Colombia, el delito de desaparición forzada puede ser cometido por miembros, integrantes de grupos y asociaciones con fines terroristas e insurgentes terroristas.

#### 4.- Desaparición forzada de personas en Argentina.

Este método, se dio en "Argentina entre 1976 y 1983 dentro de una tendencia represiva del ejército que se remonta a unos cuarenta años atrás, en 1973 habían surgido los escuadrones de la muerte. Grupos como la Alianza Anticomunista Argentina y el comando Libertadores de América, por ejemplo, iniciaron el tránsito hacia la ilegalidad al secuestrar y asesinar supuestos opositores izquierdistas entre 1973 y 1974, de una manera completamente impune.

En 1975, el ejército argentino recurrió por primera vez a la desaparición de personas en Tucumán, al reprimir un alzamiento guerrillero. Las víctimas fueron no sólo alzados en armas, sino también elementos de la población civil."<sup>167</sup>

A partir del golpe de estado que derrocó a María Isabel Perón en marzo de 1976, el poder político fue centralizado en su totalidad por los militares. Sus intenciones fueron anunciadas por el golpista general Videla, quien en 1975 había dicho "...morirán tantos argentinos como sea necesario a fin de preservar el orden".<sup>168</sup>

Bajo una concepción que condujo a la deslegitimación total de los opositores, el método fue practicado clandestinamente, logrando imponer el silencio y la impunidad. La sociedad argentina sufrió el desgarramiento de sus instituciones y valores humanos de convivencia en un corto período.

<sup>167</sup> GONZÁLEZ GARTLAND, Carlos. Desaparición forzada de personas frente al derecho penal argentino, una propuesta. En: La Desaparición, Crimen contra la Humanidad, p. 85.

<sup>168</sup> GONZÁLEZ GARTLAND, Carlos. Desaparición forzada de personas frente al derecho penal argentino, una propuesta. Op. cit, p. 85.

En "un proceso cruento, cuyas víctimas eran escogidas bajo el criterio de desempeñarse como opositores al gobierno militar, las detenciones legales fueron sustituidas por los secuestros y las desapariciones."<sup>169</sup>

El Código Penal de Argentina establece en el Título V de los Delitos contra la libertad en el Capítulo I que regula los Delitos contra la libertad individual, el artículo 142 bis en el cual se señala: *Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad.*

*La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:*

- 1) *Si la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años de edad;*
- 2) *En los casos previstos en el artículo 142, incisos 2º y 3º de este Código.*

*Si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua.*

#### **A) Ley 24.321**

La Ley 24.321 sobre la Desaparición Forzada de Personas, la cual en su contenido nos habla de la Declaración de ausencia, Juez competente, del Procedimiento. Plazos. Efectos civiles. Reparación con vida del ausente. Alcances a casos de ausencia con presunción de fallecimiento. La referida ley fue sancionada el 11 de Mayo de 1994 y promulgada el Junio 8 de 1994.

*"Artículo 1º - Podrá declararse la ausencia por desaparición forzada de toda aquella persona que hasta el 10 de diciembre de 1983 hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero.*

*Artículo 2º - A los efectos de esta ley se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada, bajo cualquier otra forma, del derecho a la jurisdicción. La misma deberá ser justificada mediante denuncia ya*

<sup>169</sup> CIDF Argentina 28 febrero 1996.

presentada ante autoridad judicial competente, la ex Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (decreto 158/83), o la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior o la ex Dirección Nacional de Derechos Humanos.

*Artículo 3º - Podrán solicitar la declaración de ausencia por desaparición forzada, todos aquellos que tuvieren algún interés legítimo subordinado a la persona del ausente. En el caso del cónyuge, ascendientes, descendientes y parientes hasta el 4º grado, dicho interés se presume. El trámite judicial, en jurisdicción nacional, será eximido de tasa de justicia.*

*Artículo 4º - Será competente para entender en la causa, el juez en lo civil del domicilio del solicitante o en su defecto el de la residencia del desaparecido. El procedimiento, en jurisdicción nacional será por trámite sumario.*

*Artículo 5º - Recibida la solicitud de ausencia por desaparición forzada o involuntaria, el juez requerirá al organismo oficial ante el cual se formuló la denuncia de la desaparición, o en su defecto, el juez donde se presentó el habeas corpus, información sobre la veracidad formal del acto y ordenará la publicación de edictos por tres días sucesivos en un periódico de la localidad respectiva o en el Boletín Oficial citando al desaparecido. En caso de urgencia, el juez podrá designar un administrador provisorio o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejen. La publicación en el Boletín Oficial será gratuita.*

*Artículo 6º - Transcurridos sesenta días corridos desde la última publicación de edictos y previa vista al degenero de ausentes, quien sólo verificará el cumplimiento de lo normado precedentemente, se procederá a declarar la ausencia por desaparición forzada, fijándose como fecha presuntiva de la misma el día que constaba en la denuncia originaria ante el organismo oficial competente o en su caso el de la última noticia fehaciente -si la hubiere- sobre el desaparecido.*

*Artículo 7º - Los efectos civiles de la declaración de ausencia por desaparición forzada serán análogos a los prescriptos por la Ley 14.394 para la ausencia con presunción de fallecimiento.*

*Artículo 8º - En caso de reaparición con vida del ausente, éste podrá reclamar la entrega de bienes que existiesen y en el estado que se hallasen, los adquiridos con el valor de los que faltaren, el precio que se adeudase de los que se hubieren enajenado y los frutos que no se hubieren consumido. La reaparición no causará por sí la nulidad del nuevo matrimonio ni de ningún otro acto jurídico que se hubiese celebrado conforme a derecho.*

*Artículo 10º - En los casos ya declarados de ausencia con presunción de fallecimiento con sentencia ya inscripta en el Registro Nacional de las Personas o firme y pendiente de inscripción podrán ser pedido de parte reconvertidos en "ausencia por desaparición forzada" probándose solamente los extremos del artículo 2º de esta ley ante el mismo juez que declaró la ausencia con presunción de fallecimiento. Verificada la desaparición forzada, el juez ordenará sin más trámite el oficio modificatorio de la sentencia, declarando sustituida la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento por la ausencia por desaparición forzada.*

#### **B) Ley 24.411 y su reglamentación.**

El Congreso de la Nación Argentina de igual forma promulgó la ley 24.411 en la que se señalan los beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causahabientes, personas que se encuentren en la situación de desaparición forzada la cual fue promulgada el 28 de diciembre de 1994.

*"Artículo 1º - Las personas que al momento de la promulgación de la presente ley se encuentren en situación de desaparición forzada, tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional aprobado por el decreto 993/91, por el coeficiente 100.*

*A los efectos de esta ley, se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si esta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción.*



*Artículo 2º - Tendrán derecho a percibir igual beneficio que el establecido en el artículo 1º los causahabientes de toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10-12-83.*

*Artículo 3º - Para la acreditación de las situaciones enunciadas recedentemente, y a los efectos exclusivos de esta ley, se procederá de la siguiente manera:*

*1.- En el artículo 1º, la desaparición forzada se probará por cualquiera de los siguientes medios:*

*a) La pertinente denuncia penal por privación ilegítima de la libertad y por la resolución del juez de que prima facie, la desaparición es debida a esa causa. Al respecto el juez deberá comprobar la veracidad formal de la denuncia, y resolver al solo efecto de esta ley y en forma sumarísima;*

*b) Indistintamente, por la denuncia realizada ante la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas creada por decreto 187/83, o ante la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior.*

*2.- En el artículo 2º, por cualquiera de los medios enunciados en el inciso anterior, además del fallecimiento que se acreditará con la partida de defunción pertinente.*

*Artículo 5º - En caso de aparición de las personas mencionadas en el artículo 1º, se deberá comunicar esta circunstancia al juez competente, pero no habrá obligación de reintegrar el beneficio si ya hubiera sido obtenido.*

*Artículo 8º - El Ministerio del Interior será la autoridad de aplicación de la presente ley y tendrá a su cargo el pago del beneficio que ella establece, mediante depósito en bancos oficiales dentro de la jurisdicción que corresponda al domicilio del/los beneficiarios, a su orden.*

*Vencido el plazo establecido para ser efectivo el pago del beneficio sin que este se hubiera complementado, el/los beneficiarios podrán exigirlo judicialmente, sin necesidad de intimación, trámite o reclamo previo, aplicándose para, ello las normas que reglan la ejecución de sentencia.*

## Reglamentación de la ley N° 24.411

Artículo 1° - A los efectos del artículo 1° de la ley, la desaparición forzada debe prolongarse hasta el momento de la entrada en vigencia de la misma. Por lo tanto, no se encuentran en dicha situación:

- a) Las personas que hubieran reaparecido con vida.
- b) Las personas cuyos cuerpos sin vida hubieran sido identificados.
- c) Las personas cuyo deceso constare en acta de defunción.

Artículo 2° - A los efectos del artículo 2° de la ley, se entenderá por grupo paramilitar solo aquellos que actuaron en la lucha antisubversiva sin identificación de su personal mediante uniformes o credenciales.

Artículo 3° - Para la acreditación de las situaciones enunciadas en la ley, se procederá de la siguiente manera:

- 1) La desaparición forzada a la que hace referencia el artículo 3°, inciso 1, punto b) se acreditará indistintamente por alguna de las siguiente formas:

1a) Por copia certificada del auto judicial que haya declarado la ausencia por desaparición forzada prevista en la Ley N° 24.321.

En caso de que la ausencia con presunción de fallecimiento haya sido declarada judicialmente y la misma hubiese sido causada por desaparición forzada, esta última podrá ser acreditada en los términos del artículo 3° de la Ley N° 24.411 o del artículo 10 de la Ley N° 24.321.

1b) Por el certificado emitido por la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior que acredite la denuncia efectuada oportunamente ante la ex Comisión Nacional sobre la desaparición de Personas (CONADEP). En el documento debería consignarse que se han compulsado los legajos respectivos y que de dicha compulsación no se desprende que la persona se encuentra en las condiciones que prevén los incisos a), b) y c) del artículo 1° de la presente reglamentación.

En este caso, la Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales del Ministerio del Interior emitirá un "certificado de denuncia de desaparición forzada" que producirá plenos efectos para tenerla por acreditada, en las siguientes situaciones:

a) Cuando pueda acreditarse la denuncia por desaparición con prueba documental contemporánea a aquella, tales como pedidos de paradero o interposición de habeas corpus o constancias en archivo o de otros organismos públicos o privados con personería jurídica reconocida nacionales o internacionales.

b) Cuando la denuncia figure consignada mediante número de actor en el Anexo 1 de informe final de la Ex-Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) editado por la Editorial Universitaria de Buenos Aires.

c) Cuando no existan los elementos a que se hace referencia en los puntos anteriores, la denuncia podrá acreditarse por los medios de prueba previstos en los Códigos Procesal, Civil y Comercial de la Nación y Procesal Penal de la Nación. En estos casos la prueba documental o testimonial producida con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley únicamente podrá ser tenida como válida cuando corrobore otros elementos probatorios producidos en forma contemporánea a la desaparición.

El certificado podrá ser solicitado por cualquier persona con interés legítimo, presumiéndose el mismo en caso de parentesco directo hasta el cuarto grado. El interés legítimo, en caso de no existir dicho parentesco, deberá ser probado.

En caso de que sea requerido más de un certificado de desaparición forzada, el organismo emisor debería hacer constar en los sucesivos certificados que ha emitido otros anteriores y además, tomará nota de quien los haya solicitado consignando su documento de identidad.

- 2) El fallecimiento a que hace referencia el artículo 3º, inciso 2 de la ley se acreditará:

2a) Por resolución judicial o por constancias administrativas, de las que se desprenda la participación en el hecho de personal de las Fuerzas Armadas, de Seguridad o de grupos paramilitares.

Se presume que el fallecimiento tuvo lugar por accionar de las Fuerzas Armadas o de Seguridad o grupos paramilitares, cuando:

- a) El fallecimiento haya ocurrido en lugares o establecimientos pertenecientes a los mismos.
- b) Las personas hayan sido denunciadas como desaparecidas ante la ex-Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) y se encuentren dentro de las previsiones de los incisos b) o c) del artículo 1º de la presente reglamentación.

A partir del pronunciamiento castrense del 24 de marzo de 1976, se introduce en la vida argentina una drástica subversión institucional. Es creada una suerte de «poder ejecutivo-legislativo-constituyente», que asume facultades extraordinarias de gobierno y, con ellas, la suma de poder público.

A partir de allí la actividad judicial adoptó un perfil harto singular. Señalada por la Ley Suprema de la Nación como amparo de los habitantes contra los desbordes autoritarios, coonestó la usurpación del poder y permitió que un cúmulo de aberraciones jurídicas adquirieran visos de legalidad. Salvo excepciones, homologó la aplicación discrecional de las facultades de arresto que dimanaban del estado de sitio, admitiendo la validez de informes secretos provenientes de los organismos de seguridad para justificar la detención de ciudadanos por tiempo indefinido. E, igualmente, le imprimió un trámite meramente formal al recurso de hábeas corpus, tomándolo totalmente ineficaz en orden a desalentar la política de desaparición forzada de personas.

En conclusión, durante el período en que se consumó la desaparición masiva de personas, la vía judicial se convirtió en un recurso casi inoperante. Es más, casi se podría afirmar que, durante el régimen militar, el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad individual poco tuvo que ver con lo que dijeran los Jueces; las decisiones al respecto quedaron al solo arbitrio de quienes integraron el aparato represivo del Estado.

En esencia, los denunciantes estimaban que, mientras el Poder Judicial informaba, a través del rechazo de los recursos de hábeas corpus, que se ignoraba el destino de los desaparecidos, sus cuerpos sin vida habían estado (varios identificados y otros sin cumplirse ese trámite elemental), en poder de la Morgue Judicial con conocimiento de la Cámara Penal.

Se imputaba que dicho organismo hubiera realizado autopsias y efectuado inhumaciones de cadáveres N.N. sin dar intervención a ningún Juez, siguiendo para ello instrucciones de las Fuerzas Armadas, lo que representó la omisión de investigación por parte del Tribunal Superior, pese a su conocimiento de la evidencia de «muertes violentas» e inexistencia de intervención de magistrado competente.

No hubo trámite oficial o extraoficial que los familiares de las personas desaparecidas hayan dejado de realizar. Así, recurrieron a los gobernantes y a las personas más influyentes de la sociedad, cumplieron todas las gestiones administrativas a través de los trámites establecidos por el Ministerio del Interior, rogaron la intervención de las distintas Iglesias y denunciaron su drama ante los organismos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Sólo en contadas ocasiones estas gestiones dieron resultado positivo.

En Argentina, siempre se ha entendido que es una de las garantías implícitas de la Constitución Nacional. Consiste en la facultad de peticionar al Juez para que, a través de un procedimiento rápido, de carácter sumario, haga cesar toda orden de un funcionario tendiente a restringir sin derecho la libertad personal, el Magistrado debe averiguar si el beneficiario del hábeas corpus se encuentra detenido, qué funcionario lo mantiene en tal situación, así como la legitimidad de la detención, e incluso cuando el arresto fuera dispuesto por el Poder Ejecutivo en virtud del estado de sitio, la razonabilidad del mismo.

Estos conceptos, tan explícitos, tan claros, toman comprensible que, en la generalidad de los supuestos, cuando un magistrado oficiaba a la autoridad administrativa, policial, militar o penitenciaria, indagando el destino del beneficiario de la acción judicial, se conformara con la escueta fórmula de respuesta que le informaba que no estaba detenido. La misma autoridad contra quien se interponía el recurso era la que, con su negativa, determinaba la clausura de la investigación.

"El diseño de la técnica empleada para la desaparición forzada y sistemática de personas incluyó la eliminación del recurso de hábeas corpus del repertorio de las garantías constitucionales de Argentina."<sup>170</sup>

En este sentido, el desprecio al imperio judicial fue tan frontal, que se precisó instruir a los jueces para que extremen las investigaciones, adoptando por sí mismos las medidas necesarias para avanzar en el esclarecimiento de los hechos denunciados. A tal fin, la Corte recordó que «el hábeas corpus exige que se agoten los trámites judiciales que razonablemente aconsejen las circunstancias del caso, a fin de hacer eficaz y expedita la finalidad del instituto, que es restituir la libertad en forma inmediata a quien se halla ilegítimamente privado de ella» (Casos: Ollero, Inés; Giorgi, Osvaldo; Machado-Rébori, Zimmerman de Herrera; Hidalgo Solá, etc.).

A partir de esa fecha, se establece como único fuero con competencia para tramitar recursos de hábeas corpus, el Federal en materia penal. De esta manera se impidió acudir a los magistrados ordinarios, justamente en tiempos signados por la frecuente «detención-desaparición» de personas y de arrestos sin proceso judicial inculpativo. Asimismo, vulnerando la Constitución Nacional en punto a organización federativa de Argentina, se veda de este modo acudir a los jueces provinciales en el interior del país. Tal situación legal se encuentra inalterada hasta el presente, y significa un óbice a la históricamente reconocida facultad de optar por introducir el recurso de hábeas corpus ante el juzgado de preferencia del presentante.

El recurso de hábeas corpus, fue totalmente ineficaz para impedir las desapariciones forzadas.

Como quedó dicho, millares de recursos tuvieron un diligenciamiento inútil, sin mérito alguno para el hallazgo y liberación de la víctima privada ilegalmente de su libertad. En realidad, debería decirse que el hábeas corpus careció en absoluto de vigencia conforme su finalidad, ya que la formalidad de su implementación funcionó en la práctica como la contracara de la desaparición.

### **C) Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas en Argentina.**

---

<sup>170</sup> MIGNONE, Emilio F. Los decretos de indulto en la República Argentina. En: Revista IIDH, Vol. 12, 1990, p. 259-278. San José, IIDH.

Enfrentar sin retaceos el tema de la desaparición forzada de personas en la República Argentina y determinar lo sucedido con las víctimas constituyó una de las grandes tareas del resurgimiento de la democracia; el presupuesto inexcusable de la primera gran reparación que la sociedad requiere: recuperar para sí la verdad de lo acontecido, «re-encontrar» su pasado inmediato y someterlo al juicio de la comunidad, reestablecidas ya sus instituciones fundamentales.

En general, tales procedimientos consistieron en lo siguiente:

- 1) Reconocimiento «in situ» de centros clandestinos de detención, con la concurrencia de liberados de dichos campos.
- 2) Visita a las morgues para recabar información sobre ingresos irregulares.
- 3) Diligencias en vecindarios y en lugares de trabajo, enderezadas a determinar la ubicación de centros clandestinos de detención o sobre las modalidades y formas en que se procedió a secuestrar a personas que figuran como desaparecidas.
- 4) Recepción de declaraciones testimoniales de personal en actividad o en retiro de las fuerzas armadas y de seguridad, fuera del ámbito físico de la Comisión.
- 5) Revisión de registros carcelarios.
- 6) Revisión de registros policiales.
- 7) Investigación de delitos cometidos en bienes de desaparecidos.

La desaparición de personas como metodología represiva reconoce algunos antecedentes previos al golpe de estado del 24 de marzo de 1976. Pero es a partir de esa fecha, en que las fuerzas que usurparon el poder obtuvieron el control absoluto de los resortes del Estado, cuando se produce la implantación generalizada de tal metodología.

Así lo entendió el Poder Ejecutivo Nacional al sostener que: "la cuestión de los Derechos Humanos trasciende a los poderes públicos y concierne a la sociedad civil y a la comunidad internacional, según se expresa en el primer considerando del Decreto 187 del 15 de diciembre de 1983, por el cual se creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Tendría como objetivo intervenir activamente en el esclarecimiento de los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridos en el país, averiguando su destino o paradero como así también toda otra

circunstancia relacionada con su localización. Recibiría denuncias y pruebas sobre esos hechos para remitirlos a la justicia cuando de ellas surgiera la comisión de delitos. La misión encomendada no implicaba la determinación de responsabilidades. La justicia, receptora del material logrado por la Comisión en sus investigaciones y procedimientos, sería la encargada de delimitar responsabilidades, y decidir sobre los culpables."<sup>171</sup>

Entre las víctimas que aún permanecen en condición de desaparecidas, y las que fueron posteriormente liberadas habiendo pasado por centros clandestinos de detención, se encuentran personas de los más diversos campos de la actividad social.

En el Código Penal de Argentina se señala que se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustraer, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. De esto se desprende que la desaparición forzada la puede cometer cualquier persona y no precisamente un servidor público o miembro del estado.

De igual forma señalan agravación de la pena e que será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión: Si la víctima fuere mujer o menor de dieciocho años de edad; si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua. Asimismo, señala la pena que podría imponerse en el caso que como consecuencia de la desaparición se presentare la muerte de la persona, cosa que en nuestra legislación mexicana no esta regulada.

Es posible afirmar que "no solamente se persiguió a los miembros de organizaciones políticas que practicaban actos de terrorismo. Se cuentan por millares las víctimas que jamas tuvieron vinculación alguna con tales actividades y fueron sin embargo objeto de horribles suplicios por su oposición a la dictadura militar, por su participación en luchas gremiales o estudiantiles, por tratarse de

---

<sup>171</sup> LÁZARA, SIMÓN A. Desaparición forzada de personas, doctrina de la seguridad nacional y la influencia de factores económico-sociales. En: La Desaparición, Crimen contra la Humanidad. Grupo de Iniciativa por una Convención Internacional sobre la Desaparición Forzada de Personas, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, octubre 1987, Pág. 41.



reconocidos intelectuales que cuestionaron el terrorismo de Estado o, simplemente, por ser familiares, amigos o estar incluidos en la agenda de alguien considerado subversivo".<sup>172</sup>

La CONADEP formó 7.380 legajos, comprensivos de denuncias de familiares de desaparecidos, testimonios de liberados de los centros clandestinos de detención y declaraciones de miembros de las fuerzas de seguridad que intervinieron en el accionar represivo antes descrito.<sup>173</sup>

De la investigación efectuada resultó la formulación de denuncias ante la justicia, comprensivas de 1086 legajos que permiten tener por acreditada la existencia y funcionamiento de los principales centros clandestinos de detención; nómina parcial de «desaparecidos» que fueron vistos con vida en tales centros y de miembros de las Fuerzas armadas y de Seguridad mencionados por las víctimas como responsables de los graves hechos denunciados.

De igual forma, existe una ley 24.321 que habla sobre la desaparición forzada de personas, la cual en su contenido nos habla de la Declaración de ausencia, Juez competente, del Procedimiento: Plazos. Efectos civiles. Reparación con vida del ausente. Alcances a casos de ausencia con presunción de fallecimiento.

En Argentina dicha ley señala cuando se puede solicitar la declaración de ausencia por desaparición forzada por quien tenga interés legítimo subordinado a la persona del ausente. En el caso del cónyuge, ascendientes, descendientes y parientes hasta el 4º grado, dicho interés se presume.

### **5.- Desaparición forzada de personas en Perú.**

El Código Penal de Perú establece dentro de su Título XIV-A, Capítulo Segundo catalogado como un delito contra la humanidad, la desaparición forzada, estableciendo en el artículo 320 la desaparición comparada (sic), en el que señala que: *"El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición*

<sup>172</sup> AGEITOS, Stella M. Después del punto final, la ley de la obediencia debida "para que la memoria no falle". Buenos Aires, Servicio Paz y Justicia, 1987.

<sup>173</sup> Cfr. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1984. La CONADEP documentó 8,960 casos de personas desaparecidas de los 30,000 denunciados por las organizaciones de familiares.

*debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1) y 2).*

*Artículo 36°.- La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:*

*1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;*

#### **A) Antecedentes de la Desaparición Forzada.**

La Defensoría del Pueblo de Perú, en cumplimiento de su mandato constitucional de defensa de los derechos fundamentales de la persona y la comunidad, ha mantenido una preocupación constante por las secuelas de la violencia que afectó a ese país y ha señalado la necesidad de hacer todos los esfuerzos por restituir los derechos de las víctimas.

El periodo de violencia desde los inicios de la década de los ochenta "dejó un elevado saldo de víctimas aún no determinado con precisión por la actuación tanto de los grupos subversivos y terroristas como por parte de agentes del Estado como consecuencia de la política adoptada para hacerle frente. Un número importante de miembros de las fuerzas del orden, autoridades locales, y pobladores murieron a consecuencia de la acción terrorista. De otra parte, se produjeron numerosas desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de pobladores principalmente de la sierra sur y central del país, causando gran dolor e incertidumbre en sus familias."<sup>174</sup>

Atendiendo un pedido de la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos en zonas declaradas en Emergencia (ANFASEP) y con el objeto de contribuir con el esclarecimiento de la verdad en estos casos, la Defensoría del Pueblo inició la investigación sobre "La desaparición forzada de personas en el Perú", sobre la base de las denuncias recibidas por el Ministerio Público entre 1983 y 1996.

---

<sup>174</sup> Las desapariciones forzadas en Perú, Informe de la Defensoría del Pueblo de Perú de 1996 a 1999, Pág. 12.

Para la Defensoría del Pueblo la atención al problema de la desaparición forzada de personas en el Perú ha demandado esfuerzos constantes para contribuir al esclarecimiento de los hechos y la búsqueda de alternativas para hacer frente a la grave situación de las víctimas y sus familiares. La investigación inicial desarrollada en los años anteriores culminó con un informe que se terminó de elaborar en noviembre del 2000 durante el mandato del doctor Jorge Santistevan de Noriega, primer Defensor del Pueblo. Durante el año dos mil dos se llevó a cabo una segunda etapa de investigación dirigida a actualizar los listados de personas presuntamente desaparecidas con información proporcionada por entidades públicas, estando en plena ejecución el trabajo de verificación con familiares de las víctimas en estrecha colaboración con la Comisión de la Verdad y Reconciliación.

Las víctimas de desaparición forzada y sus familiares no han recibido por parte del Estado de Perú la atención que su situación exige, ni la magnitud de su drama ha sido del conocimiento del conjunto de la sociedad debido a que en su mayoría se trataba de jóvenes campesinos pobres

El 7 de setiembre de 1997 la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú (ANFASEP), presentó a la Defensoría del Pueblo un petitorio, solicitando su intervención "para investigar los casos de delitos contra la libertad individual, bajo la modalidad de secuestro-detención y desaparición forzada e involuntaria". El petitorio reseña la práctica de la desaparición forzada a partir de 1983 en Ayacucho. Se señala a los presuntos agentes de detención ("miembros del Ejército, de la Marina, de la Policía de Investigaciones, de la Guardia Civil y 'sinchis', del Servicio de Inteligencia, de la Guardia Republicana y de 'defensa civil' acompañados por personal militar"), así como las circunstancias en que se realizaban las detenciones y los lugares a donde eran conducidos los detenidos, quienes "fueron vistos con vida por personas que posteriormente fueron puestas en libertad y que a veces lograron traer pequeñas 'notitas' dirigidas a sus seres queridos de parte de quienes se quedaban sin suerte alguna de lograr su libertad."<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> Pliego Petitorio presentado a la Defensoría del Pueblo de Perú el 7 de setiembre de 1997 por la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú - ANFASEP, Pág. 22.

Respecto a las Leyes de Amnistía N° 26479 y N° 26492 señalaron que sus efectos "son desastrosos, imposibilitando las investigaciones de los miles de casos de secuestros-detenciones y desapariciones y que contravienen las normas constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Perú. Las desapariciones forzadas afectan una pluralidad de derechos fundamentales. No sólo aquellos que le pertenecen al desaparecido, sino también a sus familiares, quienes sufren una situación de incertidumbre sobre el paradero y destino final del ser querido hasta el día de hoy."<sup>176</sup>

En efecto, la práctica de la desaparición forzada de personas genera una cadena violatoria de los derechos constitucionales. En primer lugar, se trata de una práctica que vulnera el derecho a la vida e integridad de la víctima, puesto que una de las consecuencias prácticas de la desaparición forzada es la privación arbitraria de la vida. El clima de encubrimiento que rodea la desaparición forzada y el tiempo transcurrido sin conocer su paradero, generan la presunción de que efectivamente se violó su derecho a la vida, correspondiéndole probar al Estado que este derecho no fue vulnerado.

Para la Defensoría del Pueblo de Perú, las desapariciones forzadas no solamente vulneran los derechos fundamentales mencionados en líneas anteriores, sino que también vulneran derechos que les corresponden a los familiares. De esta forma, a los familiares les asiste el derecho a conocer la verdad de lo sucedido, a enterrar a sus muertos y a la reparación moral y material.

El derecho a la reparación que asiste a los familiares, ha sido acogido por los diversos tratados y convenciones universales y regionales y su jurisprudencia.

De este modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Velásquez Rodríguez ha planteado que: Es un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general de derecho, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo.

---

<sup>176</sup> El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en su Informe sobre las Desapariciones de 1981.

Las desapariciones implican "un desconocimiento no sólo de la vida, sino también de la muerte. El hombre es tratado como una cosa (...) porque ni siquiera hay derecho a recabar la identidad de quien desaparece. (...) No sólo se lesiona la libertad, la vida desde el punto de vista de los delitos de peligro, sino también este nuevo concepto de personalidad del ser humano total () reconocido en casi todas las convenciones de Derechos Humanos"<sup>177</sup>.

## **B) La desaparición forzada de personas en la normatividad peruana**

La desaparición forzada de personas vulnera un conjunto de derechos inherentes a la persona reconocidos por la Constitución Política de 1993 de Perú, como el derecho a la vida, integridad y libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución. A la libertad y a la seguridad personales (artículo 2° inciso 24), a la presunción de inocencia (artículo 2°, inciso 24, literal e), al debido proceso (artículo 139°, inciso 3), al derecho de defensa (artículo 139°, inciso 14), y a un recurso efectivo ante los tribunales de justicia (artículo 200°).

Desde la aparición del fenómeno de la desaparición forzada en 1980 los políticos y legisladores nacionales, presentaron proyectos legislativos tendientes a prevenir y sancionar dicha práctica.

El primer proyecto que data de abril de 1984 y que fuera presentado por el entonces diputado Javier Valle Riestra, no contenía una definición o noción de la figura delictiva, limitándose a enumerar las acciones que implicaba: la detención o aprehensión, la negación del paradero de la víctima, considerada en su especial condición de opositor o disidente político (artículo 1). De otro lado, el mismo establecía una causal de eximente de responsabilidad si la persona reaparecía viva e indemne o si proporcionaban información decisiva sobre su paradero (artículo 2), así como una atenuante calificada si aparecía viva solamente (artículo 3). El artículo 5 prescribía la imposibilidad de invocar la obediencia debida como causa de justificación, o en todo caso razones de guerra o seguridad nacional. Por último, consagraba el carácter de delito de lesa humanidad y las consecuencias jurídicas que aquella categoría implicaba (artículo 8), como el procesamiento en la jurisdicción común.<sup>178</sup>

<sup>177</sup> BAIGUN, David. Desaparición forzada de personas, su ubicación en el ámbito penal. En: La desaparición, crimen contra la humanidad. Buenos Aires: Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987. Págs. 70-71.

<sup>178</sup> Proyecto N° 1412 del 01 de abril de 1984. Este Proyecto con algunas leves modificaciones fue retomado y presentado nuevamente por el senador César Delgado Barreto, el 22 de octubre de 1991 con el número 780.

Ese mismo año, el diputado Javier Diez Canseco elaboró otro proyecto en el que también se prestaba atención a la calidad de opositor o disidente político de la víctima y la relevancia que la calidad de funcionario público del agente tenía en la comisión de la acción delictiva (artículos 1 y 4). Este proyecto penalizaba con sanciones distintas la simple detención arbitraria (artículo 2 primer párrafo) y la negación de información (artículo 2 segundo párrafo). De igual manera, prescribió la imposibilidad de invocar la obediencia debida como causa de justificación (artículo 8) y la imprescriptibilidad de la acción penal (artículo 9). De otro lado, el proyecto proponía ciertas normas procesales que establecían el procesamiento por el fuero común (artículo 11), el carácter sumario del proceso (artículo 12) y la imposibilidad de ser indultado (artículo 16).<sup>179</sup>

Paralelamente a este debate legislativo se originó otro sobre la jurisdicción en la que se debía procesar a los presuntos responsables de este delito. El mismo giraba, sobre la base de la indefinición de la noción de delito de función prevista en el artículo 282° de la Constitución de 1979, en torno al establecimiento de la competencia del fuero común ó militar; y el carácter excepcional de las tareas impuestas a las Fuerzas del Orden en las zonas de emergencia que estaban al mando de los Comandos Político Militares.

La entrada en vigencia de un nuevo Código Penal en 1991, hizo posible la tipificación de la figura de desaparición forzada en el Capítulo II previsto para los delitos de Terrorismo. El artículo 323° lo describió en los siguientes términos:

"El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenado o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación". El tipo objetivo sólo contemplaba la posibilidad de que sea realizado por un agente estatal. Ello implicaba el reconocimiento de "que la desaparición forzada de personas es una práctica de terror llevada a cabo por cuerpos organizados para el control interno" y por lo tanto una "manifestación específica del terror de Estado."<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> Proyecto N° 1771 del 14 de diciembre de 1984.

<sup>180</sup> AZABACHE, César, "Delitos contra los Derechos Humanos". En: Series Penales. Instituto de Defensa Legal, Lima 1991. Pág 40.

Luego de la ruptura del orden constitucional el 5 de abril de 1992, el gobierno promulgó el Decreto Ley 25475, que en forma expresa derogó los artículos del Código Penal que tipificaban el delito de Terrorismo (artículo 22), entre ellas, la figura de la desaparición forzada.

El 2 julio de 1992 se dictó el Decreto Ley 25592, que volvió a penalizar esta conducta de esta manera:

*"El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal."*<sup>181</sup>

Se trata de un delito especial propio en tanto los autores sólo pueden ser funcionarios públicos. Esta circunstancia implica una limitación de la esfera de la autoría. La conducta penalmente relevante consiste en privar a una persona de su libertad, pudiendo el autor realizar personal y directamente acciones que conduzcan a la desaparición del sujeto, u ordenando a un tercero la realización de conductas tendientes al mismo propósito.

La agregada condición de que la desaparición sea "debidamente comprobada" -que no tiene precedente en la legislación internacional-, carece de una fundamentación político-criminal razonable. Tal condición no debe implicar imponerle al denunciante una previa actividad probatoria absolutamente absurda dada la propia naturaleza clandestina de la práctica, sino únicamente el agotamiento de trámites policiales y administrativos usados corrientemente para la ubicación de cualquier persona desaparecida. No debe entenderse como un presupuesto de punibilidad o procedibilidad pues ello significaría posibilitar la impunidad.

La Ley N° 26926, agrupa en un solo título autónomo denominado "Delitos contra los Derechos Humanos diversas figuras delictivas como el genocidio, la tortura y la desaparición forzada."<sup>182</sup>

<sup>181</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Curso de Derecho Penal" (Parte General). Barcelona, 1996. Pág. 13.

<sup>182</sup> Publicada el 21 de febrero de 1998.

Con buen criterio el legislador sostuvo que dicha decisión era recomendable por razones de técnica legislativa y por la entidad del bien jurídico tutelado: "los derechos humanos, que enumera en forma incompleta al referirse sólo a la identidad e integridad personal, pero que en todo caso representa un reconocimiento de la importancia de los derechos y bienes jurídicos afectados por dicha práctica reconocida como delictiva. Además, dicha ley reconoció el carácter común de este delito al prescribir en su artículo 5° que serán tramitados en el fuero común y por vía ordinaria."<sup>183</sup>

En 1980 a la par que retornaba la institucionalidad democrática se inicia en el país un proceso de grave violencia con el surgimiento de organizaciones terroristas que provocan la respuesta indiscriminada por parte del Estado Peruano. Entre 1980 y 1983, Sendero Luminoso desplegó los planes de inicio y desarrollo de la Guerra Popular, fundamentalmente en los departamentos de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica. Aprovechando la ausencia del Estado y utilizando métodos basados en la intimidación, la persuasión y el paternalismo logró contar con cierto apoyo inicial para el incremento de sus actividades en el terreno militar. El impacto social y los efectos dañinos de sus acciones fueron considerables.

El denominado Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, inició su llamada "guerra popular" el 17 de mayo de 1980, con el objetivo fundamental de "tomar el poder" e instaurar -según sus postulados- un Estado y una democracia "de nuevo tipo, para tales fines se estructuró como una organización político-militar que combinó prácticas guerrilleras y terroristas."<sup>184</sup>

Si bien no es posible indicar con precisión cuándo comenzaron a producirse las primeras desapariciones forzadas de personas, las estadísticas permiten constatar, que al poco tiempo de instaurados los estados de emergencia se empezaron a realizar las primeras desapariciones forzadas. Entre junio de 1981 y enero de 1983 se presentaron 23 casos de desaparición forzada.

Sin embargo, la práctica recurrente, se establecería a partir de febrero de 1983, coincidentemente con la implementación de los Comandos Político Militares. En septiembre de 1983, los familiares de desaparecidos formaron la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados,

<sup>183</sup> Dictamen de la Comisión de Justicia, de fecha 11 de diciembre de 1997.

<sup>184</sup> GARCIA-SAYAN, Diego, "Perú: Estados de Excepción y régimen jurídico", en: "Estados de Emergencia en la Región Andina", Comisión Andina de Juristas. Lima, 1987. Pág. 114.



Detenidos y Desaparecidos en Zonas de Emergencia (ANFASEP) con sede en Ayacucho. La Asociación surgió como una forma de congregar a las mujeres, cuyos hijos o esposos habían sido detenidos-desaparecidos, con el objeto de denunciar sus casos ante el Ministerio Público y lograr la libertad de sus seres queridos.

El accionar terrorista "se caracterizaba por su forma sorpresiva, una gran capacidad de movilidad, desplazamiento y astucia para mimetizarse con la población que no participaba de sus designios. Mientras esto ocurría, por el lado estatal se apreciaba cierto desconcierto respecto a su naturaleza e intensidad."<sup>185</sup>

"La escasa preparación, el desconocimiento de la operatividad del enemigo a combatir, la expansión que ésta experimentaba, así como la complejidad de la geografía, produjo bajas en el personal policial, entre otras razones, impulsó la instauración del estado de emergencia, por primera vez, en las provincias de Huanta, La Mar, Huamanga, Cangallo y Víctor Fajardo del departamento de Ayacucho, por un período de 60 días, suspendiéndose las garantías constitucionales relativas a la libertad individual, inviolabilidad de domicilio y libertad de reunión y tránsito; y disponiendo que las Fuerzas Policiales asumieran el control del orden interno."<sup>186</sup>

Desde 1989 la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos de Perú ha dado cuenta, a través de Informes Anuales, de la situación de los derechos humanos en ese país, en especial de los desaparecidos. En su primer informe señaló que, según informaciones de Naciones Unidas, el Perú durante 1987 y 1988 había sido el país con más detenidos- desaparecidos en el mundo, con 79 y 170 personas, respectivamente, y que según sus estadísticas para 1989 la cifra había aumentado a 300 personas. En 1990, denunció la existencia de 246 personas detenidas-desaparecidas cifra que ubicaba, por cuarto año consecutivo, a nuestro país en el primer lugar en la lista del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas.

---

<sup>185</sup> Según Desco durante 1980 Sendero Luminoso ejecutó 219 acciones, mientras que en 1981 realizó 715, en 1982 llevó a cabo 891 acciones y 1,123 en 1983, en: "Violencia Política en el Perú", Vol. I, 1980-1988. Lima, 1989. Pág. 28.

<sup>186</sup> EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, "Defensa Nacional, Estados de Excepción y control del orden interno en la Constitución Peruana de 1979", en: Defensa Nacional, CAEM, Año 5, Nº 6, Lima, 1986.

La Comisión precisó que la declaratoria de los estados de emergencia fue determinante para la práctica de las desapariciones, en tanto que sirvieron para amparar el abuso de los poderes otorgados a las Fuerzas Armadas, que detenían a las personas sin cargos, sin registrarlos y privándolos de los recursos legales pertinentes. La Comisión subrayó las características que en términos operativos tuvo la práctica en el Perú. Precisó que "las detenciones fueron ejecutadas por miembros de las Fuerzas Armadas al mando de los Jefes Políticos Militares y los Jefes de las Bases Militares, y por policías sobre la base de las informaciones emitidas por los servicios de inteligencia que afirmaban las vinculaciones de las víctimas con grupos subversivos, o la eventual circunstancia de no contar con documentos de identidad."<sup>187</sup>

De otra parte, la Comisión ya había indicado su preocupación sobre el debilitamiento de los recursos para cautelar la libertad individual, en especial la ineficacia del Habeas Corpus para los casos de desaparición.

Asimismo, la Comisión sostuvo que la falta de seriedad e imparcialidad de las investigaciones determinó la configuración de un marco de impunidad de hecho, legalizada años más tarde a través de la promulgación de las Leyes de Amnistía (Leyes 26479 y 26492), no siendo procedente la invocación del derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales (artículo 27 de la Convención de Viena sobre Tratado de Derechos Humanos), entre ellas las de garantizar el funcionamiento completo y debido de la justicia, recomendando por ello la derogatoria de estas leyes que impidan el juzgamiento y sanción de responsables de desaparición forzada de personas.

Respecto a la negación de la detención la Comisión que "era absoluta o, en todo caso, en razón de una constancia de libertad suscrita bajo torturas por la persona detenida, cuando no falsificada, se afirmaba una liberación que nunca se había producido. Por último, llegó a establecer que posteriormente a la detención las víctimas fallecían a causa de torturas o simplemente eran ejecutadas en forma sumaria y extrajudicial y los cuerpos ocultados en fosas clandestinas."<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N°41-97, Caso 10.491 Estiles Ruiz Dávila. Párrafo 17.

<sup>188</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú, Anexo II. Op. cit. Pág. 43.

Asimismo, señalaron que "las modalidades de desaparición forzada de personas más relevantes, fueron realizadas luego de detenciones en plena vía pública o en el domicilio de la víctima, principalmente en horas de la madrugada, sin reparar en la presencia de testigos que podrían identificar a los agentes."<sup>189</sup>

### **C) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los casos de desaparición forzada de personas en el Perú**

El 03 de noviembre de 1997 la Corte Interamericana emitió sentencia sobre el caso de desaparición forzada de Ernesto Castillo Páez. En la misma consideró "demostrada la práctica, por parte de las fuerzas de seguridad, de desaparición forzada de personas consideradas como miembros de Sendero Luminoso."<sup>190</sup>

De igual modo, la Corte consideró probada la vulneración del derecho a la libertad personal (artículo 7 de la Convención Americana), el derecho a la integridad personal (artículo 5) puesto que el hecho de haber sido introducido a un vehículo oficial "por si solo debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; el derecho a la vida (artículo 4), en razón del tiempo transcurrido desde la detención y las afirmaciones -no cuestionadas por el Estado- sobre la existencia de una práctica de desaparición forzada por parte de las fuerzas de seguridad.

Asimismo, la Corte declaró comprobada la violación del derecho a una protección judicial efectiva (artículo 25) en tanto agentes del Estado obstaculizaron el recurso de hábeas corpus al adulterar el registro de ingreso de detenidos impidiendo la localización de la víctima.

La Corte señaló la obligación del Estado peruano de investigar los hechos que provocaron las desapariciones, en virtud del derecho de los familiares a conocer el paradero de las víctimas. Agregó que a esta obligación se suma la de prevenir y sancionar tales actos y a una reparación por el daño sufrido, obligaciones que se mantienen vigentes hasta su cumplimiento. El Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad.

<sup>189</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 56/99. Op. cit. Párrafos 73 y 74.

<sup>190</sup> Comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al gobierno del Perú. Op. cit. Págs. 59 y 60.

La Defensoría del Pueblo consideró necesario atender, a pesar de la vigencia de las cuestionadas leyes de amnistía, el derecho de los familiares a conocer la verdad sobre el paradero o destino de las víctimas, que sustenta el acceso a alguna forma de justicia, el derecho a la sepultura de sus muertos, así como considerar el derecho a la reparación correspondiente.

Las desapariciones forzadas afectan una pluralidad de derechos fundamentales de las víctimas de desaparición forzada y de sus familiares. Respecto de los primeros implican violación de los derechos a la vida, integridad y libre desarrollo de la personalidad (artículo 2° inciso 1), a la libertad y a la seguridad personales (artículo 2° inciso 24), a la presunción de inocencia (artículo 2°, inciso 24, literal e), al debido proceso (artículo 139°, inciso 3), al derecho de defensa (artículo 139°, inciso 14), y a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales de justicia (artículo 200° inciso 2). Respecto de los familiares afectan los derechos a la verdad, a la justicia, a la sepultura de los muertos y a la reparación (artículo 3°).

En el contexto de la impostergable búsqueda de la verdad, la Defensoría del Pueblo consideró que es posible reconocer el derecho de los deudos a la sepultura de las víctimas, de manera real o simbólica según el caso, aunado a una reparación integral por la pérdida causada que incluya tanto recompensa moral como beneficios materiales que favorezcan la atención a los deudos en situación de mayor desamparo.

Igualmente, sobre la base de la búsqueda de la verdad, el derecho a la justicia puede ser alcanzado en un contexto de reconciliación, propio de procesos de transición a la democracia. La excepcionalidad planteada por la lucha contra la subversión y las limitaciones que ella impone al sistema judicial- como ocurrió en el Perú y como se percibe en el análisis de casos al que se refiere el presente informe ha hecho aconsejable que, sin perjuicio de la actividad punitiva del Estado, se busque en otras partes del mundo, formas alternativas compensatorias de justicia en verdad con un propósito reconstructivo de la convivencia social y de la institucionalidad que la sustenta.

La Ley de Amnistía ha sido considerada "ley impunidad, argumentando que esta tiene como objetivo beneficiar a los militares que asesinaron, torturaron y desaparecieron gente en el marco de la

lucha antiterrorista, no obedeciendo presiones psicológicas, como pretende Albeto Fujimori. En el caso peruano la aprobación de la Ley de Amnistía, entró en vigor el 16 de junio de 1995. El texto de la ley indica que la amnistía "es de obligación aplicatoria por los órganos jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u ocasionados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos de manera individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995. Esto significa que la norma beneficia a los denunciados, investigados, procesados o condenados, sea por jueces del fuero común o tribunales militares.

En el código penal peruano se señala que el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1) y 2) y en el artículo 36° se señala que la inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.

La Comisión afirmó que "en el período 1989-1993 existió en Perú una práctica sistemática y selectiva de desapariciones forzadas, llevada a cabo por agentes del Estado peruano, o al menos tolerada por dicho Estado. La mencionada práctica oficial de desapariciones forzadas "formó parte de la llamada lucha antisubversiva, sin perjuicio de que muchas veces afectó a personas que no tenían nada que ver con actividades relacionadas con grupos disidentes."<sup>191</sup>

La desaparición forzada de personas vulnera un conjunto de derechos inherentes a la persona reconocidos por la Constitución Política de 1993 de Perú, como el derecho a la vida, integridad y libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 2° inciso 1 de la Constitución. A la libertad y a la seguridad personales (artículo 2° inciso 24), a la presunción de inocencia (artículo 2°, inciso 24, literal e), al debido proceso (artículo 139°, inciso 3), al derecho de defensa (artículo 139°, inciso 14), y a un recurso efectivo ante los tribunales de justicia (artículo 200°).

---

<sup>191</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 56/99, relativos a los casos 10.824 Eudalio Lorenzo Manrique.

Al igual que en nuestra legislación, se tipifica la desaparición forzada de personas, y se imponen penas las cuales en este caso de Perú, no se señala ninguna atenuante o agravación de la pena. Y de igual forma que en nuestro código penal no se señala lo que pasaría en el supuesto de que la víctima de la desaparición forzada resultare muerta; de igual forma no se señala nada respecto a la posible reparación del daño que se sufra con motivo de la desaparición.

## 6.- Desaparición forzada de personas en Costa Rica.

El Código Penal de Costa Rica en su Título V de los Delitos contra la libertad, Sección I de los Delitos contra la libertad individual señala el Ocultamiento de detenidos por autoridades, expresando en el Artículo 190:

*"En la misma pena y además en la pérdida del empleo, cargo, comisión que tuviere o incapacidad para obtenerlo de seis meses a dos años, incurrirán las autoridades que ordenaren y los agentes que ejecutaren el ocultamiento de un detenido, se negaren a presentarlo al Tribunal respectivo o en cualquiera otra forma burlaren la garantía del artículo 37 de la Constitución Política."*<sup>192</sup>

De igual forma señala la privación de libertad sin ánimo de lucro en el artículo 191, señalando que: "Será penado con prisión de seis meses a tres años al que sin ánimo de lucro, privare a otro de su libertad personal." y en el artículo 192 señala las Formas agravadas: "La pena será de dos a diez años cuando se privare a otro de su libertad personal, si se perpetrare:

- 1) *Contra la persona de un ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o de un funcionario público;*
- 2) *Con actos de violencia, o para satisfacer venganzas, o resultare grave daño en la salud del ofendido;*
- 3) *Durare más de cinco días; y*
- 4) *Con abuso de autoridad."*

<sup>192</sup> Código Penal de la República de Costa Rica, Departamento de Servicios Parlamentarios Unidad de Actualización Normativa Publicado en la Gaceta No. 257 de 15-II-1970, 102 p. Editorial Porvenir.

La Constitución Política de la República de Costa Rica, en el Título IV que habla sobre los derechos y las garantías de los individuos señala en el artículo 37 que "Nadie podrá ser detenido sin indicio comprobado de haber cometido delito y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infragante; pero en todo caso deberá ser puesta a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas".<sup>193</sup>

En este apartado, es pertinente señalar que debido a la escasa información que sobre la desaparición forzada de personas en Costa Rica se obtuvo de algunos libros y legislación de Costa Rica, me constituí en la Embajada de Costa Rica en México, negándose cualquier tipo de información al respecto, ya que según el dicho de las personas encargadas de dicha embajada, la desaparición forzada de personas no está contemplada en la legislación de dicho país, y de igual forma, manifestaron que no tienen conocimiento respecto a información de ese tipo, no obstante que al consultar el Código Penal de Costa Rica, en contra que este delito sí está tipificado en el mismo, pero me fue imposible encontrar algún dato más que me pudiera servir en el presente estudio.

## **7.- La Corte Penal Internacional.**

La tesis de una jurisdicción en materia penal internacional por encima de las naciones por "Crímenes de Estado" surgió hace mucho tiempo, y toma forma después del llamado *Informe Carnegie* de Washington en 1914, realizado por la Comisión Internacional para Investigar las Causas y Conductas de la Guerra en los Balcanes. Antes de ese informe, no se concebía una responsabilidad en las personas físicas por delitos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad,

Ahora bien, el concepto tradicional del Derecho Internacional es el de regular, exclusivamente, las relaciones entre los Estados. Cabe señalar, que los crímenes se cometen por individuos, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del Derecho Internacional.

---

<sup>193</sup> Constitución Política de la República de Costa Rica. Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, Año VI, número 35, San José de Costa Rica, 1995.

A partir de la Primera Guerra Mundial, adquiere importancia en las leyes internacionales, la noción de que los grandes crímenes nacidos y producidos en situaciones bélicas o en otras circunstancias, también son una cuestión de responsabilidad individual por violación del derecho internacional, especialmente de aquellos que actúan como representantes de órganos de un estado o dirigiendo grupos militares o policiales.

Durante la Segunda Guerra Mundial, fueron tan graves los crímenes cometidos, que toda la humanidad representada por las Naciones Unidas, se sintió afectada y necesitada de la reparación de aquellos hechos. No solamente las víctimas y sus familiares, sino también, los estados agraviados por la contienda.

Los asesinatos masivos, las deportaciones, las torturas y el exterminio planificado tuvieron una magnitud tal que requirieron de una especial consideración y condena, dando origen al *Tribunal de Nüremberg*, de su estatuto y de su sentencia que condenó a los autores directos o indirectos de crímenes contra la humanidad y lo hizo sin que hubiese un Código preciso que estableciera una tipificación exacta, de aquellos hechos.

"Nunca más", fue el compromiso de la Comunidad Internacional después de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo cincuenta años después, la guerra en Bosnia, el genocidio en Ruanda, lo sucedido en Somalia, Haití y en otros lugares, demuestran que aquel compromiso no ha prosperado.

En respuesta a las más grandes atrocidades cometidas en contra de la humanidad, actualmente, el principal recurso de la comunidad internacional consiste en imponer sanciones, embargos o muy raramente fuerza militar colectiva; estas medidas afectan a civiles inocentes, más que a los agresores. Sólo haciendo que los individuos respondan por sus violaciones al derecho internacional la comunidad mundial será capaz de actuar de manera eficaz contra aquellos que cometen estos crímenes.

Ante ello, el 17 de julio de 1998, durante la *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de la Corte Penal Internacional*, en la ciudad de Roma Italia, se aprobó por los delegados de 160 países, el Estatuto por el que se crea la Corte Penal Internacional,



organismo judicial de carácter permanente que contará con jurisdicción para juzgar a individuos acusados de la comisión de los delitos de genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad.

El 7 de septiembre del 2000, en el Marco de la Cumbre del Milenio, el Presidente de México firmó el estatuto que crea la Corte Penal Internacional, obligando con ello al Estado mexicano a no frustrar el objeto y fin del Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma establece que la Corte Penal Internacional se instalará cuando sesenta países depositen el instrumento de su ratificación ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, por lo tanto entrará en vigor al primer día del mes siguiente, a que se cumplan sesenta días contados a partir de que se alcance el número de ratificaciones mencionado. Cabe señalar que hasta mayo del 2001, el estatuto ha sido ratificado por treinta y dos países

La decisión del Gobierno de México de firmar el Estatuto obedece al hecho de que los principios que sustentan esta iniciativa son convicciones de la nación mexicana, además que representan el reconocimiento del esfuerzo de la Comunidad Internacional para establecer una jurisdicción penal internacional que garantice la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad; todo esto, en el marco del derecho internacional humanitario. Por ello la urgencia de ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional por parte de este órgano legislativo, mismo que tiene la facultad exclusiva de ratificar todos aquellos convenios regidos por el derecho internacional público, celebrados por escrito entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público.

El primero de julio del dos mil dos entro en vigor el Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante el estatuto), aprobado durante la Conferencia Diplomática de Roma, el 17 de julio de 1998. la cantidad de ratificaciones llego en tiempo imprevisto al numero mínimo de 60, como requerido por el articulo 126 del estatuto trata de un evento de fundamental trascendencia en la evolución del derecho internacional por varios factores seguramente, entre los más significativos podemos mencionar los siguientes:

1) Acaba un proceso empezado por lo menos a finales de la segunda guerra mundial , con la institución de los tribunales de Nuremberg y de Tokio, para juzgar a los criminales de guerra y a los responsables de conflicto mundial .

2) Existe una jurisdicción penal internacional permanente .esto significa que hay una corte conformada por jueces internacionales y que aplica normas internacionales relativas a crímenes y procedimientos reconocidas conformes a los estándares relativos a la protección de los derechos humanos de los imputados.

3) Se trata de definir de forma clara los crímenes internacionales reconocidos por la comunidad internacional.

La idea de una Corte Penal Internacional de carácter permanente era un proyecto que se había quedado inconcluso a lo largo de los años, como lo hemos mencionado anteriormente .pero en los años ochenta los estados latinoamericanos, y en particular Trinidad y Tobago, trataron de revitalizar esta propuesta pero con relación a los crímenes de narcotráfico en las naciones unidas, el asunto fue pasado en 1989 de la asamblea general otra vez a la comisión de derecho internacional .el resultado fue la elaboración de un proyecto de estatuto de la corte permanente finalizado en 1994 de esta forma se juntaba la labor de la comisión de derecho internacional que en 1996 había presentado su proyecto de código de crímenes internacionales junto con la labor de los dos tribunales para la Ex-Yugoslavia y Rwanda, tomo mas consistencia la idea de constituir una corte penal permanente de carácter internacional. en 1995 un comité ad hoc creado por la asamblea general el año pasado empezó la labor incorporando los dos trabajos de la comisión de derecho internacional .la idea era tener un proyecto completo para su discusión en una conferencia diplomática .pero los contrastes entre los estados demostraban la dificultad del tema por lo tanto, la asamblea general decidió constituir un comité preparatorio sobre el establecimiento de una corte penal internacional entre 1996 y 1998 el comité se reunió seis veces y redactó un proyecto de convención relativo al Estatuto de la Corte, entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998 se reunió en Roma la conferencia diplomática que aprobó el texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional el estatuto comprende un preámbulo y trece partes, con un total de ciento veintiocho artículos; se acaba un proceso de cincuenta años desde cuando se había planeado la idea de una Corte Penal Internacional permanente .pero el proceso no se había

definitivamente terminado como tratado internacional para entrar en vigor se necesitaban por lo menos sesenta ratificaciones al principio parecía una empresa muy complicada por la actitud negativa de las grandes potencias pero finalmente en un tiempo de cuatro años el estatuto entra en vigor ,sorprendiendo probablèmente a muchos observadores y analistas internacionales.

La Corte tiene claramente definidos en su estatuto los crìmenes internacionales que quedan bajo su jurisdicción estos son definidos genèricamente como los crìmenes mas graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto se trata de crìmenes internacionales en cuanto afectan a la comunidad internacional por su gravedad (articulo 1); son crìmenes que requieren prosecución en cuanto a la víctima de los actos criminales es la comunidad en su conjunto

El estatuto 6º, 7º, y 8º su interpretación es facilitada por los elementos de los crìmenes previstos en el articulo 9º . se trata de un documento aparte que tiene que ser adoptado sucesivamente a la entrada en vigor del estatuto de la asamblea de los estados partes (articulo 121) La corte tiene jurisdicción sobre cuatro categorías de crìmenes:

- genocidio (articulo 6º.)
- crìmenes de lesa humanidad (articulo 7º.)
- crìmenes de guerra (articulo 8º.)
- agresión (articulo 5.)
- crìmenes de lesa humanidad

La historia humana tiene varios casos de hecho bastantes de crìmenes que han afectado a la conciencia de la humanidad. Pero solo en el siglo XX se ha empezado a definir jurìdicamente el contenido de estos crìmenes. La expresi3n fue utilizada por primera vez al referirse a las masacres de las poblaciones armenias de parte de los turcos en 1915. El mismo concepto fue adoptado por el tribunal de Nuremberg como uno de lo crìmenes bajo su jurisdicción problemas legales relacionados a la prosecuci3n de crìmenes cometidos por los nazis en territorio alemán, y temores de parte de los aliados por las consecuencias sobre sus actividades en los territorios coloniales limitaron los ámbitos de aplicaci3n de estos crìmenes. Estos crìmenes por lo tanto se consideraron estrictamente relacionados con otros dos tipos legales bajo la jurisdicción de tribunal: crìmenes de guerra y crìmenes contra la paz esto ponía en estricta relaci3n los crìmenes de lesa humanidad con un conflicto armado.

Ahora bien, un avance en la definición de estos crímenes ha sido el desenlace de los conflictos armados, en el sentido que los lesa humanidad pueden ser cometidos también en tiempos de paz, los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales para la antigua Yugoslavia y para Rwanda han aclarado definitivamente este punto el artículo 7.1 de l estatuto de roma afirma que:

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 forma de privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) tortura;
- g) violación o esclavitud sexual, prostitución forzada, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada con principios políticos, raciales culturales, religiosos u otros motivos universales reconocidos como inaceptables 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 apartheid;
- k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o que atenten contra la integridad física la salud mental o física;

Jurisdicción y Admisibilidad. Un tema importante en la definición de las futuras actividades de la corte consiste en establecer y comprender bien su jurisdicción. Se trata de un tema que ha causado mucho debate en la conferencia diplomática de roma en cuanto se trataba de determinar quien puede caer bajo la jurisdicción de la corte, asunto que pone muchos asuntos en alarma, por el miedo de tener políticos y militares juzgados por un tribunal internacional.

En este sentido, en el preámbulo del estado se afirma que la Corte "será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales "pero también se recuerda que "es deber de todo estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales" este principio se reafirma en el artículo 1 cuando establece que la corte estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes mas graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente estatuto y carácter complementario de las jurisdicción penales nacionales ,pero los estados muchas veces se olvidan o prefieren no perseguir a los criminales sobre todo cuando se trata de políticos. Por lo tanto el artículo 17.1 pone una cláusula salvaguarda de jurisdicción cuando un estado no esta dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo.

El mismo estado hace referencia a los dos conceptos de admisibilidad (artículos 17 y 18) y de competencia (artículos del 5 al 14). La jurisdicción se refiere a los aspectos estrictamente legales, requisitos que tienen que cumplirse para que se pueda juzgar una situación por parte de la corte. en este sentido sirve determinar los crímenes las personas el tiempo y donde se ha cometido el hecho criminal. La admisibilidad consiste en determinar si la corte tiene realmente la posibilidad y la voluntad de juzgar a una persona por ejemplo, si la persona acusada de un crimen que cae bajo la jurisdicción de la corte ya esta en un procedimiento penal nacional; aunque la corte tenga en principio jurisdicción, no puede admitir el caso.

La admisibilidad del caso tiene que ser evaluada por la misma corte que se cerciorara de ser competente en toda las causas que le sean sometidas (art. 19.1) de todas formas ,la corte puede rehusar la admisibilidad de un caso cuando el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas de la corte puede ejercer su competencia hemos visto ya la competencia *ratione materiae* relativa a los crímenes que caen en la competencia de la corte ahora vamos a tratar los demás temas de competencia.

Tratándose de un acuerdo internacional se aplican las reglas generales relativas a los tratados. Por lo tanto, un elemento fundamental es que la corte tendrá competencia únicamente respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor de estatuto(artículo 11.1).esta regla tiene que leerse tiene que leerse conjuntamente con el artículo 24.1 donde se afirma que nadie será

penalmente responsable de conformidad con el presente estatuto por una conducta anterior a su fecha de entrada en vigor ¿pasa con los crímenes cometidos anteriormente? la respuesta es simple tendrían que ser juzgados por parte de las jurisdicciones nacionales competentes, aunque muchas veces este principio no se cumple de manera acertada.

La Corte tiene jurisdicción sobre los ciudadanos de un estado parte (artículo 12b) la Corte puede ejercer su jurisdicción en caso de ciudadanos de un estado que no se parte del tratado, que haya hecho la declaración ad hoc (artículo 123) y cuando el consejo de seguridad adopta una resolución bajo el capítulo VII de la carta de las naciones unidas.

La Corte no puede ejercer su jurisdicción en varios casos previstos por el artículo 98. Se trata del caso en que un estado deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional en particular en los casos de inmunidad de un estado o de una inmunidad diplomática de una persona o bien de un tercer estado, salvo que la corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer estado para la renuncia de inmunidad pero las mencionadas inmunidades no se aplican con relación a los ciudadanos de un estado parte.

Otra limitación consiste en la edad del imputado, el artículo 26 establece que la corte no será competente respecto a los que fueren menores a 18 años en el momento de la presunta comisión del crimen.

El Estatuto de Roma crea la Corte Penal Internacional y señala que la desaparición forzada de personas constituye un crimen contra la humanidad, para lo cual la nueva instancia jurisdiccional tendría plena competencia y juzgaría a los delincuentes que incurrían en esos hechos, tanto así como a los criminales de guerra.

## CONCLUSIONES

1. La desaparición forzada constituye la más grave, particular y trascendente violación de la libertad. Esta práctica se ha llevado a cabo durante las últimas tres décadas en nuestro país y ha sido ejecutada por diversos cuerpos policiacos y de seguridad del gobierno, tanto a nivel local como federal; se ha dado de manera sistemática y bajo las condiciones de impunidad en el ejercicio arbitrario de la autoridad.
2. El carácter permanente de la conducta consumativa hace posible también que en tanto persista el ocultamiento del paradero de la persona se está ante acciones u omisiones presentes y, por tanto, susceptibles de configurar el tipo delictivo, independientemente de la temporalidad de su inicio.
3. Se considera que ha tenido lugar una desaparición forzada cuando existe la privación de la libertad de una persona, cualquiera que fuere su forma o motivación, cometida por agentes policiacos o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de los representantes del gobierno, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación o de la denegación de información o del ocultamiento del destino o del paradero de la persona desaparecida.
4. En casos de desaparición forzada de personas, las autoridades de México lesionan como bienes jurídicos los derechos inalienables de la persona como son: el derecho a no ser detenido sin la orden judicial correspondiente y privado de la libertad; al reconocimiento en todas partes a su personalidad jurídica; a ser oído en plena igualdad públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial; a no ser detenido mediante ordenamiento judicial en recintos ex profeso; a la integridad física, psicológica y moral de la persona; a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, para obligarlo a declarar en contra propia y el derecho a la vida, al ser sometido a la pena de muerte de facto, en algunos casos.

5. La naturaleza del sujeto pasivo en este delito, considerado como desaparecido es un ser humano; hombre, mujer, viejo, joven o niño privado de su libertad, incomunicado, recluido en las cárceles clandestinas de campos militares, bases navales o cualquier otro lugar habilitado para ello. Es un ser privado de todos sus derechos humanos y constitucionales, que en la mayoría de las veces es sometido a maltratos por sus captores, que generalmente obedecen órdenes del gobierno o cuentan con su aquiescencia para hacerlo.
6. La naturaleza del sujeto activo esta vinculada con la conducta típica, que es realizada por una persona que valiéndose del cualquier medio ordene u obligue a otra, a permanecer en contra de su voluntad en sitio diferente al de su vecindad, domicilio, lugar de trabajo o donde habitualmente desarrolla actividades, estas desapariciones frecuentemente son el producto de una grave tendencia a ser eliminadas por razones políticas, económicas, étnicas, religiosas o ideológicas, generalmente las víctimas son dirigentes sindicales, estudiantiles, líderes políticos, o religiosos, a quienes se les acusa de ser los originadores de los conflictos armados, o de haber participado en protestas sociales, huelgas o paros, según sea el caso.
7. Sobresalen dos elementos bastante comunes en todos los países donde la práctica de las desapariciones forzadas es reiterada o sistemática: en primer lugar, es casi recurrente que las desapariciones aparezcan dentro del marco de los conflictos armados internos o internacionales, o en sociedades que representan conflictos sociales cuyas formas de expresarse (asonadas, motines, huelgas generales, paros cívicos, etc).
8. La desaparición constituye un concurso de delitos contra la vida, la libertad, la seguridad y la integridad física y psicológica de la víctima, a través de los cuales ésta es colocada en una situación de absoluta indefensión por sus captores.
9. Se tipificó la imposición de un castigo para el servidor público que abusa de las facultades que le han sido dadas para preservar ese orden, como un contraestímulo que sirva para reprimir el desvío doloso de la conducta que en tal sentido despliega y que solo se anima en el interés de satisfacer un beneficio personal o de causar un daño físico o subjetivo a la víctima o a allegados de ésta.



10. Con dicha conducta, todas las garantías constitucionales desaparecen en el momento en que violentamente es segregado de su familia y de la sociedad por personas desconocidas sin que sus familiares conozcan el lugar al que será trasladado o los cargos que se le imputan; el derecho de amparo que a todo ciudadano formalmente le corresponde, en tales circunstancias resulta nugatorio, todo el régimen jurídico, todos los derechos humanos y todo el estado de derecho, desaparecen en el momento en que se consuma la desaparición forzada.
  
11. Es un crimen de Lesa Humanidad, que lesiona al detenido desaparecido, a su familia, a su organización y a la humanidad en general, ya que son aquellos que ofenden a la humanidad, o sea, que se entiende que el sujeto pasivo principalmente es la humanidad, el hombre social, pues hieren, dañan u ofenden la conciencia general de la Humanidad, y rompen las condiciones de vida pacífica y civilizada. Los crímenes de Lesa Humanidad son aquellas conductas antijurídicas que con ejecución sistemática no solo vulneran los bienes jurídicos de las víctimas, sino que afecta a todo el género humano en su conjunto por desconocer el respeto universal de los derechos humanos. Se les da tal nombre porque agravian, lastiman y ofenden a la universalidad de los hombres.
  
12. Respecto a la prescripción del delito de desaparición forzada de personas, la Convención Interamericana señala en el artículo III *“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. (...)”*. Considero que el delito es permanente, ya que se consuma en el momento mismo en que se detiene legal o ilegamente a la víctima y dura en todo momento en que se prolongue, o sea a partir de que se impone a ésta el impedimento físico de su libertad de tránsito en algún lugar, continuándose su consumación por todo el tiempo de la desaparición forzada.
  
13. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto, considera que estos instrumentos se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de nuestra ley fundamental y por encima

del derecho federal y el local. Este nuevo criterio se sustenta en la circunstancia que estriba en que estos compromisos los suscribe el Presidente de la República en su calidad de Jefe de Estado; y los aprueba el Senado de la República como representante de las entidades federativas, para dotarlos de ese carácter imperativo del que no se pueden sustraer las autoridades mexicanas.

14. Para evitar problemas de interpretaciones, el Senado de la República aprobó la Convención, realizándose las adecuaciones legislativas pertinentes para establecer que, tratándose del delito de desaparición forzada de personas, no operaría la prescripción de la acción penal ni de la pena; o bien, que el plazo para que ésta se manifieste, será igual al término medio aritmético de las sanciones previstas para el delito más grave consignado en nuestra legislación interna --*45 años en el delito de homicidio calificado*--; mayor que el que actualmente prevé el artículo 215-A del Código Penal Federal, para el delito de desaparición forzada --*22 años, 6 meses*--.
15. A través de la adhesión de este instrumento se busca que la prescripción de la acción punitiva del estado que nuestro sistema jurídico nacional rige como regla general no opere tratándose de esta clase de delitos para evitar con ello su impunidad, delitos que son cometidos por aquellos que abusando del poder que detentan privan sin derecho o razón en razón de su nacionalidad, raza, religión u opiniones a individuos, grupos de individuos de sus derechos elementales correspondientes a su ser, es decir, el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal, a la salud, a la libertad individual y otros más.

## PROPUESTAS

Uno de los puntos más importante que se trataron en la presente tesis, era el determinar si el delito de desaparición forzada de personas, el cual esta tipificado en nuestro Código Penal Federal, esta sujeto a las reglas de prescripción que rigen en nuestro sistema jurídico, en base a todo el estudio realizado, se llegó a la conclusión de que este tipo es un delito de carácter permanente que hace posible, que en tanto persista el ocultamiento del paradero de la persona se está ante acciones u omisiones presentes y, por tanto, susceptibles de configurar el tipo delictivo, independientemente de la temporalidad de su inicio.

Es un delito de resultado material ya que para su integración se requiere de la producción de un resultado material, que es este caso es desaparecer a un individuo, y permanente, se consuma en el momento mismo en que se detiene legal o ilegalmente a la víctima y dura en todo momento en que se prolongue, o sea a partir de que se impone a ésta el impedimento físico de su libertad de tránsito en algún lugar, continuándose su consumación por todo el tiempo de la desaparición forzada.

Sólo deja de cometerse cuando el detenido es liberado o puesto a disposición de una autoridad para que se le siga un proceso legal.

Es una conducta de carácter permanente porque durante un lapso de tiempo la misma se va consumando y es hasta la consumación en su totalidad ya sea que se le encuentre vivo o bien, muerto, se considera que hay una consumación del hecho; se trata de una especie de secuestro, que mientras este vigente no hay prescripción ya que es continuado, y por tanto no prescribe, mientras la víctima no aparezca.

Por lo que concluimos que el plazo para la prescripción del delito de desaparición forzada de personas no corre a partir de la detención, sino cuando la persona es liberada o presentada ante la autoridad correspondiente

Una de las propuestas que considero importante es la de que nuestra legislación prevea que tipo de medida de seguridad se le impondrá a aquel que cometa el delito de desaparición forzada,

cuando como consecuencia de su actuar, es sujeto pasivo muera, ya que estaríamos en la presencia de un homicidio calificado.

Finalmente es importante que exista regulación respecto a se revise la posibilidad de reparar el daño mediante la prestación de servicios médicos o educativos, vivienda y otras prestaciones de índole social a los familiares de las víctimas de la desapariciones forzadas

Es una obligación del estado la de prevenir y sancionar tales actos y a una reparación por el daño sufrido, obligaciones que se mantienen vigentes hasta su cumplimiento. El Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad.

## BIBLIOGRAFIA

- AGEITOS, Stella M. Después del punto final, la ley de la obediencia debida: "para que la memoria no falle". Buenos Aires, Servicio Paz y Justicia, 1987.
- AZABACHE, César, "Delitos contra los Derechos Humanos". En: Series Penales. Instituto de Defensa Legal, Lima 1991.
- BAIGUN, David. Desaparición forzada de personas, su ubicación en el ámbito penal, 1997.
- BEDOYA R., Botero. "En busca de los desaparecidos: Análisis político-criminal. Defensoría del pueblo. Textos de divulgación, 1998.
- BONASSO, Miguel. Recuerdo de la Muerte. Biblioteca Era, México, 1984.
- CACÉESE, Antonio. "Los derechos Humanos en su mundo contemporáneo" Editorial Ariel Barcelona. 1999.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. "Lineamientos de Derecho Penal", Editorial Porrúa.
- CÓRDOBA RODA, Juan, Culpabilidad y Pena, Barcelona, Editorial Bosch, 1997.
- DAZA GÓMEZ Carlos José Manuel. Teoría General del Delito, Cárdenas Editor; México, 1997.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal comentado. Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1998, México, Distrito Federal.
- DROEVEN JUANA. Volume 3, Sistemas familiares, efectos de la violencia represiva: Familias con miembros desaparecidos. Concilium 1993: hunt, Mary E. Muertos pero no desaparecidos.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, "Defensa Nacional, Estados de Excepción y control del orden interno en la Constitución Peruana de 1979", en: Defensa Nacional, CAEM, Año 5, N° 6, Lima, 1986.
- FAUNDEZ, Héctor. El derecho a la libertad y seguridad personal. En: Lecturas Constitucionales Andinas. No. 1. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1991.
- FERNÁNDEZ, Fernando M. La Doctrina de los Derechos Humanos y el Copp. En: Los Derechos Humanos y la Agenda del Tercer Milenio. XXV Jornadas "J. M. Domínguez Escobar". Barquisimeto, 2000.
- FERNÁNDEZ, Fernando M. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial McGraw-Hill. Caracas, 1999.
- FRANCES GARRETT, Parliamentary Human Rights Group, México: Human Rights Traded In, January, 1997.
- GALEANO, Eduardo. Guatemala, país ocupado. México, D.F., Editorial Fundamentos, 1997.
- GALLARDO Helio. Las desapariciones forzadas, un fenómeno social. Argentina, 1999.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. Dogmática penal en la legislación mexicana. Editorial Porrúa, México, 2003.

GARCIA-SAYAN, Diego, "Perú: Estados de Excepción y régimen jurídico", en: "Estados de Emergencia en la Región Andina", Comisión Andina de Juristas. Lima, 1987.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. Manuel. Teoría jurídica del delito. Parte general. Editorial Civitas, Madrid 1984.

GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando "La obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los Derechos Humanos", Colombia, 1999.

GONZÁLEZ GARTLAND, Carlos. Desaparición forzada de personas, frente al derecho penal argentino, una propuesta. 1999,

HERNEY GALÍNDEZ, Gloria y Quintero Yolita. La desaparición forzada, un crimen sin castigo". Santa Fe de Bogota, Colombia, 1999., Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos.

HINKELAMMERT, FRANZ J. Democracia y totalitarismo. San José, DEI, 1990, p. 212.

JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. "Tratado de Derecho Penal. Tomo VII. La exteriorización del delito, Editorial Losada 5ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1950.

KORDON, Diana, EDELMAN Lucila. Efectos psicológicos de la represión política. Buenos Aires, Editorial Sudamericana Planeta 1988.

LÁZARA, Simón, Desaparición forzada de personas, Doctrina de la seguridad nacional y la influencia de los factores económico-sociales, en La Desaparición, Crimen contra la Humanidad, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, 1987, Buenos Aires.

LUNA CASTRO, José Nieves, "El concepto de Tipo Penal en México", 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001,

MADRID MALO GARIZABAL, Mario. Revista nova et vetera, del boletín del Instituto de Derechos Humanos "Guillermo Cano", No. 24 ene-marzo de 1997 cuyo título es "Un crimen de Lesa Humanidad: la desaparición forzada".

MARCO DEL PONT, Luis. El estado terrorista para asegurar la impunidad de los crímenes. En la desaparición, Crimen contra la Humanidad, 1998.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, El Tipo Penal. Algunas consideraciones en torno al mismo, UNAM, México, 1992.

MAURACH, Reinhart, "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, traducción de Juan Córdova Roda, editorial Ariel, Barcelona, 1962.

MEDINA PEÑALOZA, Sergio J. "Teoría del Delito", Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva, 1ª edición, Ángel Editor, México, 2001.

MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. La Desaparición Forzada de personas en América Latina. Buenos Aires, 1999.

MONTES, Jairo y Paula OLAYAIVAN AYALA. Impacto Psicosocial de la Desaparición Forzada 99 – 2. Boletín del Año 2001.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. "Teoría General del Delito", Editorial Temis, Colombia, 1990
- ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, "Teoría del Delito Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista", 11ª edición, Editorial Porrúa, México, 2001.
- ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza: Derecho Internacional Humanitario. Tratados Internacionales y otros textos. Editorial McGraw-Hill. Madrid, 1998.
- PAVÓN VASCONCELOS Francisco, "Derecho Penal Mexicano Parte General", 5a edición, Editorial Porrúa, México, 1982.
- PELENTO, María L. y DUNAYEVICH, Julia B. de. La desaparición: su repercusión en el individuo y en la sociedad. Sin datos.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Curso de Derecho Penal" (Parte General). Barcelona, 1996.
- RADBRUCH, Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Traducción de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica 1978 Serie: (Breviarios, 42); 3a. reimpresión de la 1a. edición título original: Vorschule Der Rechtsphilosophie
- RIQUELME, Horacio, America del Sur: derechos humanos y salud psicosocial, en Era de Nieblas, Edit Nueva Sociedad, Caracas 1993.
- ROXIN, Claus "Problemas básicos del derecho penal", contribución a la crítica de la teoría final de la acción, Edit. Romo, Madrid, 1976.
- SILVA CUBILLÁN, Humberto: Derecho Internacional Humanitario. Fondo Editorial Agenda XXI. Caracas, 1996.
- VERGARA Y CASTRO, Barry. La guerra total: la nueva ideología contrainsurgente norteamericana, San José, Editorial Dei 1989.
- WELZEL, Hans, "Derecho Penal Alemán", 4ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- WELZEL, Hans, "El Nuevo sistema del Derecho Penal", una introducción a la doctrina de la acción finalista, Traducido por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Low, Editorial B de F Ltda, Montevideo- Buenos Aires, 2002.
- YÁÑEZ PÉREZ, Derecho penal. Cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, "Cuerpo del Delito y Tipo Penal.", 3ª reimpresión, Editorial Angel, México, 2000.

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

- Amnistía Internacional. Crímenes sin castigo, homicidios políticos y desapariciones forzadas, EDAI, Madrid, 1993.
- Amnistía Internacional. Desapariciones. Editorial Fundamentos, Barcelona, 1983.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Resolución AG/RES 666 (XIII-0/83). Aprobada en la sesión plenaria del 18 de noviembre de 1983.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos Coordinadora Nacional de Derechos Humanos de Guatemala (CONADEHGUA)

Convención Interamericana de Desaparición Forzada. de Personas

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución AG/RES 1256 (XXIV-0/94) del 9 de junio de 1994.

Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Resolución de la Asamblea General de la ONU del 18 de diciembre de 1992.

Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Organización de las Naciones Unidas

Proyecto de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de la Organización de Naciones Unidas.

### ASOCIACIONES INTERNACIONALES

Asociación Centroamericana de Familiares de Detenidos-Desaparecidos. Florecerás Guatemala. San José, 1988.

Asociación Centroamericana de Familiares de Detenidos-Desaparecidos. Florecerás Guatemala. San José, 1988, p. 77.

Centro de Derechos Humanos "Fray de Vitoria O.P." Asociación Civil.

Comisión Mexicana para la Defensa y la Promoción de los Derechos Humanos Asociación Civil.

Comisiones de verdad de los pueblos : Guatemala, buscando en las cenizas. San José. 1993.

Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Comité Pro-Justicia y Paz de Guatemala. Situación de los derechos humanos en Guatemala : 1994. Guatemala, diciembre de 1994.

La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, Grupo Iniciativa, Coloquio de Buenos Aires, 10 a 13 de octubre de 1988.

Observatorio del Programa Presidencial de Derechos Humanos de Perú.



## INFORMES

Boletín de Prensa de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C., de treinta y uno de mayo del dos mil dos.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 56/99. Párrafos 71 y 72. Comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al gobierno del Perú, aprobada en el 77° periodo de sesiones.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al gobierno del Perú.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 56/99. Párrafos 73 y 74; Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú. Párrafo 8

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N°41-97, Caso 10.491 Estiles Ruiz Dávila. Párrafo 17; Informe N° 42- 97, Caso 10.521, Angel Escobar Jurado. Párrafo 15. En igual sentido, en: Demanda sobre el Caso Cayara. Pág. 44.. Informe N° 56/99..

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Informe de actividades de los años 1999 y 2000.

Comunicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al gobierno del Perú..

Coordinadora Nacional De Derechos Humanos "Informe Síntesis sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú durante 1999". Lima, 1990. Pág. 3.

Informe de Actividades del 16 de Noviembre de 1999 al 15v de noviembre del 2000 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. México 2001.

Informe de Desapariciones Forzadas o Involuntarias en México 1996-1998 Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez"

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, Capítulo II. El Sistema Constitucional Mexicano y los Derechos Humanos. Consultado en la página de internet <http://www.cidh.oea.org/countryrep/Mexico98sp/capitulo-2b.htm>

Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. "Nunca Más". Argentina, 1987.

Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1984. CONADEP.

Informe del junio del dos mil dos de la Procuraduría General de la República.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1997/34, 13 de diciembre de 1996, párrafo 231-237.

Informe sobre desapariciones forzadas en México. Presentado por el Centro de Derechos Humanos "Fray de Vitoria O.P." A. C. y la Comisión Mexicana para la Defensa y la Promoción de los Derechos Humanos A. C.

Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú, Anexo II. De la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Las desapariciones forzadas en Perú, Informe de la Defensoría del Pueblo de Perú de 1986 a 1999.

Pliego Petitorio presentado a la Defensoría del Pueblo de Perú el 7 de setiembre de 1997 por la Asociación Nacional de Familiares de Secuestrados, Detenidos y Desaparecidos del Perú – ANFASEP.

### INSTRUMENTOS ELECTRONICOS

Ana Lucrecia, Molina Theissen, La Desaparición Forzada de Personas en América Latina KOAGARONÉ'TAse.vii (1998) - <http://www.derechos.ogr/vii/html>, Capítulo IV, Página 9 y sig.

Antecedentes de la Desaparición Forzada en México Consultado en la página de internet <http://www.laneta.apc.org/afadem-fedefam/historia.htm>

Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Derecho a la integridad personal. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: <http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/integridad.html>. 24 de febrero 2003

De los derechos de la 1ª Generación [www.iepala.es/DDHH/ddhh561.htm](http://www.iepala.es/DDHH/ddhh561.htm)

<http://www.cidh.oea.org/countryrep/Mexico98sp/capitulo-2b.htm>

<http://www.uacam.mx/cdh/concepto.htm>

Impacto Psicosocial de la Desaparición Forzada 99 - 2.  
[http://www.puj.edu.co/humanidades/psicologia/proyectosintesis/HIPERVINCULOS/PROBLEMATICA\\_SOCIAL/PO99201a.htm](http://www.puj.edu.co/humanidades/psicologia/proyectosintesis/HIPERVINCULOS/PROBLEMATICA_SOCIAL/PO99201a.htm)

Memoria Histórica de la Federación Latinoamericana de Familiares de Detenidos Desaparecidos. Rosario Ibarra. Comité Eureka, consultado en <http://www.laneta.apc.org:8080/dh1/busqueda/sitio>

Página en internet de la comisión Nacional de Derechos Humanos, [www.cndh.org.mx](http://www.cndh.org.mx).

Página en internet de la Procuraduría General de la República. Sitio de la Fiscalía Especializada contra movimientos políticos y sociales del pasado, [www.pgr.gob.mx](http://www.pgr.gob.mx)

### HEMEROGRAFIA

FREUD, SIGMUND. Duelo y melancolía. Citado por Elena Nicoletti en Algunas reflexiones sobre el trabajo clínico con familiares de desaparecidos. En: efectos psicológicos de la desaparición política, p. 61.

MIGNONE, Emilio F. Los decretos de indulto en la República Argentina. En:

Revista de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, México, Distrito Federal, 1996, página 19.

Revista IIDH, Vol. 12, 1990, p. 259-278. San José, IIDH.

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM Compila VII. México 2003

Código Penal de Colombia, Editorial Themis, Mayo de 2002.

Código Penal de Argentina, Editorial Losada, Buenos Aires, 2002.

Código Penal de Costa Rica. Editorial Edil 2001.

Código Penal de Guatemala, Decreto No. 17-73 Congreso de la República de Guatemala.

Código Penal de la República de Costa Rica, Departamento de Servicios Parlamentarios Unidad de Actualización Normativa. Publicado en la Gaceta No. 257 de 15-II-1970.

Código Penal Federal. Editorial Sista, 2003. México.

Código Penal y Exposición de Motivos. 1ª edición Guatemala. Ediciones Especiales, Edición de Colección Temas Jurídicos

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Ley 24.321 sobre la desaparición forzada de personas, Buenos Aires, Argentina.

Ley 24.411 Beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causahabientes, personas que se encuentren en la situación de desaparición forzada la cual fue promulgada el 28 de diciembre de 1994, Por el Gobierno de Argentina