



*“La práctica de desaparición de personas fue utilizada por los alemanes durante la Segunda Guerra Mundial como un método de represión política en los territorios ocupados. El objetivo era detener el movimiento de resistencia e intimidar a la población local”*

## El Delito de Desaparición Forzada de Personas en el Perú y su adecuación al Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional\*

193

Francisco Gutiérrez Figueroa\*\*

*«No puede haber ninguna justicia mundial a menos que el peor de los crímenes - el crimen de Lesa Humanidad - se someta a la ley. [...] El establecimiento de la Corte Penal Internacional asegurará que de ahora en adelante la respuesta de la humanidad a los crímenes de Lesa Humanidad será rápida y justa».*

**Kofi Annan**

*Ex-Secretario General de las Naciones Unidas*

### I. INTRODUCCIÓN

La Desaparición Forzada de personas ha constituido un fenómeno de gran relevancia en la región latinoamericana. Desde sus orígenes, ha tenido por característica prominente la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte del agente perpetrador.

Sobre el particular, es de importancia resaltar que esta práctica ha sido utilizada como un procedimiento de represión e intimidación contra la población por parte, generalmente, de regímenes políticos autoritarios. La finalidad no ha sido otra que eliminar a los opositores políticos o sospechosos de realizar acciones subversivas, con la consiguiente desaparición de todo rastro que permita encontrar su ubicación (o el de sus restos mortales, en el peor de los casos).

\* El autor desea expresar su agradecimiento a la Asociación Civil Foro Académico por la invitación a participar en la presente edición de la Revista Foro Jurídico en el marco de su décimo aniversario.

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ciertamente, nos estamos refiriendo a una de las prácticas más atroces que afectan múltiples Derechos Humanos, de ahí que la Comunidad Internacional haya revelado preocupación por impedir su desarrollo. Los instrumentos internacionales en la materia adoptados por los Estados son una manifestación de este interés en reprimir una práctica considerada como delito de Lesa Humanidad.

En el Perú, la gran mayoría de denuncias de Desaparición Forzada ocurrió entre 1983 y 1993, en el marco de la lucha de los sucesivos gobiernos contra los grupos terroristas asentados en el país. Durante ese período, las Fuerzas Armadas asumieron un papel de mayor protagonismo en el control del orden interno y la lucha antisubversiva, especialmente en las zonas declaradas en Estado de Emergencia.

En la actualidad, el país está registrado entre los primeros con mayor número de casos sin resolver en materia de Desaparición Forzada, según el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas<sup>1</sup>.

La creación de la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto fue aprobado en Roma en 1998, constituye un gran avance en el ámbito del derecho internacional contemporáneo ya que introduce la responsabilidad penal individual en el caso de violación de los Derechos Humanos. Para la cuestión de la Desaparición Forzada de personas – tema sobre el que se enfocará el presente artículo – es de esperar que los Estados partes incorporen en su legislación nacional la tipificación de este delito en los términos señalados por el artículo 7 del Estatuto de Roma. El Perú, pese a ser parte del mencionado Tratado, no ha adecuado aún los parámetros establecidos en el artículo 320 del Código Penal a los estándares internacionales en la materia.

Sobre la base de lo explicado, en este artículo se pretende, en primer lugar, revisar la tipificación del delito de Desaparición Forzada en el contexto nacional e internacional y, en segundo lugar, llamar la atención en cuanto a la urgente necesidad de que en la legislación peruana se adopte una tipificación con mayor precisión del delito en cuestión.

## II. ANTECEDENTES

La práctica de desaparición de personas fue utilizada por los alemanes durante la Segunda Guerra Mundial como un método de represión política en los territorios ocupados. El objetivo era detener el movimiento de resistencia e intimidar a la población local<sup>2</sup>. Así las cosas, se pretendía evitar que los opositores fuesen convertidos en mártires en el caso de que éstos afrontasen procesos judiciales y una posterior condena de muerte<sup>3</sup>.

En Latinoamérica, la Desaparición Forzada - como práctica sistemática y generalizada - se inició en Guatemala, en 1962, y tuvo por característica la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de sus agentes. Posteriormente, la misma metodología se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

Como consecuencia de ello, en la década del setenta surgió en la Comunidad Internacional la preocupación por tipificar la Desaparición Forzada de personas en instrumentos internacionales, de forma tal que los Estados asumiesen la magnitud del problema y al mismo tiempo procurasen mecanismos para impedir su desarrollo<sup>4</sup>.

En ese contexto, por Resolución N° 3450 (XXX)<sup>5</sup> de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dicho organismo se pronunció sobre la desaparición de personas en Chipre como resultado del conflicto armado en ese país. Posteriormente - mediante Resolución 32/128<sup>6</sup>- la Asamblea, “preocupada por la comprobada falta de progresos en lo que respecta a localizar a las personas desaparecidas en Chipre y determinar lo que ha sucedido con ellas”, propuso la creación de un órgano investigador con la participación del Comité Internacional de la Cruz Roja para resolver el problema sin mayor dilación. Finalmente, por resolución N° 33/173<sup>7</sup>, la Asamblea solicitó a la Comisión de Derechos Humanos que se encargase de examinar la cuestión con miras a realizar las recomendaciones pertinentes.

De otro lado, la creación del **Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias**<sup>8</sup> - por me-

1 NACIONES UNIDAS. Doc. A/HRC/16/48. Informe del Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. 26 de enero de 2011. p.88. El último informe reporta 2371 casos de desaparición forzada sin resolver.

2 BLANC ALTEMR, Antonio. La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional. Barcelona: Bosch, 1990. p.335. El mismo autor refiere que al amparo de un decreto de 1941 se dispuso que “los sospechosos de poner en peligro la seguridad de Alemania debían ser trasladados a ese país sin dejar rastro y sin dar información respecto de su paradero o su suerte”. Bajo este procedimiento cerca de 7 mil personas fueron detenidas y enviadas a Alemania. Ídem, p.335, en nota 1.

3 VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. La Desaparición Forzada de las Personas y su tipificación en el Código Penal peruano. Lima: PUCP, 2004. p. 39.

4 Ídem. p. 40.

5 Resolución de 9 de diciembre de 1975.

6 Resolución de 16 de diciembre de 1977.

7 Resolución de 20 de diciembre de 1978.

8 “El mandato fundamental del Grupo de Trabajo es ayudar a los familiares de las personas desaparecidas a averiguar la suerte y el paradero de dichas personas. Con este objeto el Grupo recibe y examina los informes sobre desapariciones presentados por los parientes de las personas afectadas o por organizaciones de derechos humanos que actúan en su nombre. Tras verificar si esos informes cumplen determinados criterios, el Grupo de Trabajo transmite los distintos casos a los gobiernos de que se trate, pidiéndoles que realicen indagaciones y que le informen sobre sus resultados. El Grupo se ocupa de cada uno de los numerosos casos de violaciones de los derechos humanos sobre una base puramente humanitaria, independientemente de que los gobiernos en cuestión hayan ratificado alguno de los instrumentos jurídicos existentes que establecen procedimientos para la formulación de denuncias particulares. Actúa esencialmente como cauce de comunicación entre las familias de las personas desaparecidas y los gobiernos, y viene sosteniendo con éxito un diálogo con la mayoría de los gobiernos interesados, con miras a resolver los casos de desaparición”. Sobre el mismo tema, revisar el portal electrónico del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de Naciones Unidas <<http://www2.ohchr.org/spanish/issues/disappear/index.htm>>

dio de la Resolución N° 20 (XXXVI)<sup>9</sup> de la Comisión de Derechos Humanos - vino a reforzar la creciente necesidad de investigar este fenómeno y detener su práctica. Desde entonces, el mandato y las atribuciones de este Grupo de Trabajo han sido renovados por la Comisión y aprobados por el Consejo Económico y Social cada año. Desde 1992, la renovación se ha hecho cada tres años. Actualmente, las resoluciones de renovación del mandato del Grupo de Trabajo son adoptadas por el Consejo de Derechos Humanos.

Siempre en el marco de las Naciones Unidas, en 1992 la Asamblea General aprobó la **Declaración sobre la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas**<sup>10</sup>. Este instrumento internacional no convencional constituye “un avance significativo en la vía de la tipificación jurídico-internacional de la Desaparición Forzada de personas, aunque no tenga fuerza obligatoria para los Estados”<sup>11</sup>. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que una declaración de este tipo puede llegar a adquirir un valor jurídico de enorme importancia: prueba de ello es el protagonismo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la formación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De ahí que, *prima facie*, no debería desestimarse su relevancia.

En el ámbito regional, el incremento de las denuncias de casos de Desaparición Forzada incidió para que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Asamblea General de la OEA manifestaran preocupación por la continua aplicación de este método. En ese sentido, la **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas**<sup>12</sup> buscaba reflejar el deseo, por parte de los Estados americanos, de prevenir, sancionar y eliminar esta repudiable práctica.

En un ámbito mayor, el final de la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, permitió la adopción del **Estatuto de Roma**<sup>13</sup> que crea una Corte Penal permanente y de carácter complementario -respecto de la jurisdicción penal nacional- encargada de procesar a individuos acusados de la comisión de crímenes de Lesa Humanidad. Estas características la diferencian de tribunales internacionales *ad hoc*, como los de Nuremberg, Tokio, y de la ex Yugoslavia. En suma, se trata de un gran avance por la instauración de una jurisdicción penal permanente de alcance universal.

Habiendo afirmado que no debía infravalorarse el valor de ciertos instrumentos de *soft-law*, es necesario destacar el esfuerzo que en el seno de las Naciones Unidas ha constituido la **Convención Internacional para la**

**protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas**<sup>14</sup>, elaborada sobre la base de la declaración que regula el mismo tema y recientemente entrada en vigor (23 de diciembre de 2010). La Convención - además de dar una definición de lo que debe entenderse por Desaparición Forzada - contiene un concepto de víctima en sentido amplio, el mismo que engloba a “la persona desaparecida y [a] toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una Desaparición Forzada”, expresión que sin lugar a dudas incluye a los familiares de los desaparecidos. La novedad de este acuerdo internacional se encuentra en la constitución del Comité contra la Desaparición Forzada: un órgano integrado por diez expertos independientes encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes. El Perú aún no se ha adherido a la mencionada Convención; sin embargo, vista la importancia de su contenido, es preciso enfatizar la necesidad de lograr la vinculación jurídica con el instrumento ya referido, ello en el marco de la promoción y protección de los Derechos Humanos como garantía constitucional y como pilar fundamental de la política exterior peruana.

### III. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL PERÚ: TIPIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El delito de Desaparición Forzada de personas se tipificó por primera vez en el artículo 323 del Código Penal nacional de 1991, dentro del título “Delitos contra la tranquilidad pública” del capítulo II, “Delitos de terrorismo”:

*Artículo 323.- El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación.*

Al respecto, puede evidenciarse que la negativa de información por parte de los responsables - característica principal del delito - se encontraba ausente. De otro lado, es importante señalar que la tipificación de la Desaparición Forzada de personas en el capítulo correspondiente a los delitos de terrorismo “implicaba reconocer que [...] era una práctica de terror llevada a cabo por cuerpos organizados para el control interno, más aún teniendo en cuenta que el autor debía actuar ‘al amparo de su carácter oficial’”<sup>15</sup>.

Posteriormente, el gobierno de turno - a través del Decreto Ley N° 25475<sup>16</sup> - derogó los delitos de terrorismo

9 Resolución de 29 de febrero de 1980.

10 Resolución 47/133 de 18 de diciembre de 1992.

11 BLANC ALTEMIR, Antonio. Op.cit. p.349.

12 Adoptada en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará. Entró en vigor el 28 de marzo de 1996.

13 Adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Entró en vigor el 1 de julio de 2002.

14 Aprobada por resolución 61/77 de 20 de diciembre de 2006 y abierta a la firma el 6 de febrero de 2007.

15 VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. Op.cit. p. 86.

16 Decreto ley del 5 de mayo de 1992.

que contenía el Código Penal, lo que incluía el delito de Desaparición Forzada de personas. Este vacío vino a cubrirse con el Decreto Ley N° 25592<sup>17</sup>, el mismo que estableció lo siguiente.

*Artículo 1.- 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 [subrayado agregado] será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal.*

En la actualidad, el delito de Desaparición Forzada está regulado en el artículo 320 del Código Penal, en el título “Delitos contra la humanidad”, en los mismos términos de lo señalado por el artículo 1 del Decreto Ley 25592.

#### IV. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: DELITO PERMANENTE<sup>18</sup> Y COMPLEJO

Uno de los aspectos más importantes en la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional, es el reconocimiento de la Desaparición Forzada como delito permanente. Así, en la sentencia del caso Blake vs Guatemala, se ha señalado que:

*“[...] la Desaparición Forzada subsiste como un todo indivisible por tratarse de un delito continuado o permanente, más allá de la fecha en que se produjo la muerte, siempre y cuando la misma se haya producido en el marco de una Desaparición Forzada”<sup>19</sup>*

Siguiendo esa misma línea se encuentra la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, cuyo artículo III refiere que el delito en cuestión mantendrá el carácter de permanente hasta que no se determine el paradero de la víctima. De ahí que el Tribunal Constitucional peruano, en una de sus sentencias, haya manifestado lo siguiente:

*“[...] en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal. Tal es el caso del delito de Desaparición Forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”<sup>20</sup>*

Por otro lado, el carácter complejo de la Desaparición Forzada radica en la violación a través del tiempo del derecho a la integridad personal (artículo 5 del Pacto de San José), el derecho a la libertad individual (artículo 7) y el derecho a la vida (artículo 4).<sup>21</sup> Podría señalarse, también, que este delito implica la violación de los artículos 8 y 25 del Pacto en tanto privación del acceso a mecanismos legítimos de defensa por parte de la víctima y sus familiares, tal como se ha visto en el caso Gómez Palomino<sup>22</sup>. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional no han dudado en calificar la Desaparición Forzada como “una de las más graves y crueles violaciones de los Derechos Humanos”<sup>23</sup>, por causa de la amenaza a una serie de bienes jurídicos en perjuicio de una misma persona. Nos encontramos, entonces, ante un delito de marcada fuerza pluriofensiva, caracterizado por la violación acumulativa de derechos humanos.<sup>24</sup>

Asimismo, el delito de Desaparición Forzada – como crimen de Lesa Humanidad – es de carácter imprescriptible. Así lo ha entendido la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano vs. Chile:

*“[...] por constituir un crimen de Lesa Humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. [...]. [L]os crímenes de Lesa Humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables”<sup>25</sup>*

17 Decreto ley del 25 de junio de 1992.

18 A efectos del presente trabajo se considerarán los términos “delito permanente” y “delito continuado” como sinónimos, pese a algunas discrepancias doctrinarias en materia de derecho penal. Sobre el particular, vid. MONTAYA VIVANCO, Yvan. La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales. Cuaderno de Trabajo N° 11. Lima: Departamento Académico de Derecho - PUCP. pp. 4-8; MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. “El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Derecho PUCP. Lima, N° 63, 2009. p.150: “Aunque la Corte y la Convención Interamericana (artículo III) empleen la frase ‘delito continuado’, el término correcto a utilizar sería el de ‘delito permanente’, ya que para el Derecho penal el primer término mencionado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo”.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de fondo del 24 de enero de 1998, párrafo 55.

20 Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.° 2488-2002-HC/TC del 18 de marzo de 2004. Caso Villegas Namuche, párrafo 26.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988, párrafos 155-157.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gómez Palomino vs. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 22 de noviembre de 2005, párrafo 86.

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Blake vs. Guatemala. Op.cit. párrafo 66.

24 RIVERA PAZ, Carlos. Una sentencia histórica. La desaparición forzada de Ernesto Castillo Páez. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2006. pp.52-53; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez vs. Perú, sentencia de fondo del 3 de noviembre de 1997, párrafo 72.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 26 de setiembre de 2006, párrafo 152.

Lo dicho por la Corte es motivo para hacer referencia a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de Lesa Humanidad<sup>26</sup>. En los términos del referido Convenio Internacional, tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, independientemente de la fecha en que se hubiesen cometido. Además de ello, el mismo Tribunal ha sostenido que la imprescriptibilidad de los crímenes de Lesa Humanidad pertenece a la categoría de normas de *ius cogens*<sup>27</sup>. Con esto se afirma, en otras palabras, que un Estado – aun no siendo parte del mencionado instrumento internacional – está obligado a su cumplimiento en tanto norma imperativa del Derecho Internacional.

## V. EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL ESTATUTO DE ROMA Y EN LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS: CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS

Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para determinar la responsabilidad del Estado en lo que respecta a la Desaparición Forzada de personas, es necesario invocar – además del Pacto de San José – la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En ese sentido:

*“La Corte tiene presente que respecto al fenómeno de Desaparición Forzada, ella debe examinar no sólo las posibles violaciones a la Convención Americana, sino también aquellas que pudieron producirse respecto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, puesto que esta Convención, entre otras cosas, establece modos de proteger los derechos humanos que se violan cuando se perpetra este tipo de situaciones.”<sup>28</sup>*

En virtud del artículo II de esta Convención especializada se delimitan los alcances de lo que debe entenderse por Desaparición Forzada. Así pues:

*“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.”*

El Estatuto de Roma, en sus artículos 7.1 y 7.2 (i), también hace lo propio en el marco de los crímenes de Lesa Humanidad:

*Artículo 7.1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de Lesa Humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:*

[...]

i) *Desaparición Forzada de personas;*

[...]

*Artículo 7.2 (i). Por “Desaparición Forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.*

De una lectura comparada del articulado respectivo en ambos instrumentos jurídicos – los dos ratificados por el Perú – surge la interrogante en torno a la tipificación de aquel delito en países como el nuestro, visto que las definiciones del uno y el otro no son del todo coincidentes.

En efecto, si bien ambas descripciones concuerdan en señalar la privación ilegal de la libertad, existen, por el lado contrario, varios puntos divergentes. En ese sentido, para la Convención sobre Desaparición Forzada de personas el sujeto activo del delito puede ser un agente del Estado o una persona o grupo de personas que actúe con autorización, apoyo o aquiescencia de aquél. Para el Estatuto de Roma, en cambio, el delito puede ser cometido por el Estado o una organización política, con lo cual se deja abierta la posibilidad de que integrantes de grupos terroristas (vgr. Sendero Luminoso y MRTA) puedan ser incluidos como autores del hecho punible.<sup>29</sup>

Junto con lo expresado *supra*, es de importancia agregar, siguiendo lo dicho por Modolell González, lo siguiente:

*“La definición de la Convención [...] implica que no se dé información del paradero de la persona [...]. Según esto, la conducta de dejar a una persona por breve tiempo al margen del amparo de la ley, porque no se da información sobre su paradero, podría ser calificada como Desaparición Forzada de personas. Por su parte, la definición del Estatuto entiende la circunstancia de dejar al margen de la ley al detenido como un elemento subjetivo del injusto, es decir, como un fin perseguido por el autor del delito, el cual no es necesario lograr. En consecuencia, si la intención es hacer aparecer al detenido algunas horas o días después, no podría hablarse de Desaparición Forzada de personas, al faltar la intención de sacar*

26 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 26 de setiembre de 2006, párrafo 153.

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gómez Palomino vs. Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 22 de noviembre de 2005, párrafo 94.

29 MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. Op.cit. p.140.

*del amparo de la ley a la víctima por un período prolongado*.<sup>30</sup>

Asimismo, resulta pertinente señalar que el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, en virtud de lo señalado por el propio Estatuto de Roma, reposa sobre el principio de complementariedad.<sup>31</sup> Siendo esto así, es de esperar que la persecución (y posterior castigo) de los crímenes internacionales señalados en el estatuto esté en primer lugar a cargo de los Estados. Por lo dicho, del Estatuto de Roma no se deriva obligación directa de sancionar penalmente el listado de ilícitos internacionales expuestos en él, ya que se entiende que tal necesidad será cubierta por la normativa penal nacional de cada Estado. De ahí que pueda afirmarse que el Estatuto ha tomado en cuenta aspectos relacionados con la soberanía estatal al establecer que la jurisdicción internacional de la Corte se activará solo cuando la persecución del crimen en el ámbito nacional fracase o no sea posible.<sup>32</sup>

Lo anteriormente expuesto se contrapone con las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la misma que sí establece reglas de punición precisas para el caso en cuestión. La obligación de castigar penalmente es, por tanto, exigible.

Seguendo ese razonamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha solido imponer a los Estados la obligación de adecuar su legislación interna a los parámetros de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, con una mención escasa - y a veces nula, por cierto - del Estatuto de Roma. Precisamente el órgano judicial, en el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, había sostenido:

*“Esto [lo señalado en el artículo I de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada] implica que los Estados deben tipificar el delito de Desaparición Forzada. Esta tipificación debe hacerse tomando en consideración el artículo II de la [...] Convención, donde se encuentran los elementos que debe contener el tipo penal en el ordenamiento jurídico interno”*.<sup>33</sup>

Sin embargo, a partir del año 2006, el Tribunal Regional ha empezado a echar mano del Derecho Penal Internacional para reforzar sus argumentos, y es entonces cuando las disposiciones del Estatuto de Roma han cobrado mayor relevancia en el contexto del sistema interamericano de Derechos Humanos<sup>34</sup>. La sentencia del caso *La Cantuta vs. Perú* ilustra perfectamente esta nueva tendencia a nivel panamericano. En ella, la Corte determinó la existencia de un crimen de Lesa Humanidad sobre la base de los actos que configuran este ilícito<sup>35</sup>. Así las cosas, en aquella ocasión se sostuvo que:

*“La ejecución extrajudicial y Desaparición Forzada de las presuntas víctimas fueron perpetradas en un contexto de ataque generalizado y sistemático contra sectores de la población civil.*

*[...]la Corte considera reconocido y probado que la planeación y ejecución de la detención y posteriores actos crueles, inhumanos y degradantes y ejecución extrajudicial o Desaparición Forzada de las presuntas víctimas, realizadas en forma coordinada y encubierta por miembros de las fuerzas militares y del Grupo Colina, no habrían podido perpetrarse sin el conocimiento y órdenes superiores de las más altas esferas del poder ejecutivo y de las fuerzas militares y de inteligencia de ese entonces, específicamente de las jefaturas de inteligencia y del mismo Presidente de la República”*.<sup>36</sup>

## VI. LA OBLIGACIÓN DE TIPIFICAR EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS DE ACUERDO CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LA MATERIA

Ya se ha visto que el delito de Desaparición Forzada de personas constituye *per se* “un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención (Americana de Derechos Humanos)”<sup>37</sup>. Por ese motivo, se torna imperativa la necesidad de tipificarlo como delito autó-

30 MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. “La Desaparición Forzada de Personas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En AMBOS, Kai. (coord.). *Desaparición Forzada de Personas. Análisis Comparado e Internacional*. Bogotá: Temis, 2009. p.182.

31 Sobre el particular, vid. art. 1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: “[...]La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. [...]”

32 GRAMMER, Christoph. “Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada”. En KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG (ed.). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Edición 2004. Tomo II. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004. p. 817.

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 22 de noviembre de 2005, párrafo 96.

34 “[La] confluencia y complementariedad que las sentencias de la Corte interamericana de derechos humanos vienen mostrando desde el año 2006 [...] deben ubicarse en un proceso mayor de alcance universal. Este proceso, si bien toma fuerza desde la aprobación del Estatuto de Roma (1998) por la comunidad internacional, tiene sus inicios en el reconocimiento del individuo como sujeto de derechos y de obligaciones [...]”. BURNEO, José. “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional”. *Revista de Estudios Universitarios. Direitos Humanos*. Sorocaba, volumen 35, número 1, 2009. p.37.

35 De acuerdo con el Estatuto de Roma, artículos 7.1 y 7.2 (a), para que se produzca un crimen de lesa humanidad, los actos deben: 1) Dirigirse contra una población civil, 2) Ser parte de un ataque generalizado o ataque sistemático, 3) Practicarse de conformidad con la política de un Estado o con la política de una organización de cometer este ataque, 4) Llevarse a cabo por el justiciable con conocimiento de dicho ataque.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *La Cantuta vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 29 de noviembre de 2006, párrafos 95-96.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 22 de noviembre de 2005, párrafo 92.

nomo, al tiempo que se lo diferencia del secuestro o del homicidio, ello en razón de la particularidad que reviste.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no ha cesado de enviar “mandatos de criminalización” con miras a la elaboración de estándares mínimos a ser incorporados en la legislación interna de los Estados.<sup>38</sup>

En virtud de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas - especialmente su artículo I (d) - y la propia Convención Americana de Derechos Humanos - su artículo 2 - la Corte ha ordenado a los Estados la tipificación del delito de Desaparición Forzada, tipificación por lo demás excesivamente rígida. No está en discusión que el Tribunal, en aras de la protección de los derechos humanos en la región, pueda mandar parámetros para la construcción jurídica de un ilícito penal. Empero, lo que sí es harto controvertido es que esos lineamientos de incriminación, impuestos por la Corte a los Estados, sean poco o nada flexibles.

Es oportuno citar la sentencia del caso *Gómez Palomino vs. Perú*:

*“La Corte [al referirse al artículo 320 del Código Penal peruano] hace presente que si bien el tipo penal permite la penalización de ciertas conductas que constituyen Desaparición Forzada de personas, examinará esta norma con el fin de verificar si cumple a cabalidad las obligaciones internacionales del Estado, a la luz del artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Para estos efectos, analizará el problema de la autoría del delito, la negativa de reconocer la detención y revelar la suerte o el paradero de la persona detenida, y la frase “desaparición debidamente comprobada” contenida en dicho artículo [...]”*<sup>39</sup>

La atribución asumida por la Corte puede generar más de una confusión al momento de compatibilizar los estándares internacionales del delito que se está tratando con la legislación interna de los Estados. Y esto realmente ha sucedido cuando el órgano judicial interamericano, en otra sentencia, ha calificado como delito de Lesa Humanidad un hecho ilícito que no cumplía con los requisitos para ser considerado como tal, de acuerdo con el Derecho Penal Internacional. En aquella oportunidad se señaló que:

*“[...] en su jurisprudencia constante sobre casos de Desaparición Forzada de personas, la Corte ha reiterado que ésta constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana y coloca a la víctima en un estado de*

*completa indefensión, acarreando otros delitos conexos. La responsabilidad internacional del Estado se ve agravada cuando la desaparición forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. Se trata, en suma, de un delito de Lesa Humanidad que implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el sistema interamericano”*<sup>40</sup>

Como se evidencia, esta calificación del crimen internacional de Lesa Humanidad no se condice con lo establecido por el Estatuto de Roma, cuyos requisitos ya se explicaron con anterioridad.<sup>41</sup>

Los cuestionamientos expuestos vienen a propósito en circunstancias en que existen dos referentes internacionales a considerar en materia de Desaparición Forzada de personas para el caso peruano: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma. Dado que el Perú - como varios Estados del hemisferio - ha ratificado ambos instrumentos internacionales, tenemos dos definiciones para el mismo ilícito y que coexisten en el mismo ordenamiento jurídico.

Esta es la razón por la que la Corte debería replantear su posición en torno a los exigentes parámetros que impone para la tipificación del delito de Desaparición Forzada en las legislaciones internas de los Estados. Como quiera que nos encontremos ante dos compromisos internacionales asumidos por el Estado, y siendo ambos compromisos parcialmente incompatibles entre sí, sería conveniente la búsqueda de fórmulas de conciliación entre ambos Tratados.

Es cierto que la propia Convención faculta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a aplicar el referido instrumento internacional, en virtud de su artículo XIII, y le atribuye determinar si el déficit de punibilidad de la Desaparición Forzada dentro de un Estado conlleva una infracción a la Convención Americana de Derechos Humanos o a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Sin embargo, y como bien señala Modolell González, “la falta de punibilidad debería determinarse más por la ausencia de voluntad política en la persecución de dicho crimen que por la ausencia de la propia tipificación”<sup>42</sup>

Por lo dicho, para el caso del delito de Desaparición Forzada de personas, el Tribunal panamericano debería establecer criterios generales con vistas a evitar la impunidad en lugar de la imposición de lineamientos rígidos<sup>43</sup>, los mismos que en ocasiones pueden no estar ajustados a la normativa penal internacional vigente.

38 MODOLELL GONZÁLEZ, José Luis. “La Desaparición...”. pp.182-183.

39 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gómez Palomino vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 22 de noviembre de 2005, párrafo 99.

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia de fondo, reparaciones y costas del 22 de setiembre de 2006, párrafo 82.

41 Vid. supra, nota 36.

42 MODOLELL GONZÁLEZ. “El crimen de...”. p.142.

43 *Ibidem*.

## VII. EL ARTÍCULO 320 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO Y SU ACTUAL INADECUACIÓN A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN LA MATERIA

En la legislación penal peruana, el delito de Desaparición Forzada de personas solo puede ser cometido por un “funcionario o servidor público”, de ahí que se trate de un delito especial, entendiendo como tal el tipo penal que describe una conducta que será punible cuando el autor reúna las características especiales explicitadas por la norma. En consecuencia, el Código Penal peruano excluye como sujeto activo del hecho punible a las personas o grupos de personas que actúen con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado (en los términos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada) o al Estado o una organización política, o a la persona que actúe con su apoyo o aquiescencia (en los términos del Estatuto de Roma).

Si entendemos el término “funcionario o servidor público” como agente del Estado<sup>44</sup>, entonces la legislación peruana se estaría apartando de los parámetros establecidos por el Estatuto de Roma, los mismos que califican como autor del acto ilícito, además del Estado, a las organizaciones políticas (art. 7.2.i). De igual manera, el tipo penal del código peruano no considera como sujeto activo a la persona que actúa con el consentimiento del Estado, alejándose otro tanto de lo establecido por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (art. II).

En lo que respecta a que la desaparición sea “debidamente comprobada” - término que ha generado discusión en el marco de la jurisprudencia interamericana y de la doctrina nacional e internacional - la legislación penal peruana también se aparta de los estándares mínimos de protección internacional en materia de crímenes de Lesa Humanidad. Sobre el particular, la posición de la Corte ha sido favorable a la eliminación de esta expresión por considerarla confusa. En el caso *Gómez Palomino vs. Perú*, el tribunal interamericano ha argumentado que: *“En primer lugar, no es posible saber si esta debida comprobación debe ser previa a la denuncia del tipo y, en segundo lugar, tampoco se desprende de allí quién debe hacer esta comprobación”*<sup>45</sup>.

De igual manera, cierto sector de la doctrina concuerda con lo señalado por el Tribunal y, en ese sentido, Vélez Fernández ha escrito:

*“[...] debido a la ambigüedad de la frase “debidamente comprobada”, sostengo que su interpretación debe ser restringida en el sentido de indicios razonables de la comisión de desaparición. La interpretación contraria daría lugar a la no investigación e impunidad de sus autores. Sin embargo, para evitar su indebida interpretación por algunas autoridades en beneficio de los responsables y siendo innecesaria, considero que la*

*frase debería ser eliminada del tipo penal regulado en el artículo 320 del Código Penal”*<sup>46</sup>.

Por último, Iván Meini, en relación al mismo tema, ha sostenido que:

*“¡[P]ara declarar judicialmente probada una desaparición debidamente comprobada es necesario que el sujeto no se encuentre en todos los lugares en que podría encontrarse!, lo que, por ser una prueba diabólica, dificulta en exceso la imputación del delito”*<sup>47</sup>.

De otro lado, tanto el Estatuto como la Convención coinciden en señalar que la privación de la libertad debe ser seguida de la negativa de informar sobre la situación del detenido, de manera que se impida su acceso a las garantías judiciales correspondientes. El Código Penal guarda silencio sobre este asunto.

Asimismo, el acto de privación de la libertad seguido de la negativa de dar información sobre el paradero de la víctima tampoco ha sido recogido por el Código Penal vigente en el Perú, ni en los términos del Estatuto de Roma ni en los de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Como también se ha señalado, “la privación de la libertad es presupuesto para el delito pero no es el elemento rector que lo configura”<sup>48</sup>. De esta suerte, se tiene que la falta de información sobre el detenido o su paradero es el elemento que define el delito en cuestión. Al respecto, el Código Penal tampoco ha abordado la materia como era de esperarse.

Por último, el artículo 320 del Código Penal se encuadra dentro del título XIV-A denominado “Delitos contra la humanidad”. Sobre este aspecto es necesario afirmar que la Desaparición Forzada, en el sentido desarrollado por la legislación nacional, no constituye un crimen de Lesa Humanidad de acuerdo con el Derecho Penal Internacional. Así pues, tomando como referencia que tanto el Estatuto de la Corte Penal Internacional como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada refieren que un crimen de esa naturaleza se encuadra dentro una práctica **generalizada o sistemática**, es evidente que la ubicación del tipo penal en el código es inadecuada.

Y es que la referencia a la generalidad o sistematicidad - que ha sido omitida en la descripción del delito de Desaparición Forzada en el caso peruano - es imprescindible para poder calificar esta práctica como crimen de Lesa Humanidad. De lo dicho se desprende que la actual descripción del tipo penal en la legislación nacional no se correspondería con un crimen contra la humanidad, categoría reservada para aquellos actos que cumplan con las características ya señaladas. En todo caso, el delito de Desaparición Forzada, como acto aislado, se convertiría en un crimen internacional pero no en uno de Lesa Humanidad.

44 VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. Op.cit. p. 124.

45 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gómez Palomino vs. Perú*. Op.cit. párrafo 105.

46 VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. Op.cit. p.138.

47 MEINI, Iván. “Informes Nacionales. Perú”. Capítulo V. En AMBOS, Kai. Op.cit.p.110.

48 MONTOYA VIVANCO, Yvan. Op.cit. p.19.

## VIII. REFLEXIONES FINALES

Es innegable que la Desaparición Forzada de personas es una práctica que aún continúa empleándose en diversas latitudes del mundo. No es de extrañar, por tanto, que los esfuerzos de la comunidad internacional sigan orientados a la búsqueda de fórmulas que repriman esta perversa metodología.

En el caso peruano, la Desaparición Forzada ha constituido un problema de enorme trascendencia, a tal punto que se ha llegado a afirmar que fue una práctica sistemática en el período que va de 1989 a 1993.<sup>49</sup>

El Estado peruano, en virtud de los diversos instrumentos internacionales de los que es parte, y al haber asumido como lineamiento de política exterior la defensa y protección de los derechos humanos, debería implementar -en el más breve plazo- las medidas necesarias para que el delito de Desaparición Forzada de personas (y en general, todos los delitos contra la humanidad) encuentre una compatibilidad plena entre la tipificación del delito

en el marco del Derecho Penal nacional y la normativa penal internacional vigente.

La diversidad de normas internacionales existentes sobre la materia - antes que suponer un obstáculo para la aplicación de sanciones penales en el ámbito del derecho interno - viene a constituir una herramienta indispensable para terminar con la impunidad. En ese sentido, el Estatuto de Roma es actualmente el instrumento de protección de los Derechos Humanos más eficaz en el ámbito universal al establecer la responsabilidad penal internacional frente a las transgresiones de tales derechos. El individuo, al igual que el Estado, se ha convertido en sujeto de obligaciones internacionales frente a sus pares, frente a la Comunidad Internacional y frente a la humanidad.

Con todo, debe recordarse que la responsabilidad por sancionar un delito de esta naturaleza deriva de los Estados, y son estos lo que deben encargarse - en primer lugar - de luchar contra la injusticia. Es de esperar que el Perú se alinee en esta laudable posición.