



La Desaparición Forzada
de las Personas y su tipificación
en el Código Penal peruano

Giovanna F. Vélez Fernández



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2004

Giovanna F. Vélaz Fernández es abogada. Cursó sus estudios de derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú entre 1993 y el 2000. La presente publicación se basa en la tesis de grado con que obtuviera el título de abogado y que fuera calificada por unanimidad como sobresaliente. Actualmente, viene siguiendo estudios de posgrado en la Maestría con Mención en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Se ha desempeñado profesionalmente en instituciones vinculadas con la defensa de los Derechos Humanos: Defensoría del Pueblo y Comisión de la Verdad y Reconstrucción. Además, es miembro del Gabinete Técnico de la Presidencia del Poder Judicial.

Ha publicado diversos artículos en revistas especializadas en Derecho: «La Desaparición Forzada de personas: ¿delito permanente o de Estado?», «La Desaparición Forzada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional» y «La violación sexual como una forma de tortura en el marco de la CPI», entre otros.

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Y SU TIPIFICACIÓN
EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

La Desaparición Forzada de Personas y
su tipificación en el Código Penal
peruano

Giovanna F. Vélez Fernández



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2004

*La Desaparición Forzada de Personas y su tipificación
en el Código Penal peruano*

Primera edición, julio 2004

© 2004 de esta edición por Fondo Editorial de la Pontificia
Universidad Católica del Perú
Plaza Francia 1164, Lima 1, Perú
Telefax: 330-7405; 330-7410; 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Derechos reservados

Depósito Legal: 1501412004-5517
ISBN: 9972-42-649-1

Impreso en el Perú - Printed in Peru

A mis padres por su amor, consejos y apoyo constante durante toda mi vida. Simplemente porque sin ellos no sería lo que soy.

«Se lo llevaron porque era estudiante,
a mí no me importó porque no soy estudiante.
Se lo llevaron porque era religioso,
a mí no me importó porque no soy religioso.
Se lo llevaron porque era judío,
a mí no me importó porque no era judío.
Ahora me llevan a mí...
... y ya es muy tarde.»

Bertold Brecht.

ÍNDICE

| | |
|--------------|----|
| Prólogo | 15 |
| Introducción | 27 |

PRIMERA PARTE

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (DFP): NOCIONES GENERALES

Capítulo I

La Desaparición Forzada de Personas (DFP) en el derecho penal internacional

| | |
|---|----|
| 1.1. Antecedentes históricos de la práctica de la DFP | 39 |
| 1.2. Instrumentos jurídicos internacionales en materia de DFP | 41 |
| 1.2.1. La Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas | 41 |
| 1.2.2. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas | 42 |
| 1.2.3. La DFP en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) | 47 |

Capítulo II

La Desaparición Forzada de Personas (DFP) en el Perú: orígenes, características y evolución normativa en la legislación penal

| | |
|--|----|
| 2.1. La DFP en Latinoamérica: semejanzas y diferencias con su práctica en el Perú | 57 |
| 2.1.1. Experiencia de Guatemala | 58 |
| 2.1.2. Experiencia de Chile y Argentina | 59 |
| 2.1.3. Experiencia de Honduras | 63 |
| 2.2. Orígenes y características de la DFP en el Perú | 65 |
| 2.2.1. Estado de emergencia en el marco de la Constitución de 1979 | 65 |
| 2.2.2. Estrategia antisubversiva | 72 |
| 2.2.3. La posición del Gobierno frente al fenómeno de la DFP | 76 |
| 2.3. Tipificación de la DFP en el Código Penal peruano: evolución normativa | 84 |

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DOGMÁTICO-PENAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (DFP)

Capítulo III

El bien jurídico protegido en la Desaparición Forzada de Personas (DFP)

| | |
|--|-----|
| 3.1. Perspectiva actual sobre la teoría del bien jurídico en el moderno derecho penal | 91 |
| 3.2. Diferentes posturas acerca del bien jurídico protegido en la DFP | 99 |
| 3.2.1. Bien jurídico Vida | 99 |
| 3.2.2. Bien jurídico Libertad Personal | 102 |

| | |
|---|-----|
| 3.2.3. Bien jurídico Seguridad Pública | 103 |
| 3.2.4. Bien jurídico Identidad Personal | 106 |
| 3.2.5. Bien jurídico Humanidad | 108 |
| 3.3. Posición personal: bien jurídico Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED) | 110 |

Capítulo IV

Tipo de injusto de la Desaparición Forzada de Personas (DFP)

| | |
|---|-----|
| 4.1. Tipo objetivo | 115 |
| 4.1.1. Sujeto activo | 115 |
| 4.1.2. Sujeto pasivo | 128 |
| 4.1.3. Conducta típica | 130 |
| 4.1.4. La DFP sancionada como secuestro durante su ausencia de tipificación en el Código Penal y su implicancia en términos de prescripción | 138 |
| 4.1.5. Presunción de muerte y homicidio calificado por el período prolongado de desaparición | 144 |
| 4.1.6. Imputación objetiva y resultado típico | 146 |
| 4.2. Autoría y participación | 149 |
| 4.3. Tipo subjetivo. Dolo | 159 |
| Conclusiones | 163 |
| Bibliografía | 169 |

PRÓLOGO

I

Tras dos años de intensas labores, la Comisión de la Verdad y Reconciliación acaba de presentar su informe final.¹ Sus conclusiones –como era de esperarse– han merecido diversas valoraciones: junto a las expresiones de apoyo de víctimas, herederos de la violencia, conocidos defensores de los Derechos Humanos o determinados políticos del actual Gobierno, hay quienes prematuramente consideran que la narración de hechos de violencia estatal y paraestatal atenta contra «la dignidad de las fuerzas armadas y la policía» o que únicamente era necesario enfocar la violencia de los grupos subversivos, dejando a salvo la honra de los «héroes de la patria» que contribuyeron a la derrota del terrorismo en el Perú. Otros políticos han llegado a estimar, al igual que algún alto representante de la iglesia católica, sin haber analizado los nueve volúmenes del informe y sus anexos, que se falta a la verdad o se exagera en los datos o calificaciones sobre el rol de los partidos políticos o la actitud de los gobiernos e instituciones públicas frente a la violencia subversiva y estatal. Así, mientras se discuten detalles o las consecuencias inmediatas o finales del informe –por ejemplo, el inicio de investigaciones pena-

1. Véase: <www.cverdad.org.pe>.

les o el refuerzo de procesos judiciales en curso—, pocos parecen preocuparse por una «superación del pasado», no solo a través del Derecho Penal sino, además, enfrentando las causas estructurales de la violencia con las que aún convivimos.²

II

Los delitos vinculados a las más graves violaciones de los derechos humanos no han merecido un análisis profundo en nuestro medio, quizás por las razones generales que explican el poco desarrollo de la doctrina penal peruana, por la vigencia de tipos específicos recién con el Código Penal de 1991 o por la impunidad generalizada que frente a comprobados casos de desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales imperó en el Perú durante casi veinte años.³ Así, fuera de comentarios generales⁴ o estudios específicos preliminares,⁵ no se cuenta con el análisis dogmático de estos ilícitos que aborde problemas capitales, tales como la imputación en actua-

2. En esa línea las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Véase el ítem 2.1. de «Reformas institucionales», pp. 109 y ss. del tomo IX del informe final <www.cverdad.org.pe>.

3. Un ejemplo paradigmático de este periodo de impunidad y «organizada irresponsabilidad» se aprecia en la descripción de CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *La Cantuta: crónica de la investigación fiscal*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y Palestra, 1998.

4. AZABACHE CARACCILO, César. «Delitos contra los derechos humanos». Lima: IDL, 1991, pp. 13 y ss.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Los delitos contra los derechos humanos en el nuevo Código Penal peruano». *Anuario de Derecho Penal*, 1993, pp. 23 y ss. Lima. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Manual de Derecho Penal: parte especial*. Lima: San Marcos, 1998, pp. 645 y ss.

5. MAZUELOS COELLO, Julio. *Control social y dogmática penal*. Lima: San Marcos, 1995, pp. 105 y ss., donde se ocupa del bien jurídico protegido en el delito de Desaparición Forzada de Personas. Véase también MONTOYA, Yván. *El delito de tortura en el Perú*. Lima: IDL, 1998; y DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *La Desaparición Forzada de Personas en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002, pp. 35-39.

ciones mediante aparatos de poder organizados o la problemática del concurso de delitos o la unidad de ley entre delitos específicos, como el genocidio, y los del Derecho Penal común, como el homicidio o las lesiones. La necesidad de asumir este análisis se funda en la reciente persecución de graves violaciones a los derechos humanos desde el fin del gobierno de Alberto Fujimori, como dan cuenta, por ejemplo, los casos La Cantuta y Barrios Altos, y en el inminente inicio de investigaciones tras las denuncias específicas planteadas por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, así como otros casos detallados en su informe final.⁶

A ello contribuye igualmente el proceso de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional;⁷ este instrumento, tras su ratificación por el Estado peruano⁸ y en virtud de la competencia complementaria del Tribunal, demanda reforzar el Derecho Penal interno de modo que pueda, en primera instancia, ofrecer respuestas solventes frente a la comisión de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra o de agresión,⁹ exigencia que requiere un análisis minucioso de la parte general y especial del Código Penal¹⁰ y del Código de Justicia Militar, que aún tipifica vio-

6. El tomo VII registra la investigación de 73 casos suscitados entre 1982 y 1996. Véase: <www.cverdad.org.pe>.

7. En tal perspectiva, véase la obra colectiva coordinada por SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

8. A través de la resolución legislativa 27517, de 16 de septiembre de 2001.

9. Véase AMBOS, Kai y E. MALARINO (eds.). *Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Instituto Max Planck para el Derecho Penal extranjero e internacional, 2003, que incorpora un informe de Caro Coria sobre la situación jurídica en Perú.

10. La Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada mediante la ley 27837, de 4 de octubre de 2002, tiene como tarea específica la «adecuación de los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional».

laciones a los derechos humanos no perseguibles en el fuero militar por no configurar delitos de función.¹¹

Este libro de Giovanna Fabiola Vélez Fernández, *La Desaparición Forzada de Personas y su tipificación en el Código Penal peruano*—con el mismo título de la monografía que defendió para adoptar el título de abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú en septiembre de 2002—, constituye un esfuerzo en esa dirección que merece ser destacado desde el punto de vista personal y jurídico. En cuanto a lo primero, la vinculación con el tema no es reciente para la autora, porque entre agosto de 1998 y octubre de 2000 participó como asistente legal en las investigaciones que sustentaron el informe defensorial n.º 55, «La Desaparición Forzada de Personas en el Perú (1980-1996)», elaborado por la Adjuntía para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo.¹² Asimismo, trabajó entre febrero y junio de 2003 en la Comisión de la Verdad y Reconciliación como abogada de la Unidad de Investigaciones Especiales, lo que ha contribuido a enriquecer sus conocimientos sobre la práctica de las desapariciones forzadas y sus secuelas en los familiares de las víctimas.

Los aportes de esta investigación son también relevantes en el terreno jurídico penal. He podido conocerlos progresivamente, a lo

11. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002. Por ello es criticable, como destaca la misma institución (Ídem. *¿Quién juzga qué? Justicia militar versus Justicia ordinaria*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2003, pp. 75-83), que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema haya resuelto a favor del fuero militar la contienda de competencia en el caso Chavín de Huántar (ejecutoria de 16 de agosto de 2002, exp. 19/21-2002), vinculado a presuntas ejecuciones extrajudiciales, y que en el caso Leonor La Rosa, tras la indebida revisión de la condena por parte del Consejo Supremo de Justicia Militar, se haya dictado el 20 de noviembre de 2002 la absolución de los procesados por hechos calificables como tortura y lesiones graves conforme al Código Penal.

12. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *La Desaparición Forzada de Personas en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002.

largo de los casi 24 meses que mereció este estudio, primero como tesis y luego como texto en revisión para su publicación. Efectivamente, la perspectiva asumida no se limita a las comunes presentaciones históricas y a la realidad criminológica de las desapariciones forzadas en el Perú, una práctica estatal que formó parte de la «estrategia antiterrorista» de los diversos gobiernos o mandos militares desde 1980,¹³ perspectiva no ajena al libro, como puede apreciarse en el capítulo II principalmente. El aporte jurídico que merece relievase se cifra en la articulación de los fundamentos de la Desaparición Forzada de Personas en el orden internacional con la interpretación del tipo previsto en el artículo 320 del Código Penal, tarea nada fácil si se tiene en cuenta, por una parte, la escasa precisión de los instrumentos internacionales al momento de describir categorías penales y, por otro lado, el común afán omnicompreensivo y sobrecriminalizador que en materia de delitos de lesa humanidad, sin duda por su grave desvaloración por parte de la comunidad internacional, suele imperar al momento de fijarse los límites de las prohibiciones penales y sus reglas de persecución, similares con todo a las del denominado «derecho penal del enemigo».¹⁴ No es por ello casual que el texto se inicie con el estudio de la Desaparición Forzada de Personas en el llamado «derecho penal internacional», así como que en el capítulo I se tome en cuenta la regulación prevista en textos vinculantes para el Estado peruano, entre ellos la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹⁵ y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, al igual que otros instrumentos del *Soft*

13. *Ibidem*.

14. Esto es, un derecho penal que concibe al autor tan solo como fuente de peligro o como enemigo del bien jurídico tutelado, así en cuanto al *das Feindstrafrecht* (JAKOBS, Günther. «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung». *ZStW* n.º 97, 1985, p. 753), oponiendo la idea de un derecho penal del ciudadano (*das bürgerliche Strafrecht*), que optimiza la esfera de libertad (*Ibidem*, p. 756).

15. Aprobada a través de la resolución legislativa 27622, del 7 de enero de 2002, ratificada mediante el decreto supremo 10-2002-RE, del 23 de enero de 2002.

Law, por ejemplo, la Declaración de Naciones Unidas sobre Desaparición Forzada de Personas.

Este esfuerzo por comprender la regulación supranacional sería estéril si no se refleja en la comprensión penal del delito de Desaparición Forzada de Personas, labor que se asume en la segunda parte del libro desde una perspectiva que, aunque no se advierta expresamente, como sí se planteara en cambio durante la defensa de la tesis de licenciatura, corresponde a un marco metodológico que busca compatibilizar la orientación normativa con determinados presupuestos político criminales, perspectiva cuya marcada iniciación debemos a Claus Roxin,¹⁶ pero que indudablemente ha merecido ulteriores desarrollos y seguirá ocupando el debate penal por muchos años, quizás con el propósito de erigir, antes que una «teoría del delito», una auténtica «teoría del Derecho Penal».¹⁷ Las consecuencias de este punto de partida se evidencian desde la concepción material del bien jurídico penal; por ello en el capítulo III del libro no solo se destaca la polémica valía del principio de lesividad, sino que también se conceptualiza recurriendo a los modernos principios de merecimiento y necesidad de pena, contexto en el que cabe acudir a los fundamentos del derecho internacional para la criminalización de la Desaparición Forzada de Personas como al marco constitucional que establece las Garantías Institucionales del Estado Democrático¹⁸ frente a la detención¹⁹ que, en definitiva, dotan de contenido

16. ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Munich: s.e., 1970, p. 10.

17. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI». *RPDJP*, 2/2001, p. 544.

18. Como ya adelantaba VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna, en su artículo «Garantía del Estado Democrático ante la desaparición forzada de personas». *Brújula*, n.º 3, 2001, pp. 62-64.

19. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Libertad personal, seguridad pública y sistema penal en la Constitución de 1993». *Anuario de Derecho Penal*, 1993, pp. 33-43, Lima, se refiere específicamente a la legalidad de la detención, al plazo máximo, al derecho a ser informado sobre las razones de la detención, a la asistencia de un abogado,

material al bien jurídico penal en este delito. Nos encontramos lejos, entonces, de cualquier alegato sobre una incierta pluriofensividad o al fácil recurso a bienes individuales como la vida o la libertad personal, o bienes colectivos como la seguridad pública, o conceptos indeterminados, como la identidad personal o la defensa penal de la «la humanidad». La autora rechaza estas elaboraciones y justifica, por ejemplo, el tratamiento concursal entre la Desaparición Forzada de Personas y delitos clásicos como el Secuestro o el Homicidio, que garantizan bienes jurídicos diferentes.

Problemas esenciales y de actualidad plantea la persecución de este ilícito en el Perú. Uno de ellos es la aplicación de delitos del Derecho Penal común, como el secuestro, las lesiones o el homicidio calificado, ante la inexistencia del delito de desaparición en nuestro sistema jurídico hasta el 25 de abril de 1991 (Período I);²⁰ la vigencia solo temporal de dicho delito, previsto originalmente en el artículo 323 del Código Penal de 1991, entre el 26 de abril de ese año y el 6 de mayo de 1992 (Período II); su derogación mediante el decreto ley 25475 de 6 de mayo de 1992 vigente desde el día siguiente, lo que abrió un periodo de no criminalización específica entre el 7 de mayo y el 2 de julio de 1992 (Período III); fecha en que se publicó el decreto ley 25592, vigente desde el día siguiente, que restauró la vigencia del tipo de desaparición, esto es, entre el 3 de julio de 1992 y el 21 de febrero de 1998 (Período IV); fecha en la que se publicó la ley 26926, que reincorporó el delito de desaparición en el artículo 320 del Código Penal, norma vigente desde el 22 de febrero de 1998 hasta la actualidad (Período V). Esta sucesión normativa acarrea cuestiones, expuestas en el libro al menos preliminarmente, cuya solución no es pacífica. Así, por ejemplo, existe la posibilidad de perseguir hechos de Desaparición Forzada de Personas cometidos en los

a no ser obligado a declarar, a interponer una acción de hábeas corpus y al derecho a recibir una indemnización si la detención es arbitraria.

20. Así, AZABACHE CARACCILO, César. Ob. cit., pp. 52-54.

Períodos I, II y III, aplicando el tipo penal vigente en los Periodos IV y V, o solamente los tipos del derecho penal común por la inexistencia del delito de desaparición en el Periodo III, pues la no punición específica afectaría favorablemente a todos los hechos anteriores conforme a la retroactividad benigna. Todo ello se aprecia en el marco del debate sobre si la desaparición es un delito permanente, de manera que «la no aparición de las víctimas» hasta la actualidad autoriza una persecución con las normas vigentes, o si, por el contrario, se trata de un delito de ejecución instantánea con efectos permanentes, como defiende la autora, de modo que solo hay lugar a las conminaciones previstas por el secuestro, las lesiones o el asesinato, y debiendo determinarse en cualquier caso si cabe recurrir a una «presunción de muerte» como la alegada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras.²¹

El panorama adquiere mayores rasgos de complejidad frente al argumento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad que se funda en la extrema gravedad de estos crímenes,²² especialmente porque el Perú no solo ha ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional que prevé dicha regla en el artículo 29 sino, además y sin reservas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que establece en el artículo VII la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena, al igual que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.²³ Así, y pese a que el Estatuto

21. Véase el Fundamento 188 de la sentencia de fondo de 29 de julio de 1988, Serie C, n.º 4. <www.corteidh.or.cr>. Además, GARCÍA RAMÍREZ (coord.). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 78.

22. RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda. *Delitos de Derecho Internacional*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 169.

23. Aprobada mediante la resolución legislativa 27998, del 2 de junio de 2003, y ratificada por el decreto supremo 082-2003-RE, del 2 de julio de 2003.

de Roma únicamente rige para los crímenes cometidos tras su entrada en vigor (artículo 24) y que el decreto supremo 082-2003-RE, que ratificó la citada Convención sobre Imprescriptibilidad, declara en el artículo 1 que el Estado peruano se adhiere «para los crímenes que consagra la convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para el Perú», sigue abierto el debate relativo a si las reglas de prescripción tienen contenido mixto –esto es, penal y procesal–,²⁴ únicamente procesal, y son por ello de aplicación inmediata,²⁵ o adoptan más bien carácter penal material,²⁶ no siendo posible su aplicación retroactiva por desmejorar la posición del imputado.²⁷ Otras cuestiones problemáticas surgen ante el imperio de la cosa juzgada, pues la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos se pretendió mediante las llamadas «leyes de amnistía» (leyes 26479 y 26492, del 15 de junio y 2 de julio de 1995,

24. VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal: parte general*. Lima: San Marcos, 1998, p. 491.

25. Lo que parece «racionalmente indefendible» a juicio de PASTOR, Daniel. *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Pueblo, 1993, p. 37.

26. Esta parece ser la posición mayoritaria de la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. Lima: Grijley, 2001, p. 247; PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, pp. 255-256; ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*. Lima: Grijley 1998, pp. 49 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Lima: FECAT, 1999, p. 686.

27. Así, independientemente del carácter penal o procesal de la prescripción, SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Vol. I. Lima: Grijley, 1999, p. 282. Y es que la estéril discusión sobre la «naturaleza jurídica» de un instrumento normativo como la prescripción, como apunta GILI PASCUAL, Antoni (*La prescripción en Derecho penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2001, p. 61), no debe alterar su fundamentación desde los fines de la pena, es decir, como un supuesto de no necesidad de la sanción. Véanse también *ibídem*, pp. 76 y ss.

respectivamente,²⁸ cuya eficacia finalmente no prosperó, entre otros motivos, como consecuencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001 que, a propósito del caso Barrios Altos, declaró que dichas leyes «carecen de efectos jurídicos» porque son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, y ordenó al Estado peruano investigar los hechos y establecer quiénes son los responsables de esas graves violaciones de los Derechos Humanos,²⁹ solución susceptible de generalización a todos los casos en los que la jurisdicción militar se expandió para procesar delitos comunes cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, esto es, ejecuciones extrajudiciales, torturas o desapariciones forzadas, delitos graves donde la doctrina penal no acepta la extinción de la acción penal o de la pena a través de la amnistía.³⁰ Así, la polémica relativa a la prescripción y la cosa juzgada debe ser abordada, a juicio de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, por el Poder Judicial, dado que «el Estado tiene el deber de investigar y sancionar los graves crímenes y violaciones a los derechos humanos reseñados a lo largo de su informe».³¹

El libro concluye con el estudio del tipo de injusto del delito de Desaparición Forzada en el capítulo IV, donde se enfrentan temas fundamentales como la caracterización del ilícito, que limita la autoría al rol de funcionario o servidor público, desde la dogmática de

28. Críticamente, RÓY FREIRE, Luis Eduardo. *Causas de extinción de la acción penal y de la pena: comentarios al Código Penal (Arts. 78-91)*. 2.ª edición. Lima: Grijley, 1998, pp. 145-148; y AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho penal internacional*. Medellín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung y CIEDLA, 1997, pp. 138 y ss.

29. Véanse ítems 4-5 de la parte resolutive de la sentencia de fondo de 14 de marzo de 2001, Serie C, n.º 75. <www.corteidh.or.cr>; y DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *Amnistía vs. Derechos Humanos*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2001, p. 130.

30. FIERRO, Guillermo. *Amnistía, indulto y conmutación de penas*. Buenos Aires, 1999, p. 123-126.

31. Véase el tomo I, capítulo 4, p. 247 del informe final. <www.cverdad.org.pe>.

los *Pflichtdelikten* o delitos de infracción de deber que, fuera de todo riesgo de «difuminación» del objeto protegido,³² puede ofrecer soluciones solventes para la participación de los *intraanei* y, bajo reglas de accesoriedad limitada, para los *extranei* no cualificados o ajenos al deber, como refleja la autora acudiendo a la casuística nacional. No se pasa por alto en el terreno de la autoría el tratamiento de los agentes que obran con poder de decisión en el seno de grupos organizados, es decir, la calificación de la intervención como «autoría mediata por dominio de voluntad», según la clásica propuesta de Roxin,³³ o como coautoría, según propone, por ejemplo, Jakobs,³⁴ y ello sumado a las reglas de imputación por omisión ante la violación de deberes de control de fuentes de riesgo, lo que permite fundamentar, por ejemplo, la responsabilidad del mando militar.³⁵ Son igualmente relevantes las críticas contra la exigencia legal de una desaparición «debidamente comprobada», que quizás deba limitarse a la satisfacción de una condición objetiva de punibilidad meramente formal, como plantea Giovanna Vélez. A ello se suma el debate ya anunciado sobre la permanencia, instantaneidad o continuidad del delito, que el libro no deja de analizar, criticando las calificaciones previstas, por ejemplo, en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. De igual forma, y como ha sido poco común en los estudios sobre delitos de lesa humanidad, se abordan los criterios de imputación objetiva relevantes para la atribución del resultado lesivo descrito en el tipo, así como los criterios de atribución subjetiva, esto es, la imputación del dolo,

32. ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin-New York: Gruyter, 2000, p. 696.

33. ROXIN, Claus. «La autoría mediata por dominio en la organización». *RPCP*, n.º 13, 2003, pp. 17-21. Lima.

34. JAKOBS, Günther. «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994-5Str 98/94». *Revista de Ciencias Penales*, vol. 1, 1999, pp. 268-269.

35. Así MONTAYA, Yván. *Ob. cit.*, pp. 29-34.

en este caso conforme a reglas propias de las modernas concepciones cognitivas que, hasta donde alcanzo a ver, vienen imponiéndose en el debate nacional.³⁶

En suma, nos encontramos ante un trabajo que me satisface prologar y que debe contribuir a la «desaparición debidamente comprobada» de todo signo de impunidad, más aun en tiempos en que el camino hacia «la verdad» y «la reconciliación» en el Perú se encuentra todavía en sus inicios y pasa seguramente por aceptar, como describían Sancinetti y Ferrante sobre el caso argentino, que los fundamentos para darle un verdadero «punto final» a todo el saldo de castigo a los culpables no lograron su fin de cerrar para siempre las heridas abiertas en la historia del país, por lo que es fatible suponer que estas «nunca serán cerradas».³⁷

En Lima, en la primavera de dos mil tres

Doctor Dino Carlos Caro Coria
Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP
Profesor de Derecho Penal

36. Véase por todos GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: ARA, 2003, pp. 516 y ss.

37. SANCINETTI, Marcelo A. y Marcelo FERRANTE. *El Derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 492.

INTRODUCCIÓN

Con los gritos desesperados nos hemos despertado, solo habían luces de linterna que nos cegaban la vista. Mi tía estaba tirada en el piso y uno de los tipos la jalaba del cabello, ella estaba abrazada de su hija menor Nora, mi abuelita decía: «¡Dejen a mi hija!», seguía forcejeando con los tipos, ellos arrastraban a mi tía del cabello y le dijeron. «¡Levántate!», no la dejaron vestir y se la llevaron. Nos dijeron: «¡No salgan, porque si salen las matamos». ¿Dónde está Guadalupe Collacunto? ¿qué hicieron con ella? ¿con qué derecho le quitaron a mis primos su madre, a mi abuelita su hija?. Queremos que nos ayuden a encontrar la verdad, es lo que queremos [...]

Este es el testimonio de la señora Paula García Collacunto, sobrina de Guadalupe Collacunto, desaparecida el 10 de junio de 1990. El mismo fue brindado a la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) en la Audiencia Pública de Huamanga, realizada el 8 y 9 de abril del 2002. Este caso es representativo de la ejecución de la práctica de Desaparición Forzada de Personas (DFP) en nuestro país, que tuvo lugar en el período comprendido entre 1983 y 1996, y cuyo desarrollo se produjo en diferentes etapas. Durante el período señalado, el Ministerio Público recibió 7248 denuncias por DFP, pero su labor, más allá de registrarlas, no se tradujo en diligentes actuaciones destinadas realmente a ubicar a los supuestos desaparecidos.

El delito materia de análisis se encuentra actualmente tipificado en el artículo 320 del Código Penal. Este artículo recoge la figura de la DFP en los siguientes términos: «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 15 años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1 y 2» (cursiva mía).

La Desaparición Forzada de Personas surge en nuestro país en un contexto de violencia política, especialmente en el marco de la instauración de un estado de emergencia y como consecuencia de la aplicación de una política antisubversiva empleada por los comandos militares frente al accionar de los grupos terroristas. Al respecto, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, como una de las observaciones de su primera visita a nuestro país en junio de 1985, señala que: «no puede discutirse que desde 1980 se ha producido en el Perú un gran número de desapariciones»; y el informe n.º 56/99 de la Comisión Interamericana advierte que: «la práctica oficial de Desaparición Forzada formó parte de la llamada lucha antisubversiva».

En esa coyuntura política, los casos de desaparecidos no pudieron ser investigados y sancionados debidamente. A tal situación contribuyeron, además del estado de emergencia, la ausencia de tipificación de la DFP en el Código Penal durante el período comprendido entre 1980 y 1990, en el cual se presentaron la mayor cantidad de casos; así, en aplicación del principio de legalidad, estos únicamente podían ser denunciados como secuestro en concurso real con asesinato.

La criminalización de la DFP implica el reconocimiento del ordenamiento jurídico penal interno de lo establecido en normas internacionales como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma, documentos que han sido ratificados por el Perú y que prescriben la necesidad de tipificarla como delito. Sin embargo, considero que el tipo penal recogido en el artículo 320 no es el más adecuado, pues contiene algunos elementos normativos, tales como la frase «debidamente comprobada» que llevarían a interpretaciones ambiguas y tendientes, en algunos casos, a preservar el manto de impunidad frente a investiga-

ciones futuras, consagrando el mero papel de símbolo que hasta la fecha ha cumplido ese tipo penal en nuestra legislación.

Así, el actual contexto de protección a los derechos humanos —que implica el reconocimiento del derecho a la verdad y a la reparación que les asiste a los familiares de las víctimas, considerados como derechos fundamentales en el anteproyecto de reforma de la Constitución— conlleva la necesidad de una norma integral que contenga todos los elementos constitutivos de la DFP y la eliminación de exigencias como la que supone la frase «debidamente comprobada», que representarían un obstáculo para la instauración de procesos y aplicación de sanciones en aquellos casos que sean presentados al Ministerio Público luego de la investigación realizada por la CVR.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo se orienta a la necesidad de interpretar la figura de DFP en nuestra legislación para determinar su ámbito de aplicación y evaluar la necesidad de introducir correctivos con el propósito de ayudar al Estado a que plantee su política criminal. Es importante mencionar que hasta la fecha no habido oportunidad para que los Tribunales puedan interpretar el artículo 320, ya que desde su incorporación al Código Penal, mediante ley 26926, no se ha instruido caso alguno, razón por la cual no existe jurisprudencia al respecto.

El enfoque del tema asume la perspectiva del Derecho Penal. Sin embargo, no se puede soslayar las referencias a los temas de responsabilidad internacional, tanto del Estado como del particular, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Penal Internacional.

La DFP se encuentra actualmente tipificada bajo el rubro Delitos contra la Humanidad, sin hacer referencia alguna a la sistematicidad o generalidad de la práctica, características sin las cuales no podría ser considerada crimen de lesa humanidad, según lo establecido tanto en la Convención Interamericana como en el Estatuto de Roma. Esta omisión induce a suponer que la comisión de un acto aislado de desaparición sería sancionada como un delito contra la

humanidad, hecho erróneo a la luz del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por ello, es necesario que el artículo 320 contenga expresamente la referencia a la sistematicidad o generalidad de su práctica con el fin de guardar coherencia con el título bajo el cual se encuentra tipificada.

En cuanto al bien jurídico, la Humanidad constituye un bien colectivo y supraindividual bajo el cual no solo se encuentra tipificada la DFP sino, también, otros delitos como la Tortura y el Genocidio. Esto no permite identificar con precisión cuál es el bien jurídico protegido directamente en este caso. Por consiguiente, no ha sido tarea fácil determinar un bien jurídico propio vulnerado por la DFP, puesto que la doctrina mayoritaria y los documentos internacionales sobre el tema se decantan por considerarla un delito pluriofensivo. Así, algunos autores, en su búsqueda por encontrar el bien jurídico protegido en la Desaparición Forzada de Personas, postulan bienes jurídicos como la Vida, la Libertad Personal, la Seguridad Pública y la Identidad Personal.

Considero que la Vida no es el bien jurídico protegido en este delito porque si bien la desaparición de una persona supone la presunción de violación de su derecho a la vida, no implica su real afectación. En este sentido, es importante mencionar que la Convención Interamericana, en su artículo II, al establecer el concepto de Desaparición Forzada, no considera la muerte como elemento constitutivo o consecuencia necesaria de la misma.

Respecto de la Libertad Personal, se considera lesionada en la DFP principalmente por su conexión con el delito de secuestro, que vulnera la libertad de movimiento. En relación con este tema –y como lo he señalado en mi tesis– considero que existen substanciales diferencias entre la DFP y el secuestro vinculadas con la calidad del sujeto activo y la finalidad del delito. Por otro lado, cabe mencionar que algunos autores plantean la Libertad como bien jurídico protegido en la DFP, en la medida en que se inicia con la detención arbitraria; sin embargo, al tratarse de una privación indeterminada, la DFP trasciende el ámbito de lesión de la libertad individual, pues

no solo se pretende privar de libertad a una persona sino, además, anular su participación en el mundo social.

En relación con la Seguridad Pública, estimo que no constituye el bien jurídico protegido en la DFP por dos razones fundamentales:

En primer lugar, el concepto mismo de seguridad es demasiado amplio, por lo que quedaría contemplado dentro del marco de protección de garantías constitucionales. En este sentido, el contexto de «inseguridad pública» que se vivió en nuestro país durante el estado de emergencia favoreció la práctica de DFP, así como otras violaciones a derechos humanos.

En segundo lugar, la responsabilidad directa o indirecta del Estado en la DFP implica un incumplimiento de su deber garantista. En esta línea de ideas, la seguridad pública no es un derecho vulnerado exclusivamente por esta práctica sino, también, por otros delitos, como la Tortura, la Detención Arbitraria y la Ejecución Extrajudicial, entre otros, en los que el Estado tiene algún tipo de participación.

En este punto, después de hacer una referencia a las diversas posturas acerca de los diferentes bienes lesionados, postulo como bien jurídico protegido en la Desaparición Forzada de Personas (DFP) la Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED). Para llegar a dicha conclusión, considero fundamental la vulneración de la relación jurídica directa Estado-ciudadano, en la medida de que la DFP es una práctica sistemática cometida por un funcionario o servidor público. Ciertamente, al ser la víctima de desaparición sustraída del ámbito de protección legal, se vulnera el ejercicio de sus derechos fundamentales, así como la utilización de las garantías penales y procesales pertinentes propias de un Estado democrático de derecho.

La GIED comporta el deber del Estado de proteger la existencia de sus miembros; por tanto, la DFP implica la violación de la esencia misma de la persona como ente social de la humanidad. En ello radica la especial gravedad de la práctica, en tanto que se vulnera la existencia de la persona y se la suprime de la sociedad, con lo cual se

afecta al hombre en todas sus dimensiones. En ese entendido, la DFP trastoca valores fundamentales que implican el reconocimiento de la persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado, principio que ha sido reconocido como base de nuestro ordenamiento constitucional y que trasciende el ámbito de lo común, por lo que su violación indigna a la comunidad internacional en su conjunto.

El Estatuto de Roma amplía la esfera de autores de Desaparición Forzada al señalar como agentes a las organizaciones políticas, con lo cual es posible considerar que agentes no estatales, al sustraer a la víctima del ámbito de protección legal, atentan contra el bien jurídico GIED. No obstante, el artículo 320 de nuestro Código Penal limita el sujeto activo al funcionario o servidor público, con lo cual nuestra legislación se aparta de lo establecido en la Convención Interamericana y en el Estatuto de Roma. En tal virtud, propongo ampliar el ámbito del sujeto activo, de manera que se considere como tal a aquellos particulares o grupos que actúan con el consentimiento del Estado, y también a agentes no estatales, en especial organizaciones políticas.

Respecto del sujeto pasivo de la DFP, sostengo que es la Sociedad, en la medida en que le corresponde la titularidad del bien jurídico protegido. Desde esta perspectiva, el sujeto pasivo de este delito sería macrosocial, esto es, todos y cada uno de los miembros de la sociedad, siendo la persona desaparecida el sujeto sobre el que recae la acción típica.

La DFP, tal como se encuentra tipificada en el artículo 320 del Código Penal, establece como conducta típica «ordenar o ejecutar acciones que tengan por resultado la desaparición». En esa línea de ideas constituye un *delito de estado*, es decir, un delito instantáneo con efectos permanentes, en la medida de que crea un estado nuevo respecto de la situación jurídica de la persona, que estaría dada con la desaparición. El tipo legal sanciona solamente su producción y no su mantenimiento, con lo cual la conducta típica de la DFP se realiza en un solo acto y no sigue consumándose, característica princi-

pal del delito permanente. Respecto de su carácter continuado, puesto que se consuma en un solo acto, no cumpliría con la característica principal del delito continuado de pluralidad de acciones típicas vinculadas.

Atendiendo al principio de taxatividad, que estipula que el tipo penal debe definir claramente la conducta prohibida en todos sus aspectos, la DFP, tal como se encuentra tipificada en la actualidad, no contempla el principal elemento constitutivo del injusto: la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte del agente. Así, es necesaria una norma integral que comprenda un concepto del delito que contenga todos los elementos constitutivos del ilícito penal.

Por otro lado, el artículo 320 de nuestro Código Penal no considera agravantes para la DFP. Por ello, propongo tomar en cuenta las características de la víctima, con el fin de configurar agravantes. Así, en el caso de la DFP de menores debería considerarse una pena mayor a la establecida para los otros casos, dada la especial condición de indefensión y vulnerabilidad de la víctima, conforme ocurre en los casos de violación sexual de menores.

En relación con la frase «debidamente comprobada» planteada en la descripción normativa del delito (artículo 320 del Código Penal), considero que dicha frase constituye una condición objetiva de punibilidad y debe ser entendida, por tanto, como indicio razonable de la comisión del delito. Como es innecesaria —según afirmo— su incorporación desde el punto de vista del tipo objetivo y la punibilidad, planteo su eliminación.

La teoría de infracción del deber trae consigo consecuencias importantes para determinar la autoría y participación en los delitos especiales. Así, dado que solamente el funcionario público podría ser autor del delito al infringir dolosamente su deber, no sería posible la coautoría en la DFP y lo que ocurriría en caso de ejecución conjunta por parte de dos o más funcionarios públicos sería que ambos responderían individualmente como autores.

En este orden de ideas, para el delito objeto de análisis como delito cometido en el marco de un aparato organizado de poder, considero aplicable la *teoría del dominio del hecho por dominio de organización*, propugnada por Claus Roxin. Así, los mandos militares superiores serían autores mediatos de DFP y, en cambio, a los ejecutores, es decir, aquellos miembros de las fuerzas del orden que realizan la detención y posteriormente consuman el tipo penal de manera directa, les corresponde la calificación de autores inmediatos o directos. Ciertamente, si bien existe autoría mediata de los mandos superiores, ello no exime de responsabilidad penal a los ejecutores, ya que no se admite la obediencia debida a órdenes superiores como causa de antijuridicidad en el caso de delitos como la DFP. En cuanto a los ronderos y los comités de autodefensa, en la medida en que colaboraron con las fuerzas del orden en la privación de libertad y posterior traslado de las víctimas a los cuarteles militares, serían cómplices primarios.

Cabe mencionar que, no obstante su conveniencia, la teoría de dominio del hecho por dominio de organización en aparatos de poder presenta un problema de aplicación en nuestro sistema, puesto que el artículo 23 de nuestro Código Penal, al señalar «[...] el que realiza por medio de otro el hecho punible», hace referencia a la concepción clásica de la autoría mediata en términos de considerar al instrumento utilizado como impune, esto es, que actúa bajo coacción, error o sin culpabilidad. En este punto es importante mencionar que la teoría de Roxin hace referencia al *dominio del hecho*, entendido como control sobre el curso causal del «hombre de atrás»; así, la autoría mediata de este se fundamenta en términos de intercambiabilidad o fungibilidad de los ejecutores materiales directos. Esta teoría ha sido aplicada por la Corte Suprema argentina al momento de fundamentar la condena de los generales de la dictadura de Videla que dirigieron y organizaron numerosas ejecuciones y desapariciones.

Precisamente esta concepción amplia de autoría mediata ha sido adoptada por el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) en el

artículo 25, inciso 3, al definir la autoría mediata como el comportamiento realizado «por conducto de otro sea este o no penalmente responsable». Así, la concepción adoptada por este instrumento es más amplia que la que corresponde a nuestro Código Penal, puesto que no se limita a los supuestos en los que el instrumento actúa atípicamente, de modo justificado o sin culpabilidad sino, también, cuando es penalmente responsable. En esta línea, el tema de la autoría en aparatos organizados de poder deberá tenerse en cuenta en el actual proceso de implementación y adecuación del Estatuto de Roma.

El presente trabajo constituye en esencia la tesis que sustenté el 18 de setiembre del 2002 para optar el título de abogada, la misma que fue aprobada por unanimidad con la máxima calificación de «sobresaliente». Agradezco especialmente al doctor Carlos Caro Coria, quien fue el asesor de esta investigación, por su dedicación constante y su comprometida orientación académica, las mismas que la hicieron posible; y al doctor José Burneo Labrín, por las importantes observaciones contenidas en sus informes que ayudaron a la culminación de este trabajo.

He reservado para el final el agradecimiento a mis colegas y amigos de la Defensoría del Pueblo por su amistad y consejos, así como por la oportunidad de conocer y debatir el tema materia de esta investigación. Además, agradezco a los familiares de los desaparecidos, quienes me permitieron conocer de cerca su angustia y sufrimiento por la «ausencia» de un ser querido, realidad que aún hoy muchos peruanos desconocen.

Giovanna F. Vélez Fernández
Lima, julio del 2003.

PRIMERA PARTE

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (DFP):
NOCIONES GENERALES

CAPÍTULO I

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (DFP) EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1.1. Antecedentes históricos de la práctica de la DFP

La práctica de hacer desaparecer a personas, como método de represión política, tuvo sus orígenes en Alemania durante la Segunda Guerra Mundial en territorios ocupados por los nazis con el objetivo de frenar el movimiento de resistencia y de intimidar a la población.¹

En ese sentido, bajo un decreto denominado *Nacht und Nebel*, emitido por el supremo comando del ejército alemán en 1941, se estableció que los sospechosos de poner en «desvanecidos» sin dejar rastro y sin dar información respecto de su paradero o suerte. Así, siguiendo las órdenes de Hitler, los nazis recurrieron a la desaparición de los opositores con el fin de evitar que fuesen convertidos en mártires por sus pueblos si eran sometidos a juicios y condenas de muerte. De esta manera, como ya se mencionó, lo que se pretendía era lograr una «intimidación efectiva» de la población y los familiares debido al terror paralizante que se desataría.²

1. BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch, 1990, p. 335.

2. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Desapariciones*. Barcelona, 1983, citada por MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. «La Desaparición Forzada de Personas en América Latina». *Ko'aga Roñe'eta*, serie VIII, 1998. <<http://www.derechos.org/vii/molina.html>>.

El procedimiento *Nacht und Nebel* («Noche y niebla») se aplicó, salvo en Dinamarca, en los países occidentales ocupados por el Tercer Reich: Noruega, Holanda, Bélgica y Francia, al principio en la «zona ocupada» y, posteriormente, en todo el territorio, a partir de noviembre de 1942. Después del atentado contra Hitler, el 20 de julio de 1944, cuando era inminente que Alemania perdería la guerra, los nazis dictaron el decreto *Schreckend und Sabotage* («Terror y sabotaje»), del 30 de julio de 1944, que derogó el decreto *Nacht und Nebel*.

En Latinoamérica, la Desaparición Forzada de Personas (DFP) como práctica sistemática y generalizada surgió en la década del 60 y tuvo como característica principal la *negativa u ocultamiento de información* sobre el paradero de la víctima por parte de sus agentes. El inicio de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962, durante el gobierno del general Miguel Idígoras Fuentes. Así, durante dos décadas, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.³

Cabe mencionar que el origen y el desarrollo, así como las principales características de las desapariciones en países latinoamericanos en donde la práctica tuvo mayor número de víctimas (casos ilustrativos son los de Guatemala, Honduras, Chile y Argentina) serán abordados con mayor detalle en el capítulo 2, acápite 2.1.

En este contexto de expansión de la práctica en diversos países de nuestro hemisferio, surge a partir de la década del 70 la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la DFP en instrumentos internacionales como una forma de concientizar a los Estados de la gravedad de la práctica y de impedir su desarrollo.

3. MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. Ob. cit.

1.2. Instrumentos jurídicos internacionales en materia de DFP

1.2.1. *La Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*

La adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas materializa la preocupación de la comunidad internacional por la sistematicidad de la práctica, así como por el número de víctimas que esta venía cobrando a escala mundial. De esto dan cuenta algunas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.⁴ Así, este instrumento internacional de carácter no convencional fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992.

A diferencia de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,⁵ la Declaración establece en su artículo 1 los derechos vulnerados por la Desaparición Forzada, entre los que considera el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona; el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; y el derecho a la vida o a que no sea puesta en grave peligro. Asimismo, la Declaración, en su artículo 5, proscribela responsabilidad civil tanto de sus autores como del Estado y menciona la responsabilidad internacional de este.

4. A manera de ejemplo, señalamos la resolución 3450, relativa a las desapariciones en Chipre, adoptada en 1975; y la resolución 32/128, de 1977, que propone la creación de un órgano, con la participación de la Cruz Roja Internacional, encargado de investigar esta práctica.

5. La Convención solamente señala en el preámbulo que la Desaparición Forzada de Personas (DFP) viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable.

Otra diferencia importante entre la Declaración y la Convención consiste en que la primera, en su artículo 18, señala expresamente que los autores o presuntos autores del delito no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas; con dicha disposición es posible afirmar que la Declaración buscaba impedir cualquier medida legislativa por parte del Estado infractor que tuviera como objetivo la impunidad de los autores del delito.

En cuanto a la eficacia jurídica de la Declaración, se puede decir que:

Las declaraciones son actos solemnes por los cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptados con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados.⁶

En efecto, la Declaración, pese a que prohíbe una práctica rechazada por la comunidad en su conjunto y cuya comisión implicaría la vulneración de una serie de derechos humanos consagrados en el derecho internacional, no posee carácter vinculante; sin embargo, constituye sin duda un avance significativo en la vía de la tipificación jurídica internacional de la Desaparición Forzada de Personas. Asimismo, su aprobación abre la puerta para el desarrollo del tema por otras normas más concretas a través de la vía convencional.

1.2.2. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas

La persistencia de la práctica de la DFP y su extensión a escala mundial motivó la necesidad de un tratado que prohibiese y sancionase dicha práctica. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión del 17º período ordinario de sesiones

6. NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e IDEI, 2000, p. 85.

de la Asamblea General, propone a los gobiernos de los Estados miembros que consideren la posibilidad de adoptar una Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, destinada a prevenir y sancionar tan abominable práctica.

La Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, que entró en vigencia en marzo de 1996, es el instrumento que recoge la preocupación de la comunidad interamericana sobre la sistematicidad de la práctica a nivel mundial.

Este importante instrumento internacional tiene como objetivos la prevención, la sanción y la supresión de la DFP, a la que –al igual que el Estatuto de Roma– considera un crimen de lesa humanidad cuando es una *práctica sistemática o generalizada*, tal como lo afirma en su preámbulo. La Convención, en su artículo II, la define como:

[...] la privación de libertad a una o mas 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 concepto señalado describe los elementos configurativos del delito: *privación de libertad y la negativa o falta de información sobre el paradero de la víctima*. Asimismo, establece el carácter permanente o continuado de la DFP mientras no se determine el paradero de la víctima (artículo III), así como la calidad de delito común con el fin de imposibilitar el juzgamiento por jurisdicciones especiales, en particular la militar (artículo IX).

Sobre el agente ejecutor de la DFP, la Convención Interamericana, como instrumento de Derecho Internacional de Derechos Humanos, no reconoce como tal a particulares, es decir, no acepta la responsabilidad de agentes no estatales. En efecto, al considerar en su artículo II la responsabilidad de personas o grupos de personas que actúan bajo la autorización o aquiescencia del Estado, establece

responsabilidad estatal, ya que, si bien el Estado no sería el agente directo, se presume que tuvo responsabilidad indirecta al permitir o no impedir la comisión de la Desaparición Forzada.

Esta responsabilidad se fundamenta en la obligación internacional del Estado de respetar y hacer respetar los derechos humanos. Así, en el marco de la Convención Interamericana solo es posible considerar al Estado como agente perpetrador de la DFP.

Cabe señalar que, pese a su importancia, el Perú aún no había ratificado la Convención sobre Desaparición Forzada durante el período de ejecución de desapariciones (1980-1996); no obstante, sostengo que ya se encontraba obligado por lo estipulado en ella. En efecto, la DFP vulnera derechos fundamentales contenidos en normas de *ius cogens* (normas imperativas), de las cuales se derivan obligaciones *erga omnes* (oponibles a todos). En ese sentido, su práctica implicaría la comisión de un hecho internacionalmente ilícito que acarrearía responsabilidad internacional de Estado, ya que se trata de un hecho cometido por agentes estatales o por particulares que actúan por cuenta del Estado.

Es importante mencionar que nuestro país, en el actual contexto de protección y reconocimiento de derechos humanos, con gran acierto aprobó mediante resolución legislativa 27622⁷ la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que fue ratificada el 22 de enero del 2002 por el decreto supremo 010-2002-RE.

Llegado a este punto, creo importante analizar la calidad de delito continuado o permanente de la DFP, así como su diferencia con otras violaciones de derechos humanos, como la Detención Arbitraria y la Ejecución Extrajudicial.

7. La resolución legislativa 27622 fue aprobada por el Congreso de la República el 21 de diciembre del 2001 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de enero del 2002.

La DFP como delito continuado o permanente

El artículo III también estipula que debido a su extrema gravedad, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas que fueran necesarias para tipificar el delito de Desaparición Forzada de Personas y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

Se debe recordar que la DFP se configura con la negativa de información o el ocultamiento del paradero de la víctima; es en esas circunstancias que la persona desaparecida es extraída del ámbito de protección legal y de la sociedad misma, pues en algunos casos se cuestiona hasta su propia existencia. En este orden de ideas, el delito mantiene sus efectos en el tiempo hasta que no se establezca la suerte de la víctima. Sin embargo, la Convención, al afirmar que es un delito continuado o permanente, equipara ambos conceptos como similares. Dicha equiparación no es correcta a la luz de la doctrina penal, pues ambos son conceptos independientes.

Por tanto, la pertinencia de esta afirmación se estudiará de acuerdo con lo establecido en la doctrina penal, ya que no se puede determinar aún si la DFP es un delito permanente o un delito de estado, es decir, instantáneo con efectos permanentes. Dicha disyuntiva será analizada en el capítulo 4 de este trabajo.

Diferencia de la DFP con otras violaciones de derechos humanos: Detención Arbitraria y Ejecución Extrajudicial

Tomando como punto de partida la definición esbozada por la Convención Interamericana, plantearé la diferencia entre la DFP, la Detención Arbitraria y la Ejecución Extrajudicial.

La Detención Arbitraria se configura al violarse los preceptos constitucionales de mandato judicial y flagrante delito. Así, nuestra Constitución vigente en su artículo 2 numeral 24 literal f establece que: «Nadie puede ser detenido sino por mandato judicial escrito y motivado por el juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito».

En consecuencia, se puede decir que la Detención Arbitraria es aquella que se efectúa por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o la que se produce conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad.⁸

Respecto de la Ejecución Extrajudicial, diré que:

[...] las ejecuciones extrajudiciales se producen cuando una autoridad pública quita arbitraria o deliberadamente la vida a un ser humano en circunstancias que no corresponden al uso legítimo de la fuerza [...]. Además se considera que las ejecuciones de ese tipo tienen lugar cuando funcionarios públicos toleran o aceptan asesinatos por parte de actores no gubernamentales.⁹

Llegado a este punto, cabe precisar que la Detención Arbitraria y la Ejecución Extrajudicial configuran delitos independientes que no necesariamente forman parte del proceso ejecutivo de la DFP.

Así, la Detención Arbitraria se configura cuando se violan los dos preceptos constitucionales de orden judicial y flagrante delito. Tiene como objetivo la privación arbitraria de la libertad y no tiene el elemento principal de la DFP, que es la negativa de información sobre el paradero de la víctima, pues en este caso sus familiares en todo momento saben dónde está.

Del mismo modo, una Ejecución Extrajudicial no va precedida necesariamente de una DFP. La primera es la privación arbitraria de la vida en manos de agentes estatales o de particulares que actúan con la aquiescencia del Estado, es decir, no tiene como objetivo extraer a la víctima de su entorno familiar y social, y con ello dejarla fuera del amparo de la ley. Tampoco existe la negativa de informa-

8. UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José. «Libertad, seguridad personal y debido proceso». En COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Lima: CAJ, 1999, p. 50.

9. HUMAN RIGHTS WATCH. *Abuso y desamparo. Tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial en México*. <<http://www.hrw.org/spanish/reports/mexico 99>>.

ción sobre el destino de la víctima, toda vez que su paradero se conoce al encontrar el cadáver. Aquí es importante advertir que el concepto de DFP esbozado por la Convención no establece la muerte de la víctima como elemento configurativo o efecto. Sin embargo, en algunos casos, la DFP deviene una Ejecución Extrajudicial, con lo cual se trataría de un *concurso real* de delitos, en donde el juez tendrá que evaluar siguiendo los criterios de determinación de la pena, cuál es la sanción a imponer. Cabe señalar que la DFP como delito se tipificó en nuestro ordenamiento penal interno recién en 1991 y la Ejecución Extrajudicial aún no ha sido tipificada; en consecuencia, las conductas que constituían la práctica de la desaparición forzada eran denunciadas como Secuestro, Asesinato (si se encontraba el cuerpo) o Abuso de autoridad.

En el caso de la Detención Arbitraria, cabe mencionar que frente al vacío legal por la ausencia de la tipificación de la DFP como delito, los familiares de los presuntos desaparecidos denunciaban el hecho como Detención Arbitraria y Abuso de Autoridad por parte de las autoridades, en especial de las fuerzas del orden.

Por lo expuesto, se debe concluir que la DFP, la Detención Arbitraria y la Ejecución Extrajudicial son delitos independientes entre sí y que además tutelan bienes jurídicos propios.

1.2.3. La DFP en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI)

La creación de la Corte Penal Internacional (CPI), cuyo estatuto fue aprobado en Roma en 1998, constituye un gran avance en la historia del Derecho Internacional en general y del Derecho Penal Internacional en especial. Por ello, la CPI se configura como una corte penal permanente con jurisdicción mundial, encargada de procesar a individuos acusados de la comisión de los más graves crímenes contra la humanidad.

En este sentido, la creación de la CPI constituye un paso decisivo en la lucha por una jurisdicción penal universal respecto de ciertas

conductas particularmente peligrosas. La complementariedad y la permanencia, junto con la responsabilidad individual del agente, constituyen sus rasgos distintivos. Así, a diferencia de los Tribunales de Nuremberg, Tokio, ex Yugoslavia y Ruanda, que fueron tribunales ad hoc, creados con posterioridad a la ocurrencia de los crímenes que iban a juzgar, la CPI creada en Roma se ve investida de un carácter permanente. Además, por primera vez la comunidad internacional adopta un instrumento de protección de los derechos humanos que contiene mecanismos coercitivos concretos para investigar y sancionar directamente a quienes desconocen los valores esenciales de la humanidad.¹⁰

Respecto de la responsabilidad internacional, el Estatuto de la CPI plantea un tema importante y novedoso: la *responsabilidad individual* en materia de violación de los derechos humanos. Así, tanto los Estados como los particulares tienen obligaciones internacionales frente a sus ciudadanos y connacionales, respectivamente, como frente a la comunidad y a la sociedad mundiales.¹¹

El Estatuto de Roma contiene temas muy complejos cuyo análisis desbordaría los límites de este trabajo. En este acápite me centraré en el desarrollo de dos temas: la responsabilidad individual del agente y la competencia de la CPI sobre los crímenes de lesa humanidad.

a) Sobre la responsabilidad del agente

En el artículo 25, párrafos 1 y 2, del Estatuto de Roma se reconoce el principio de *responsabilidad penal individual*, por lo que la CPI tiene jurisdicción sobre personas naturales. Este alcance constituye un rasgo distintivo del Estatuto como instrumento concebido en el seno del Derecho Penal Internacional, dado que lo diferencia de

10. AMBOS, Kai y Oscar Julián GUERRERO. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1999, p. 18.

11. *Ibídem*.

otros documentos que –en la línea del derecho internacional de los derechos humanos– consagran solo la responsabilidad de los Estados. Así, a la CPI le incumbe el juzgamiento y castigo de individuos, no de Estados.¹² Sin embargo, el artículo 25, numeral 4, del Estatuto no impide atribuir la responsabilidad del Estado «conforme al Derecho Internacional». Con ello no se refiere a una responsabilidad penal internacional sino a las consecuencias que derivan de la aplicación del Derecho Internacional Público en general frente a las acciones u omisiones de los Estados involucrados en graves violaciones de los derechos humanos.¹³

Las normas que prevén la responsabilidad penal individual están constituidas por elementos objetivos o *actus reus* y elementos subjetivos de responsabilidad criminal o *mens rea*.¹⁴

En el artículo 25.3 del Estatuto de Roma se establecen las reglas de autoría y participación en el derecho penal internacional. Como formas de autoría se reconocen la autoría individual, la coautoría y la autoría mediata; y como formas de participación se prevén la instigación, complicidad y encubrimiento.

Respecto de la autoría mediata, que ha sido también acogida en el artículo 23 de nuestro Código Penal, se puede decir que la concepción utilizada en el artículo 25.3 del Estatuto es más amplia que de nuestro ordenamiento, pues no solamente incluye los supuestos en los que el ejecutor actúa atípicamente, de modo justificado o sin culpabilidad, sino, también, cuando es plenamente responsable.¹⁵

12. *Ibíd.*, p. 285.

13. CARO CORIA, Dino Carlos. «La Tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». En SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 144.

14. *Ibíd.*, p. 141.

15. *Ibíd.*, p. 145.

Sobre la calidad estatal del agente, el Estatuto de Roma consagra que el cargo oficial como jefe de Estado o de gobierno o cualquier otra forma resulta irrelevante a los efectos de la responsabilidad criminal. El artículo 28 establece que también serán responsables ante la CPI los jefes militares respecto de los crímenes que cometan las fuerzas bajo su mando, control efectivo o autoridad. Asimismo, también se considera responsables a los superiores respecto de los subordinados por los crímenes de competencia de la CPI que estos cometan. Así, en este artículo se reconoce la responsabilidad por omisión del jefe militar y del superior civil, de manera tal que se establece el llamado «principio de responsabilidad de mando», admitido ya en la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso del general Yamashita.¹⁶

En este sentido, la posibilidad de control configura la base legal y legítima sobre la que descansa la responsabilidad del superior, circunstancia que justifica su deber de intervención (deber de garante). De esta forma, la responsabilidad del superior se fundamenta en los hechos imputables por la violación de los casos de «deber de control de una fuente de peligro por conducta de tercero». Este supuesto ha sido abarcado por el artículo 13 del Código Penal peruano, que establece como fórmula general la omisión impropia o comisión por omisión.¹⁷

Hasta aquí, es suficiente la referencia al agente individual. Ahora pasaré a hacer algunas precisiones sobre la competencia de la CPI en crímenes de lesa humanidad.

b) Sobre la competencia de la CPI en crímenes de lesa humanidad

El artículo 5 del Estatuto de Roma determina los crímenes que serán competencia de la CPI. Su numeral 1 señala que su competencia se

16. *Ibíd.*, p. 150.

17. *Ibíd.*, p. 152.

limita a los «crímenes más graves» de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. En este contexto, se establece que ejerce competencia respecto de los siguientes crímenes: a) genocidio, b) crímenes de lesa humanidad, c) crímenes de guerra y d) el crimen de agresión.

Respecto de los crímenes de lesa humanidad, que son materia de este acápite, el artículo 7 del Estatuto establece que se entenderá por tales cualquiera de los actos detallados en el mismo cuando se cometa como parte de un ataque «generalizado o sistemático» contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. El numeral 1 de dicho artículo enuncia los actos incluidos dentro de la definición de «crímenes de lesa humanidad».¹⁸

Cabe señalar aquí que este listado no es taxativo, pues el literal k deja abierta la posibilidad a otras categorías de crímenes, al establecer lo siguiente: «otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física». El numeral 2 del mismo artículo consagra definiciones claves de aquellos actos considerados por el Estatuto «crímenes de lesa humanidad» bajo la competencia de la CPI.

18. El artículo 7 establece como crímenes de lesa humanidad los siguientes actos: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud, d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género (definido en el párrafo 3) u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho Internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición Forzada de personas; j) el crimen del Apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

En este punto, es importante precisar que el marco del artículo 7 numeral 1 limita la aplicación de crímenes de lesa humanidad de tres maneras:

- Un crimen contra la humanidad se reputa que está comprendido dentro de la competencia de la Corte cuando es cometido «como parte de un ataque generalizado o sistemático». En otras palabras, un caso de DFP, por ejemplo, no calificaría como crimen de lesa humanidad a menos que se cometa en el contexto de un ataque generalizado, esto es, que involucre a cierto número de personas o cuya comisión se extienda sobre una amplia área territorial. Por otra parte, un crimen contra la humanidad también puede cometerse si forma parte de un ataque sistemático, esto es, si involucra planificación y organización.¹⁹
- El acto no calificará como crimen contra la humanidad a menos que, además de cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático, se hubiese dirigido contra una población civil.
- Por último, los actos deben cometerse «con conocimiento del ataque». Esta exigencia puede dar lugar a cuestiones difíciles relativas a la carga de la prueba para el fiscal. En esta línea de ideas, «conocimiento del ataque» debe interpretarse como una orientación a la CPI para aplicar un test objetivo acerca de si el supuesto autor *sabía o debía haber sabido*, conforme al estándar de *una persona razonable*, si de hecho hubo un ataque.²⁰

Llegado a este punto, pasaré al análisis de la definición de DFP recogida en el Estatuto de la CPI y en comparación con la estipulada en la Convención Interamericana sobre el tema.

19. AMBOS, Kai y Oscar Julián GUERRERO. Ob. cit., p. 249.

20. *Ibíd.*, p. 251.

El Estatuto de Roma, en su artículo 5, le ha reconocido a la CPI la competencia para juzgar a los responsables de la Desaparición Forzada de Personas, a la cual le confirió la calidad de crimen de lesa humanidad siempre y cuando sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

El Estatuto de Roma esboza una definición de DFP, señalando en su artículo 7.2 literal i, que:

[...] se entenderá por la misma la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o asquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

En cuanto al agente, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, solo reconoce como agente perpetrador al Estado, esto en el supuesto de que únicamente el Estado es sujeto de derecho internacional. En este contexto, frente a la comisión de una DFP en el umbral de la Convención Interamericana, solamente debía establecer la responsabilidad internacional del Estado vía la Corte Interamericana, por medio de la denuncia presentada ante la Comisión Interamericana por el particular afectado o por alguna organización de derechos humanos; de ese modo, únicamente era el Estado el que podía acudir directamente a dicha Corte. En este sentido, existe jurisprudencia representativa de casos como los de Velásquez Rodríguez (Honduras), Garay Hermosilla (Chile), Castillo Páez (Perú) y la sentencia más reciente sobre el caso Barrios Altos (14 de marzo de 2001), en donde se establece la responsabilidad internacional del Estado peruano por violaciones a los derechos humanos.

Sobre este tema, si bien la Corte Interamericana establece en sus sentencias la responsabilidad internacional del Estado como sujeto

de derecho internacional en el sentido en que debe respetar y hacer respetar los derechos humanos, no penaliza directamente a los infractores, puesto que carece de los mecanismos coercitivos para hacerlo; por tal motivo, únicamente puede establecer el deber del Estado responsable de penalizar a los infractores.

En esta línea de argumentación, para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales no basta con la penalización en las legislaciones nacionales de las conductas que los afectan gravemente e incluso tampoco resulta suficiente la suscripción de los tratados. Así lo demuestran las graves violaciones de los derechos humanos verificadas el siglo pasado, a pesar de la existencia de compromisos internacionales de garantizarlos. Por tal razón, surge la preocupación de la comunidad internacional por contar con mecanismos eficaces de garantía.²¹ Así, la CPI posee los mecanismos coercitivos con el fin de garantizar la sanción penal al individuo infractor.

Siguiendo con el tema del agente perpetrador en la DFP, el Estatuto de la CPI comprende la definición dada por la Convención Interamericana, pero la amplía al considerar como agente a una organización política. Con ello consagra el principio de responsabilidad individual, al considerar a un no estatal como posible agente. Este es el principal punto de divergencia entre la definición recogida en el Estatuto de Roma y la acogida por la Convención Interamericana, ya que, según esta última, si el agente fuera una organización política, no constituiría DFP sino Secuestro.

Sobre la definición misma de DFP, puedo mencionar que la estipulada en la Convención abarca mayores supuestos al considerarla como la privación de libertad «cualquiera que fuere su forma», puesto que no se limita a los tres supuestos mencionados por el Estatuto de la CPI.

21. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *Corte Penal Internacional - Estatuto de Roma*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002, p. 32.

Por otro lado, el artículo 7 del Estatuto de Roma hace referencia a la intención del agente de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un período prolongado. Sobre este punto, la Convención sobre Desaparición Forzada menciona el impedimento del ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes, mas no hace referencia alguna al tiempo de detención.

Cabe mencionar que nuestro país, mediante resolución legislativa 27517, publicada el 16 de setiembre del 2001, aprobó el Estatuto de Roma, hecho que implica un gran avance en materia de reconocimiento y respeto de los derechos humanos. Asimismo, contando el Estatuto con más de 60 ratificaciones a la fecha, entró en vigencia a partir del 1 de julio del 2002 y la CPI empezó sus labores el 2003.

En este orden de ideas, siendo el Estatuto de Roma un documento vinculante para el Estado peruano, este debería adecuar su legislación a los preceptos contenidos en aquel. Así, el artículo 320 de nuestro Código Penal debe ser modificado en el sentido de considerar como sujeto activo del delito tanto a un agente estatal como a un agente no estatal, ya que, tal como se encuentra tipificada la DFP en la actualidad, solo considera como sujeto activo al funcionario o servidor público. Asimismo, siendo la DFP un crimen de lesa humanidad *solo cuando es una práctica sistemática o generalizada* –consideración en la cual existe un punto de coincidencia entre el Estatuto de Roma y el preámbulo de la Convención Interamericana–, sostengo que la ubicación de esa figura en nuestro Código Penal bajo el rubro Delitos contra la Humanidad no es adecuada.

En efecto, tal como se encuentra estipulada la DFP en dicho artículo (320), no hace referencia alguna a la sistematicidad o generalidad de la práctica; por tanto, sin esa atingencia, no puede considerarse de forma genérica que constituya un crimen de lesa humanidad, ya que dicha consideración sería errónea a la luz del Derecho Penal Internacional. Así, cuando es un acto aislado en virtud de la Convención Interamericana y del Estatuto de Roma, sería un crimen internacional convencional, *mas no un crimen de lesa humanidad*.

Por lo expuesto, la ubicación sistemática de la DFP en nuestro Código Penal bajo el título XIV –A, capítulo II, de Delitos contra la Humanidad²² no es jurídicamente correcta. De esta manera, nuestro ordenamiento legal debería recoger una definición del delito que abarque los dos supuestos de comisión, esto es, cuando es parte de un ataque sistemático y generalizado, y cuando constituye un acto aislado.

22. Título incorporado según el artículo 1 de la ley 26926 del 19 de febrero de 1998.

CAPÍTULO II

LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (DFP) EN EL PERÚ: ORÍGENES, CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN NORMATIVA EN LA LEGISLACIÓN PENAL

2.1. La DFP en Latinoamérica: semejanzas y diferencias con su práctica en el Perú

La DFP como práctica sistemática y generalizada surgió en Latinoamérica en la década del 60. En el lapso de dos décadas, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México. Amnistía Internacional, FEDEFAM (Federación de asociaciones de familiares de detenidos-desaparecidos) y otros organismos de derechos humanos afirman que, en poco más de veinte años (1966-1986), noventa mil personas fueron víctimas de esta aberrante práctica en diversos países de América Latina.¹

Es importante señalar que su práctica no fue método exclusivo de los gobiernos de facto. En ese sentido, en algunos países con gobiernos supuestamente democráticos, como México, Colombia y Perú se utilizó como método antiterrorista utilizado por las Fuerzas Armadas, los ronderos y los comités de autodefensa en su lucha contra grupos terroristas o guerrillas.

1. MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. «La Desaparición Forzada de personas en América Latina». *Ko'aga Roñe'eta*, serie VII, 1998. <<http://www.derechos.org/vii/molina.html>>.

Terminada esta breve reseña, pasaré a la explicación y análisis de la práctica en aquellos países latinoamericanos en los que fue más frecuente, con el fin de establecer las semejanzas y diferencias con su realización en nuestro país.

2.1.1. Experiencia de Guatemala

Al inicio de la década del 60, Guatemala se encontraba atravesando por una grave crisis política. En ese contexto, el enfrentamiento armado interno tuvo sus inicios en 1962 durante el gobierno del general Miguel Ydígoras Fuentes, presidente electo.

Cabe señalar que, a diferencia del Perú, el enfrentamiento armado tuvo lugar en un período de gobiernos militares, en un contexto en que se producía la alternancia de presidentes electos y golpes de Estado.

Como factores que determinaron dicho enfrentamiento se pueden mencionar: la injusticia estructural, el cierre de los espacios políticos, el racismo, la profundización de una institucionalidad excluyente y antidemocrática, y la renuencia a impulsar reformas sustantivas que hubieran podido reducir los conflictos estructurales.

El enfrentamiento armado en Guatemala trajo consigo una serie de violaciones a los derechos humanos, con especial gravedad en el período comprendido entre 1978 y 1984. En efecto, utilizando como fundamento la Doctrina de Seguridad Nacional, se cometieron crímenes como la desaparición forzada de dirigentes políticos, sociales, estudiantiles y campesinos pobres, y la aplicación sistemática de la tortura, las ejecuciones arbitrarias y las violaciones sexuales.

En ese orden de ideas, con el fin de investigar dichas violaciones a los derechos humanos vinculadas con el enfrentamiento armado, el 23 de junio de 1994, mediante Acuerdo de Oslo, fue establecida la «Comisión de Esclarecimiento Histórico» (CEH). Dicha Comisión concluyó que:

[...] en Guatemala la Desaparición Forzada constituyó una práctica sistemática que correspondió, en casi la totalidad de los casos, a operaciones de Inteligencia. Sus finalidades eran la desarticulación de los movimientos u organizaciones que el Estado identificaba proclives a la insurgencia y extender el terror en la población [...].²

A diferencia del Perú, la DFP tuvo en Guatemala dos particularidades: el racismo y la violencia contra las mujeres, hecho que se reflejó en el gran número de víctimas. En efecto, como señala la CEH, durante el enfrentamiento armado se identificó en la mayoría de casos a las comunidades mayas con los grupos insurgentes; dicha identificación fue intencionalmente exagerada como consecuencia de tradicionales prejuicios racistas. Así, entre 1981 y 1983, se realizaron masacres y operaciones de «tierra arrasada» contra centenares de comunidades mayas en el occidente y noroccidente de Guatemala.

En cuanto a la segunda característica, la CEH llegó a la conclusión de que una de cada cuatro víctimas directas de violaciones de derechos humanos fueron mujeres. Esta cifra constituye una diferencia importante con la práctica de la DFP en el Perú y en general con otras violaciones de derechos humanos, ya que, si bien hubo víctimas mujeres en nuestro país, la proporción es significativamente menor.

2.1.2. Experiencia de Chile y Argentina

La DFP en Chile y Argentina tuvo lugar en un contexto político social muy similar, de modo que trataré el caso de ambos países en un solo acápite. En efecto, a diferencia del Perú, en Chile y Argentina

2. COMISIÓN DE ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (GUATEMALA). *Guatemala. Memoria del Silencio. Conclusiones y Recomendaciones del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico*. Guatemala: s.e., s.a., p. 36.

fue producto de una estrategia de seguridad nacional empleada por las fuerzas del orden a consecuencia de un golpe de Estado.

En el caso de Chile, las desapariciones se iniciaron en 1973, después del golpe que derrocó al gobierno de la Unidad Popular. Durante el período que siguió al golpe militar, las detenciones fueron practicadas por miembros de las Fuerzas Armadas; la mayoría de desaparecidos durante esa época fueron campesinos de la zona central y funcionarios del anterior gobierno. En este período, las desapariciones no fueron producto de una estrategia claramente definida, sino, más bien, de una represión generalizada contra toda oposición real o imaginaria a la Junta gobernante.

Posteriormente, las detenciones/desapariciones estuvieron a cargo principalmente de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional), establecida en junio de 1974 mediante decreto ley 521. La DINA estaba encargada de reunir y procesar toda la información suficiente a nivel nacional con el fin de producir la inteligencia que se requería para la formulación de políticas, planes y programas, así como para la adopción de medidas necesarias de resguardo de la seguridad nacional. Con su creación, el método se aplicó cada vez más selectivamente y al final fue dirigido sobre todo contra militantes del Partido Comunista Chileno.³

Por otra parte, las desapariciones en Argentina tuvieron lugar entre 1976 y 1983. Al igual que en Chile, fueron producto de una estrategia militar a consecuencia de un golpe de Estado, concretamente a partir del que derrocó a María Isabel Perón en marzo de 1976 y determinó que el poder político fuera centralizado en su totalidad por los militares al mando del general Rafael Videla. En ese contexto, una vez adoptada la política de desapariciones para combatir la subversión, su planificación y ejecución estuvo a cargo de los canales de comando regulares de las Fuerzas Armadas.

3. MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. Ob. cit.

Las víctimas de la DFP eran aquellas personas consideradas como opositoras al gobierno militar. En ese sentido, la guerra contra la subversión estuvo orientada hacia el exterminio del enemigo. La red de seguridad estuvo afianzada con maniobras políticas destinadas a proteger a las unidades operativas de investigaciones indeseables. Tales maniobras consistían en desmentidos y explicaciones falsas de los miembros del gobierno en respuesta a los requerimientos de información sobre los desaparecidos, la censura o autocensura de la prensa, y la inacción de los tribunales ante las solicitudes de investigar los casos documentados de presos desaparecidos o de inspeccionar los lugares descritos como centros de detención.

Tomando en cuenta las características mencionadas, es posible indicar que la práctica de la DFP en Argentina, no obstante haberse desarrollado como estrategia de una dictadura militar, guarda similitudes con la práctica en nuestro país, que cobró su mayor cantidad de víctimas durante gobiernos civiles-democráticos. En efecto, diversos informes del Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada de las Naciones Unidas coinciden en señalar que:

[...] es importante el establecimiento de registros centrales de detención, a fin de esclarecer la suerte de los detenidos-desaparecidos y brindar información a los familiares, respecto a la protección jurídica contra las desapariciones, los mandamientos de habeas corpus en nombre de personas detenidas o desaparecidas tienen poco efecto, los resultados fueron en general negativos y los casos no se investigaron eficazmente.⁴

Asimismo, con el propósito de determinar la actitud del Gobierno peruano frente a la problemática de los desaparecidos, el referido Grupo, en su informe sobre la segunda visita a nuestro país, recoge diferentes opiniones de autoridades del Poder Ejecutivo y de las Fuerzas Armadas, quienes manifiestan que: «Con respecto a las

4. Informes de la Comisión de Derechos Humanos, años 1988, 1989 y 1990.

desapariciones denunciadas, el Ministro del Interior si bien reconoció que habían ocurrido excesos, expresó dudas sobre la veracidad de algunas alegaciones [...]».⁵

Por su parte, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, general Monzón Arrunátegui, declaró que:

[...] será una crasa deformación de los hechos no atribuir a Sendero Luminoso y otros movimientos terroristas la responsabilidad por la perpetración de graves violaciones de Derechos Humanos, incluidas las desapariciones denunciadas. Una explicación de por qué se atribuían las desapariciones a las Fuerzas Armadas podría ser la de que los terroristas muertos en los enfrentamientos con patrullas militares no llevaban con frecuencia documentos, por lo que no podrían ser identificados. Muchas acusaciones eran simplemente falsas o perseguían el propósito deliberado de inducir a error a las autoridades y a la opinión pública [...].⁶

Me parece que dichas opiniones, al igual que el caso argentino, responden a una maniobra política de falseamiento de la información y de ocultamiento del fenómeno en nuestro país frente a los organismos internacionales y la opinión pública internacional.

Cabe señalar que la DFP constituyó un fenómeno real en nuestro país y diversos organismos internacionales de protección de los derechos humanos se han pronunciado al respecto. Entre ellos tiene una especial relevancia la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 3 de noviembre de 1997, sobre la desaparición de Ernesto Castillo Páez. En ella, la Corte consideró demostrada la práctica de la desaparición forzada de personas sospechosas de pertenecer a organizaciones subversivas por las fuerzas de seguridad. Asimismo, tomando en cuenta las 7248 denuncias por DFP presentadas ante el Ministerio Público entre 1980 y 1996, que fue-

5. Informe sobre la segunda visita al Perú de los miembros del Grupo de Trabajo. E/CN.4/1987/15/Add.1, pp. 12-13.

6. *Ibidem*.

ron analizadas por la Defensoría del Pueblo, es posible afirmar que hasta la fecha continúan en estado de presunta desaparición 4022 personas. Dichas denuncias corroboran la existencia del fenómeno, ya que fueron interpuestas por los familiares de las víctimas que en muchos casos habían presenciado su detención por las fuerzas de seguridad o contaban con testigos que lo habían hecho.⁷

Por último, cabe señalar que el espacio en que se produjo la práctica distingue la experiencia peruana de la acontecida en Chile y Argentina, ya que, mientras estos últimos tuvieron como escenario de las desapariciones zonas fundamentalmente urbanas, nuestro país tuvo su mayor número de víctimas en las zonas rurales más pobres y este estuvo conformado, en su mayoría, por varones jóvenes, campesinos andinos y quechuahablantes. Ello demuestra la vulnerabilidad de las víctimas y es indicador de la selectividad de la práctica derivada del sector social económico de las mismas. En efecto, confirmando lo expresado, el departamento en el que desaparecieron más personas fue el de Ayacucho, con el 58% del total de víctimas.⁸

2.1.3. Experiencia en Honduras

La práctica de la DFP surgió en Honduras en 1981 y se extendió a los primeros años de la década del 90. Al igual que en Guatemala, fue una práctica sistemática que estuvo acompañada de otras violaciones a los derechos humanos (ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias y torturas), a la que dieron lugar los conflictos armados en sus tres países vecinos: Nicaragua, El Salvador y Guatemala.

En esas circunstancias, luego del derrocamiento del general Anastasio Somoza en julio de 1979, llegaron a Honduras efectivos del régimen militar argentino especializados en lucha antisubver-

7. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *La Desaparición Forzada de Personas en el Perú*. Resolución Defensorial. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002, pp. 10-11.

8. *Ibidem*, p. 14.

siva, quienes asesoraron a las Fuerzas Armadas hondureñas, y colaboraron en la organización del movimiento antisandinista, conformado por ex miembros de la Guardia Nacional Nicaragüense de Honduras.

La influencia de los operativos militares norteamericanos fue decisiva, ya que se encargaron de apoyar las acciones contrasubversivas de las Fuerzas Armadas hondureñas, así como de alentar las acciones de la «contra» nicaragüense.

En ese contexto, las víctimas de desapariciones en Honduras fueron aquellas personas a las que arbitrariamente se consideraba «peligrosas» para la seguridad del Estado. Así, podían ser estudiantes, dirigentes sindicales, campesinos o simpatizantes de algún partido de oposición o grupo político considerado izquierdista.

En Honduras había dos tipos de desapariciones: una más selectiva, dirigida al grupo de personas consideradas peligrosas, que era planificada y ejecutada por unidades especializadas, como el batallón 3-16; y otra que provenía de la acción cotidiana de grupos operativos militares o policiales, en la que las razones de la detención podían ser la simple sospecha.⁹

A diferencia de Guatemala y el Perú, en Honduras hubo desapariciones a cargo de grupos extranjeros, en especial, la *contra* nicaragüense. Dichos grupos practicaron desapariciones de ciudadanos que eran llevados desde territorio nicaragüense y luego desaparecidos en suelo hondureño, contando con el apoyo y aceptación de las autoridades de dicho país.

Por último, cabe mencionar que la Sentencia sobre la desaparición del ciudadano Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, ocurrida el 12 de setiembre de 1981, constituye un precedente en la DFP, ya que, por primera vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las desapariciones en Honduras se realizaban me-

9. *Los hechos hablan por sí mismos. Informe Preliminar sobre desaparecidos en Honduras, 1980-1993.* Tegucigalpa: Guaymuras, 1994, pp. 385-386.

diante una práctica sistemática desde 1981 a 1984, a la vez que estableció la responsabilidad del Estado hondureño.

2.2. Orígenes y características de la DFP en el Perú

2.2.1. Estado de emergencia en el marco de la Constitución de 1979

Empezaré el presente acápite con una referencia conceptual de los estados de excepción. Estos son el conjunto de actos y hechos que con aparente legalidad niegan el orden jurídico formal y violan el principio del Estado liberal de la separación de poderes.¹⁰

En ese sentido, la instauración de los estados de excepción implica la suspensión, en parte o todo el territorio nacional, de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales, especialmente la acción de hábeas corpus; no obstante, en razón de que el establecimiento de un estado de excepción tiene como finalidad preservar el estado de derecho, las acciones que se desarrollen en dicho contexto deben ser compatibles con una adecuada protección de los derechos fundamentales.

El estado de excepción se sustenta en cuatro principios fundamentales:¹¹

- *Principio de necesidad.*- Se requiere la existencia de un hecho real o inminente que afecte el orden político-jurídico, es decir, se trata de una situación objetiva de suma gravedad. Se requiere además que no haya otro medio para solucionar el problema.

10. GONZALES OJEDA, Magdiel Igdalias. *La excepcionalidad en la Constitución: los estados de excepción y los derechos humanos en la legislación peruana*. Lima: L.F. Lann, 1991, p. 19.

11. *Ibídem*, pp. 22-23.

- *Principio de temporalidad.*- Este principio es de suma importancia, ya que determina la duración de la medida. Así, la Convención Americana establece en su artículo 27 que «la suspensión de los derechos es válida [...] por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación».
- *Principio de proporcionalidad.*- Se refiere a la naturaleza de las medidas, que deben responder a la magnitud y características del fenómeno que se requiere hacer frente. Deben ser estrictamente limitadas a las exigencias de la situación y siempre dentro del marco ético-político.
- *Principio de razonabilidad.*- Hace referencia a que debe existir coherencia entre los fundamentos que llevaron a declarar el estado de excepción, los derechos suspendidos y las medidas que se adopten para superar las causas que motivaron la excepcionalidad.

Llegado a este punto, nos corresponde analizar el estado de emergencia, en el marco de la Constitución de 1979.

Análisis de los estados de emergencia desde la perspectiva constitucional

Constitución de 1979

De conformidad con la Constitución de 1979, en su artículo 231, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de decretar *motu proprio* dos tipos de estados de excepción, por plazos determinados en la propia carta política, pudiendo ser de alcance nacional o en parte del territorio y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente. Dichos estados de excepción son los siguientes:

- Estado de emergencia
- Estado de sitio

Para efectos de mi análisis solo me referiré al estado de emergencia, que, de conformidad con la Constitución de 1979, tiene las siguientes características:¹²

Causales.- Perturbación de la paz o el orden interno, catástrofe o graves circunstancias que afecten la vida de la Nación.

Plazo.- Máximo de 60 días, los cuales pueden prorrogarse mediante un nuevo decreto supremo del Poder Ejecutivo.

Efectos.- Pueden suspenderse solo las garantías constitucionales relativas a los siguientes derechos constitucionales: libertad y seguridad personales, inviolabilidad del domicilio, libertad de reunión y de tránsito en el territorio (artículo 2, incisos 7, 9, 10 y 20, literal g), de la Constitución). No se puede desterrar a nadie. Las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno si así lo dispone el Presidente de la República.

La instauración del estado de emergencia en nuestro país coincide con el inicio de las acciones subversivas. En efecto, frente a los continuos atentados terroristas que tuvieron sus inicios en 1980¹³ y la ineficacia de los métodos para combatirlos, el 12 de octubre de 1981 se expide el decreto supremo 026-81-JN, que declara por primera vez el estado de emergencia en varias provincias de Ayacucho, como Huanta, La Mar, Cangallo, Huamanga y Víctor Fajardo, por un período de 60 días, con lo que se suspenden las garantías constitucionales relativas a la libertad y seguridad individual, inviolabilidad de domicilio, libertad de reunión y tránsito; y se dispone que las Fuerzas Policiales asuman el control interno. En ese sentido, puedo afirmar que la declaración de los estados de emergencia en nuestro país, al menos en la década del 80, tuvo como fundamento la pertur-

12. LANDA, César. *Base de datos sobre estados de emergencia en el Perú: documento de trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, pp. 12-13.

13. El 18 de mayo de 1980, un grupo armado de Sendero Luminoso ingresó al local del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) de Chuschi, en Ayacucho.

bación de la paz y orden interno, causal establecida en la Constitución de 1979.

Por otro lado, las diversas declaratorias cumplieron con el plazo máximo de 60 días y sus respectivas prórrogas se produjeron mediante decreto supremo, tal como lo estipulaba la Constitución vigente. En este orden de ideas, considero que la instauración del estado de emergencia en nuestro país fue conforme a los principios constitucionales de necesidad y temporalidad, mas no ocurrió lo mismo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En efecto, la creación de los comandos políticos-militares, mediante ley 24150, del 6 de junio de 1985, otorgó a las Fuerzas Armadas el control del orden interno en las zonas de conflicto y representó la abdicación de la autoridad civil en favor de la autoridad militar, hecho que trajo consigo una serie de abusos y la aplicación de la violencia como única respuesta al accionar senderista. De ese modo, se inició la «guerra sucia» como único método de acción por parte de quienes se suponía que actuaban en nombre de la Constitución, del estado de derecho y del restablecimiento del orden público.¹⁴

Por otro lado, dentro de este contexto de «guerra sucia», devinieron ineficaces las acciones de garantía previstas en la Constitución, en especial el hábeas corpus, al declararse infundadas bajo el argumento de que la zona estaba «en emergencia»:

Sobre el particular el Fiscal de la Nación declaró que las personas residentes en la zona de emergencia no podían en absoluto utilizar la acción de habeas corpus dado que se habían suspendido las garantías constitucionales correspondientes [...] ¹⁵

14. GARCÍA SAYÁN, Diego. *Estados de Emergencia en la región Andina*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1987, p. 119.

15. Informe sobre la segunda visita al Perú de dos miembros del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (3 al 10 de octubre de 1986), párrafo 5.

En este sentido, cabe señalar que los jueces no tenían las facilidades ni los medios idóneos para realizar sus investigaciones, ya que los comunicados militares se constituyeron en la única fuente de información de lo que ocurría en la zona de conflicto.¹⁶

Siguiendo esta línea de argumentación, es posible afirmar que las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de emergencia no fueron proporcionales a la magnitud y características del fenómeno, puesto que no se limitaron a las exigencias de la situación ni estuvieron dentro del marco ético-político. Asimismo, tampoco hubo coherencia entre los fundamentos que llevaron a declarar el estado de emergencia y las medidas adoptadas para superar dicho estado. En efecto, las medidas adoptadas por las Fuerzas Armadas, como la «guerra sucia», lejos de lograr la disminución del accionar subversivo y la recuperación del orden interno, trajeron consigo una serie de violaciones a los derechos humanos.

En tal sentido, tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana prescriben que existe un conjunto de derechos humanos cuyo ejercicio no puede ser suspendido o restringido durante la vigencia de un estado de excepción. Sin embargo, la experiencia en muchos países latinoamericanos evidencia que, una vez decretado un estado de excepción, la extensión de las facultades de las autoridades, en correlación con la disminución de las garantías de los ciudadanos, trae consigo o facilita en gran medida abusos en contra de los derechos humanos de los ciudadanos.¹⁷ Así, las violaciones de derechos más frecuentes durante los estados de emergencia son aquellas que atentan contra el derecho a la vida, la libertad e integridad personal, así como las violaciones al debido proceso. A estas violaciones deben sumárseles las Ejecuciones Extrajudiciales, el fenómeno de la DFP y la práctica de la Tortura.

16. GARCÍA SAYÁN, Diego. Ob. cit., p. 118.

17. ZOVATTO, Daniel. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 61.

Al respecto, Eguiguren señala que:

La vigencia prolongada del estado de Emergencia en amplias y diversas zonas del país, ha favorecido conductas antidemocráticas, colocando a la población [...] en una constante tensión y amenaza para su vida, libertad e integridad personal[...].¹⁸

La Constitución de 1979 establecía en su artículo 231 las garantías constitucionales relativas a determinados derechos que podían suspenderse en un estado de emergencia. El hábeas corpus debería seguir vigente para aquellos derechos que no han sido materia de suspensión. Sin embargo, como ya he señalado, el único argumento para declararlo improcedente consistía en invocarse en una zona de emergencia, aun cuando estuvieran de por medio derechos no suspendidos. Incluso tratándose de derechos suspendidos, ante la mera sospecha de que pudiera estar ocurriendo alguna arbitrariedad, el juez debe dar trámite a la acción.

El Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada en su visita al Perú en octubre de 1986, se pronuncia sobre la eficacia del hábeas corpus en el siguiente sentido:

De conformidad con la Constitución, el presidente de la República puede dejar en suspenso determinadas garantías constitucionales durante un estado de emergencia respecto de algunos derechos como [...] el derecho a no ser detenido sin un mandamiento judicial. De este modo, aunque una persona puede ser detenida sin un mandamiento judicial, no están suspendidas otras garantías previstas en el artículo 2 de la Constitución en relación a la libertad y seguridad personales, como el derecho a ser informado de los motivos de la detención y a recibir asistencia jurídica, el derecho a no ser mante-

18. EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. «Los derechos y las garantías constitucionales: Balance de su desarrollo y vigencia en diez años de régimen constitucional». *Themis*, n.º 16, 1989, p. 20.

nido incomunicado y el derecho a no ser objeto de tortura y malos tratos [...].¹⁹

Por su parte, García Sayán opina que:

[...] Un Estado de Emergencia no supone ni debe suponer la imposibilidad de recurrir a una acción de garantía para proteger un derecho que ha sido materia de suspensión [...].²⁰

En efecto, si bien la instauración del estado de emergencia implica la suspensión de derechos fundamentales y garantías constitucionales, se trata de una situación temporal que responde al objetivo de preservar el estado de derecho. En ese sentido, las limitaciones de derechos responden a la «legítima defensa» del orden interno. Al respecto, García Sayán opina que:

Una interpretación literal y restrictiva del artículo 231 de la Constitución nos podría llevar a sostener que dentro de un Estado de Emergencia el ciudadano puede quedar desprotegido de un amparo jurisdiccional pronto y expeditivo como el que suponen las acciones de garantía[...] ello supondría situar al Estado de Excepción fuera del Estado Constitucional de Derecho y no como lo que es efectivamente una forma de funcionamiento excepcional de dicho Estado de derecho [...].²¹

Por tanto, si bien un estado de excepción podía «legalizar» una detención arbitraria, no facultaba a que se cometieran otras violaciones a los derechos humanos, tales como la DFP, la misma que se configuraba a partir de la negativa de información sobre la detención o sobre el paradero del detenido.

19. Informe sobre la segunda visita al Perú de dos miembros del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (3 al 10 de octubre de 1986), pp. 4-5.

20. GARCÍA SAYÁN, Diego. Ob. cit., p. 45.

21. GARCÍA SAYÁN, Diego. Ob. cit., p. 47.

Siendo así, tal como lo afirma el Grupo de Trabajo, las garantías no quedaban suspendidas respecto de los otros derechos vinculados a la libertad personal y que eran vulnerados con la práctica de DFP, como la incomunicación, la tortura y la falta de información sobre los motivos de la detención, entre otros. En ese sentido, sostengo que el hábeas corpus es procedente en los casos de DFP inclusive en estado de emergencia.

2.2.2. *Estrategia antisubversiva*

En este punto me interesa incidir sobre cuáles fueron las causas que llevaron al Gobierno a emplear determinada estrategia militar anti-subversiva y en que consistía la misma. Para ello, en primer lugar pasaré a explicar el porqué del surgimiento de Sendero Luminoso en Ayacucho, departamento que —como se recuerda— fue el que resultó más duramente azotado por el terrorismo durante más de una década.

Tomando como base el artículo de Granda Oré,²² puedo afirmar que Sendero encontró en Ayacucho un terreno apropiado para su proyecto político. Sus columnas apoyaron a la autoridad comunal, reforzándola, y consiguieron de ese modo imponer un orden disgregado por la diferenciación campesina. De esta manera, progresivamente comenzaron a manejar territorios más amplios y más bajos, y, en consecuencia, a asaltar puestos policiales de pequeña envergadura. Los sucesivos éxitos senderistas obligaron a los destacamentos de la Guardia Civil a replegarse cada vez más hacia ciudades más grandes, dejando en poder de los insurrectos amplios territorios geográficos y sus poblaciones. En esas circunstancias, en octubre de 1981 se declaró Ayacucho como zona de emergencia y se encargó a la Guardia Civil el control del área. Sendero tenía entonces como consigna «cercar las ciudades desde el campo».

22. GRANDA ORÉ, Juan. «Los tiempos del temor: Cronología Ayacuchana». *Quehacer*, n.º 60, 1989, p. 85.

Período 1980-1985

Después de esta breve reseña, es posible afirmar que la lucha anti-subversiva en este período consta de dos etapas; la primera denominada *etapa previa* y la segunda, *guerra sucia*.

a) Etapa previa

Esta etapa comprende el período anterior a la intervención de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) contra la subversión. En este período, a fines del Gobierno militar, cuando existía disenso entre políticos civiles y militares, los servicios de inteligencia detectaron las intenciones de Sendero Luminoso de iniciar la lucha armada. En esas circunstancias, el Gobierno de Fernando Belaúnde no recurrió a los militares para hacerle frente ni colaboró en la implementación del Sistema de Defensa Nacional, sino que, por el contrario, mermó al Servicio de Inteligencia. Es importante mencionar que tanto las autoridades como los medios de comunicación minimizaron las acciones senderistas, considerándolas incluso como delitos comunes.

b) Guerra sucia

Esta etapa se caracteriza por el hecho de que las FF.AA no tenían expertos en guerra antisubversiva. En esas condiciones, los mandos en las zonas de emergencia y la totalidad de oficiales eran cambiados todos los años y no se les permitía ganar experiencia. No se estableció un mando único antisubversivo, sino que cada zona de emergencia peleaba de manera independiente, sin intercambiar experiencias.

En esas circunstancias, no solo la subversión no pudo ser controlada por las Fuerzas Armadas, sino que creció. Para 1984 diversos departamentos de la sierra central, así como la capital estaban bajo el control militar. En setiembre de 1984 apareció otro grupo subversivo, denominado «Movimiento Revolucionario Túpac Amaru» (MRTA).

Así, el accionar militar en esa coyuntura se caracterizó por tener como estrategia la «guerra sucia». Este hecho trajo como consecuencia la violación de los derechos humanos; en particular, el surgimiento de casos de personas desaparecidas. Llegado este punto, se hace necesaria la pregunta: ¿por qué ocurrió esto?

Obando Arbulú responde en los siguientes términos:

1) Desconocimiento de otros métodos

2) Las leyes con las que se libraba la guerra antisubversiva no eran las más adecuadas.

3) La tropa utilizada en la sierra era costeña y, por tanto, culturalmente distinta, motivo por el cual despreciaba a la población aya-cuchana.

4) Por último, tuvo fundamental importancia la actitud del Gobierno, que –como mencioné en el capítulo anterior– negó públicamente las acusaciones de violación de derechos humanos.

Período 1985-1990

En esta etapa, la estrategia antisubversiva se denominó: «No guerra ni paz, sino todo lo contrario». Ante la destitución o enjuiciamiento de los militares por violación de derechos humanos, las Fuerzas Armadas respondieron corporativamente, defendiendo a su institución frente a lo que consideraban como un ataque civil. En esas circunstancias, señalo que en muchos casos se negaron a realizar operaciones que podían resultar políticamente delicadas y exigieron órdenes escritas para llevarlas a cabo.

El presidente Alan García había dicho a las FF.AA cómo no quería que se hiciera la lucha antisubversiva, pero no había dicho cómo quería que se hiciera; en esas condiciones –como ya lo he mencionado–, no había una estrategia general y uniforme, sino que dependía de la decisión de cada jefe político-militar.

Período 1990-1995

Durante este etapa, que coincide casi del todo con el Gobierno del presidente Alberto Fujimori, surge por primera vez una estrategia de lucha antisubversiva. Así, las Fuerzas Armadas tenían cinco frentes: Huamanga, Mantaro, Ucayali, Inca y Huallaga; y su estrategia constaba de cuatro fases:

- *Primera fase.*- De enero a agosto de 1990, el propósito era asegurar las elecciones.
- *Segunda fase.*- De agosto de 1990 al 31 de julio de 1992, tenía como objetivo recuperar áreas críticas.
- *Tercera fase.*- Desde el 1 de agosto de 1992 hasta 1994, consistía en operaciones de limpieza.
- *Cuarta fase.*- Durante el año 1995, se realizaron operaciones complementarias.

Las cuatro fases mencionadas configuraban la *guerra militar*; pero la estrategia antisubversiva estaba compuesta, además, por la llamada *guerra política*, que constaba de seis aspectos:

- 1) Ideológico: consistía en enfrentar ideas subversivas con ideas democráticas.
- 2) Inteligencia: implicaba tener conocimiento cabal del enemigo.
- 3) Estratagemas: eran operaciones de engaño a cargo de DIRCOTE.
- 4) Guerra psicológica: consistía en doblegar la voluntad del enemigo.
- 5) Guerra de organización: buscaba un máximo de eficiencia de la organización antisubversiva.
- 6) Guerra de masas: implicaba ganar a la población. Para lograr este objetivo era necesario un mejor comportamiento por parte de los soldados, lo que implicaba evitar la realización de

más violaciones de derechos humanos y, en consecuencia, determinar que no hubiera más desaparecidos.

En este punto es importante resaltar que el Ejército impulsó y mantuvo un gran control sobre las rondas; sin embargo, la explosión de rondas de todo tipo reveló la incapacidad del Estado Peruano para preservar el orden interno en un momento dado.

Es posible indicar que la estrategia militar estuvo bien diseñada, pero el problema que presentaba era de financiamiento: se necesitaba movilización económica, y esta era muy difícil en las circunstancias de crisis que atravesaba el país por entonces.

A continuación de esta breve reseña, se puede observar que, después de diez años de terror, se llegó a comprender que la lucha política debía tener un marco de estrategia indirecta que priorizara el empleo de fuerzas y organizaciones políticas y sociales diversas, con el fin de quitarle a Sendero Luminoso espacio físico y base social.

2.2.3. La posición del Gobierno frente al fenómeno de la DFP

Gobierno del presidente Belaúnde

El inicio de la insurrección armada coincide con el comienzo del segundo Gobierno de Fernando Belaúnde Terry. Así, el 28 de julio de 1980, en momentos en que el presidente de la República daba su mensaje al Congreso al asumir su mandato constitucional, Sendero Luminoso dinamita la primera torre de alta tensión en un paraje de Chonta, en el departamento de Huancavelica.

Posteriormente, frente a los continuos y cada vez más crecientes atentados terroristas, el 12 de octubre de 1981, mediante decreto supremo 026-81-IN, se declaró por primera vez el estado de emergencia en nuestro país. En ese contexto político-social, desde fines de 1982, con el ingreso de las Fuerzas Armadas en las zonas declaradas en estado de emergencia (Ayacucho y Apurímac) asumiendo el

control político y militar por acuerdo del Poder Ejecutivo, se inició la práctica represiva del secuestro y la detención-desaparición de personas.²³ Dicha práctica concitó el interés de la comunidad internacional, que se manifestó a través de diferentes organismos internacionales. Así, Amnistía Internacional había llegado al convencimiento de que:

[...] desde principios de enero de 1983, las desapariciones y ejecuciones extrajudiciales habían sido llevadas a cabo en Perú por fuerzas conjuntas de la policía y de las Fuerzas Armadas [...].²⁴

Pero a pesar de las evidencias de graves violaciones, persistió la renuencia a realizar investigaciones que esclarecieran el paradero de las víctimas, y el Gobierno mantuvo la posición oficial de negar la existencia de dichas prácticas. Esta posición fue expresada por diversos funcionarios públicos en el informe del Grupo de Trabajo que hiciera durante su primera visita al Perú en junio de 1985. En efecto, durante dicha visita el Gobierno de Belaúnde adjudicó la principal responsabilidad de las desapariciones a Sendero Luminoso.²⁵

En ese sentido, el ministro del Interior indicó a la misión que las probables causas de desaparición serían, a su entender:

[...] 1) la incorporación forzada o voluntaria a Sendero Luminoso, 2) la existencia de denuncias tendenciosas (nombres ficticios, documentos de identidad adulterados), 3) denuncias sobre personas secuestradas y asesinadas por Sendero Luminoso, 4) personas que de-

23. COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (Conadeh). *Informe sobre la Desaparición Forzada de Personas en el Perú durante el Gobierno del Doctor Alan García Pérez* (Agosto 1985 - enero 1987).

24. AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Perú: Tortura y Ejecuciones Extrajudiciales. Carta de Amnistía Internacional al Presidente Fernando Belaúnde Terry*. Agosto 1983. Londres: Amnistía Internacional, p. 3.

25. Informe sobre la visita al Perú de dos miembros del Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada (17 al 22 de junio de 1985). E/CN.4/1986/18/Add.1, párrafo 62.

bido a las amenazas de los subversivos optaron por desaparecer de su lugar de residencia, y 5) personas que murieron en enfrentamientos armados.²⁶

Por otro lado, las autoridades militares negaron la comisión de actos violatorios de derechos fundamentales, precisando que los detenidos eran puestos a disposición de la policía, y sostuvieron que, en muchas ocasiones, las denuncias perseguían el fin de encubrir la adhesión voluntaria a Sendero Luminoso y que luego de una investigación militar establecía que carecían de fundamento.²⁷

A pesar de que el Gobierno de Fernando Belaúnde no reconoció la práctica de la DFP, la investigación realizada por la Defensoría del Pueblo sobre la base de las denuncias presentadas por los familiares de las víctimas de DFP ante el Ministerio Público muestra que el primer momento de intensificación de la práctica fue entre 1983 y 1984, luego de que dicho presidente encargara en diciembre de 1982 a las Fuerzas Armadas la responsabilidad de mantener el orden público, primero en Ayacucho y luego en otros departamentos de la sierra central. Así, mientras que antes de dicha fecha solamente habían ocurrido 23 desapariciones, en los dos años siguientes tuvieron lugar 1206. De este modo, el análisis estadístico de las denuncias antes mencionadas nos indica que el 30,6% de las desapariciones a nivel nacional ocurrieron durante la administración del presidente Belaúnde.²⁸

Gobierno del presidente García

El presidente Alan García Pérez asumió el poder el 28 de julio de 1985, luego de un lustro de iniciada la lucha subversiva y cuando

26. *Ibidem*, párrafo 67.

27. *Ibidem*, párrafos 68 y 70.

28. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *La Desaparición Forzada de Personas en el Perú, del 80 al 96*. Resolución Defensorial. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002, p. 15.

seis provincias de los Andes habían sido declaradas como zonas de emergencia. Las Fuerzas Armadas basaron su estrategia contrasubversiva, al igual que en Guatemala, en la doctrina de Seguridad Nacional, que parte de la idea de que la lucha antisubversiva debe enfrentarse militarmente y a cualquier costo.²⁹

En esas circunstancias, pese a los crecientes y continuos atentados terroristas y a la vigencia del estado de emergencia en casi todo el territorio nacional, el Gobierno aprista adoptó algunas medidas institucionales en la lucha contra las violaciones de derechos humanos, en especial la DFP. Entre ellas, puede citarse el establecimiento de una Comisión de Paz, mediante resolución suprema 221-85-JUS, del 14 de setiembre de 1985. Esta tenía como objetivos la búsqueda de medios para persuadir a quienes recurrían a la violencia terrorista para que volvieran a la democracia; la creación del Consejo Nacional de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia, mediante decreto supremo 012-86-JUS, del 6 de setiembre de 1986; y la sanción y retiro de los oficiales militares responsables de las masacres de Accomarca y Pucayacu.

Sin embargo, pese a las medidas adoptadas, la DFP continuaba siendo una práctica recurrente en la lucha antisubversiva. Así, en octubre de 1986 tuvo lugar la segunda visita a nuestro país de dos miembros del Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada. Durante dicha visita, el Ministro de Justicia reconoció que había problemas en cuanto al registro de los internados en centros de detención, pero negó que la existencia de centros de reclusión fuera de competencia del Ministerio de Justicia. Asimismo, expresó dudas en relación con algunas denuncias sobre DFP.³⁰

Por su parte y al igual que en el gobierno anterior, las autoridades militares sindicaron a Sendero Luminoso como principal responsa-

29. APRODEH. *Informe sobre Derechos Humanos*. Lima: Aprodeh, 1987, p. 1.

30. Informe sobre la visita al Perú de dos miembros del Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada (3 al 10 de octubre de 1986). E/CN.4/1987/15/Add.1/párrafo 33.

ble de las desapariciones y calificaron muchas denuncias como falsas, agregando que tenían por finalidad inducir a error a las autoridades y a la opinión pública.³¹

De lo expuesto, puedo señalar que la posición del Gobierno de García, a diferencia del régimen anterior, fue de reconocimiento parcial de la práctica de la DFP. Si bien los militares negaron su responsabilidad como agentes principales de dicha práctica, el Gobierno adoptó medidas concretas con el fin de terminar con las desapariciones y demás violaciones de derechos humanos. De ello da cuenta el Grupo de Trabajo en sus observaciones finales:

El actual gobierno ha adoptado una actitud mucho más cooperativa, hacia el Grupo, respondiendo rápidamente a los casos que le han sido transmitidos y realizando esfuerzos inmediatos por esclarecerlos.³²

Cabe señalar que, de acuerdo con el análisis estadístico de las denuncias sobre DFP presentadas ante el Ministerio Público, en el Gobierno del presidente García tuvieron lugar el 41,8% de desapariciones a nivel nacional.³³

Gobierno del presidente Fujimori

La práctica de la DFP continuó siendo una constante durante los primeros seis años de gobierno del presidente Fujimori (1990-1996). Sin embargo, se insistió en la necesidad de encuadrar el análisis del accionar subversivo a efectos de realizar un examen más equilibrado de la situación de los derechos humanos en el Perú.³⁴ Por otro lado, se dio a conocer algunas medidas legislativas como el acceso de los fiscales a las instalaciones militares y la implementación de cursos

31. *Ibíd.*, párrafo 35.

32. *Ibíd.*, párrafo 45.

33. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *Ob. cit.*, p. 15.

34. E/CN.4/1991/20, párrafo 317.

sobre derechos humanos en los planes de estudios de la Policía Nacional, entre otras de carácter social y político, orientadas a la búsqueda de la paz en el país.³⁵

En cuanto a la posición del Gobierno del presidente Fujimori en relación con la DFP, puedo afirmar que si bien se admitieron algunas detenciones ilegales, al igual que en los gobiernos anteriores se insistió en la posibilidad de que muchas de las desapariciones atribuibles a Sendero Luminoso hubieran sido equivocadamente imputadas a las Fuerzas Armadas, en razón de la vaguedad de las denuncias y las modalidades empleadas por los agentes. Asimismo, se calificó de falsas y maliciosas las denuncias formuladas por las organizaciones de derechos humanos; no obstante, se indicó que cuando agentes de las Fuerzas Armadas cometían actos reñidos con los derechos humanos, los comandos conjuntos iniciaban una investigación administrativa que podía conllevar la imposición de sanciones disciplinarias o la asunción de la investigación por parte del Ministerio Público.³⁶

Un hecho importante durante este Gobierno que no se puede dejar de mencionar consiste en la promulgación de las «leyes de amnistía» signadas con los números 26479 y 26492, que consagraron la impunidad de las violaciones de derechos humanos. En efecto, la ley 26479 fue promulgada el 16 de junio de 1995 y en su primer artículo «concede amnistía a los militares, policías y civiles que se encuentren denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados [...] por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo desde mayo de 1980 [...]».

En este contexto, debido a que algunos magistrados se negaron a aplicar la mencionada «ley de amnistía» en casos de violaciones a derechos humanos cuya investigación tenían a cargo, el 2 de julio de

35. E/CN.4/1993/25, párrafos 404, 405 y 409.

36. E/CN.4/1994/26, párrafo 383.

1995, el Gobierno promulgó la ley 26492, en la que disponía que «la amnistía no es revisable en sede judicial y que es de obligatorio cumplimiento por parte de los magistrados».

Ambas leyes concitaron el interés nacional e internacional, y dieron lugar a amplios debates sobre el tema. Entre las opiniones más importantes quisiera destacar la de Enrique Gherzi, quien señaló que:

[...] la ley de Amnistía destruye la estabilidad jurídica del país, si se aplica de una forma absolutamente asimétrica se destruye la igualdad ante la ley porque supone una aplicación del perdón políticamente dirigida hacia un lado de la historia [...]³⁷

Por su parte, Javier Diez Canseco señala que:

La Ley de impunidad violenta el primero de los derechos que la Constitución reconoce: el derecho a la vida y hace abandono del deber del Estado a protegerla, en la medida en que otorga impunidad y deja libres a responsables y autores de crímenes atroces, que diversos pactos o convenciones internacionales consideran delitos de lesa humanidad e imprescriptibles [...].³⁸

En este orden de ideas, atendiendo a las características de la amnistía, cuales son: causa de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena, acto legislativo, naturaleza objetiva, alcance general, olvido total de los delitos políticos y eliminación de su punibilidad, considero que las leyes 26479 y 26492 no constituyen en sentido estricto la institución de la amnistía.

En efecto, la naturaleza objetiva y el alcance general de la amnistía se refieren al delito cometido, el que debe ser un delito político.

37. GHERSI SILVA, Enrique. «La Ley de Amnistía destruye la estabilidad jurídica del país». En APRODEH. *Foro Ético Jurídico sobre la Impunidad*. Lima: Aprodeh, 1996, p. 14-15.

38. DIEZ CANSECO, Javier. «Ley que consolida un régimen basado en la arbitrariedad y el temor». En APRODEH. *Foro Ético Jurídico...*, p. 20.

Además, no se otorga en función de los individuos y debe ser concedida por el Poder Legislativo a aquellos ciudadanos que cometieron delitos en contra del Estado, es decir, a quienes en algún momento fueron opositores al régimen de gobierno.

Sin embargo, en el caso peruano, las leyes en cuestión fueron promulgadas con el fin de favorecer a la clase militar, que había actuado en la lucha contra el terrorismo en nombre del Estado. Con ello se desvirtuaba la naturaleza objetiva de la amnistía, ya que fue otorgada no en función del delito sino de los individuos. Asimismo, el Estado peruano se «autoamnistiaba», puesto que los beneficiados no eran opositores al gobierno sino agentes estatales que habían cometido una serie de abusos y graves violaciones a los derechos humanos en la lucha antisubversiva.

Por tanto, reitero que las referidas leyes no constituyen en sentido estricto leyes de amnistía.

Por otro lado, Ronald Gamarra, respecto de la aplicación de la amnistía, señala que:

[...] su regulación y aplicación no puede vulnerar normas constitucionales o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] no pueden acogerse a ella los autores de delitos graves y de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos fundamentales [...].³⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Sentencia del 14 de marzo del 2001 sobre el caso Barrios Altos, se pronunció acerca de la incompatibilidad de las citadas «leyes de amnistía» con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual el Perú es parte, estableciendo en el punto 44 de dicha sentencia que:

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención, las mencionadas leyes carecen de

39. GAMARRA HERRERA, Ronald. *La nueva manifestación del Derecho de Gracia*. Lima: IDL, 1997, p. 10.

efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables [...].

Hasta aquí es suficiente la referencia al tema de la amnistía, ya que un análisis mayor escapa de los límites de este trabajo. Por tanto, sobre la base de lo expuesto, es posible afirmar que el Gobierno de Alberto Fujimori, además de no reconocer plenamente su responsabilidad en las desapariciones, consagró, mediante las denominadas «leyes de amnistía», la total impunidad para sus autores.

Por último, durante los primeros seis años del gobierno del presidente Fujimori, el porcentaje de casos de DFP que se registró fue de 27,6%.⁴⁰

2.3. Tipificación de la DFP en el Código Penal peruano: evolución normativa

Como se ha mencionado en el acápite anterior, la DFP fue una práctica constante en nuestro país desde 1980 a 1996, utilizada como estrategia antisubversiva durante tres gobiernos consecutivos. Sin embargo, las denuncias presentadas por los familiares de las víctimas, así como los informes del Grupo de Trabajo elaborados durante sus dos visitas al Perú frente a la posición oficial adoptada por el Estado, constituyeron el marco en que se planteó un debate más amplio entre los políticos y legisladores nacionales sobre la existencia o inexistencia de dicha práctica en nuestro país. En ese contexto, se presentaron proyectos legislativos tendientes a prevenirla y sancionarla como delito.

A continuación, me corresponde hacer una breve referencia a los principales proyectos legislativos sobre DFP presentados por diversos legisladores nacionales.

40. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). Ob. cit., p. 15.

El primer proyecto fue presentado por el entonces diputado Javier Valle Riestra en abril de 1984.⁴¹ No contenía una definición del delito, limitándose a enumerar las acciones que implicaban la detención o aprehensión que posteriormente conllevaba la negación del paradero de la víctima por parte de quienes desempeñaban funciones públicas o de autoridad. Es importante señalar que la víctima era considerada como opositor o disidente político.

Se establecía además una causal de eximente de responsabilidad si la persona reaparecía viva o indemne dentro del plazo máximo de 15 días contados desde su desaparición o si los agentes proporcionaban información decisiva sobre su paradero. El artículo 5 prescribía la imposibilidad de invocar la obediencia debida como causal 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 calificación implicaba, entre ellas su carácter imprescriptible (artículo 8) y el procesamiento de los responsables en la jurisdicción común.

Otro proyecto que considero importante mencionar es el que fue presentado por el diputado Javier Diez Canseco en diciembre de 1984.⁴² A diferencia del proyecto anterior, este penalizaba con sanciones distintas la simple detención arbitraria (artículo 2, primer párrafo) y la negativa de información (segundo párrafo). Por otro lado, proponía ciertas normas procesales que establecían el procesamiento de los responsables en el fuero común (artículo 14), el carácter sumario del proceso (artículo 12) y, al igual que el anterior, la imposibilidad de ser indultado.

Cabe mencionar que en 1988, frente al gran número de denuncias presentadas ante el Ministerio Público, varios diputados hicieron suyo un proyecto presentado el 15 de agosto de 1988,⁴³ en el que

41. Proyecto n.º 1412, del 1 de abril de 1984.

42. Proyecto n.º 1771, del 14 de diciembre de 1984.

43. Proyecto n.º 1870, del 15 de agosto de 1988.

se penalizaba la conducta de cualquier miembro de las Fuerzas Armadas que negara información sobre el paradero de una persona detenida (artículo 5).

Llegado a este punto, atendiendo a los diferentes proyectos mencionados y en el marco del proceso de reforma y discusión de un nuevo Código Penal a inicios de la década del 90, se tipificó por primera vez el delito de Desaparición Forzada en nuestro país. En efecto, el Código Penal de 1991, en su Capítulo II—previsto para los delitos de Terrorismo y dentro del título dedicado a los delitos contra la Tranquilidad Pública— tipificó el delito en el artículo 323, el cual estableció pena privativa de libertad de 15 años para el funcionario o servidor público que privara a una persona de su libertad y que ordenara y ejecutara acciones que tuvieran por resultado su desaparición. Sin embargo, se omitió hacer referencia a uno de los elementos configurativos de la DFP, cual es la negativa de información por parte de las autoridades responsables.

La tipificación de la figura en el capítulo referido al terrorismo implicaba reconocer que la DFP era una práctica de terror llevada a cabo por cuerpos organizados para el control interno, más aun teniendo en cuenta que el autor debía actuar «al amparo de su carácter oficial».44

Sin embargo, dada la coyuntura política y luego del quiebre institucional del 5 de abril de 1992, el Gobierno promulgó el decreto ley 25475, que derogó en forma expresa los artículos del Código Penal que tipificaban el delito de Terrorismo, entre ellos la DFP.

Posteriormente, el 2 de julio de 1992 se dictó el decreto ley 25592, que volvió a penalizar la DFP, describiendo la conducta en los mismos términos que el artículo 323 del Código Penal, pero con la salvedad de que solo se configuraría si la desaparición fuera «debidamente comprobada». Esta condición no tiene precedente en la le-

44. AZABACHE CARACCILO, César. «Delitos contra los Derechos Humanos». *Series Penales*. Lima: IDL, 1991, p. 40.

gislación internacional; por ello, la trataré más ampliamente en el capítulo IV, en el que se analizaré el tipo de injusto de la DFP.

Para terminar, cabe mencionar que a raíz de la necesidad de tipificar el delito de Tortura, el legislador nacional decidió –mediante la ley 26926, publicada el 21 de febrero de 1998– agrupar en un solo título autónomo, denominado «Delitos contra la Humanidad» diversas figuras delictivas, tales como el Genocidio, la Tortura y la DFP. Sin embargo, pese al reconocimiento de esta última como delito contra los derechos humanos, la nueva disposición no constituyó una reformulación del tipo penal previsto en el artículo 1 del decreto ley 25592, con lo que permaneció la cuestionada condición «debidamente comprobada» en el ahora vigente artículo 320 del Código Penal. De esta manera, las disposiciones mencionadas no han permitido sancionar a los responsables de la práctica de la DFP, ya que sus características hacen imposible su comprobación.⁴⁵

45. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). Ob. cit., p. 10.

SEGUNDA PARTE

ANÁLISIS DOGMÁTICO-PENAL DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (DFP)

CAPÍTULO III

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (DFP)

3.1. Perspectiva actual sobre la teoría del bien jurídico en el moderno derecho penal

El concepto de bien jurídico penal es un tema que ha merecido discusión en la doctrina. Existen serios cuestionamientos a la función protectora de bienes jurídicos del Derecho Penal por parte de la escuela del funcionalismo sistémico de Jakobs, quien sostiene que el verdadero objeto de tutela es la vigencia de la norma penal.¹ No es mi intención ocuparme de las consideraciones doctrinarias sobre el concepto de bien jurídico penal y menos aun postular una nueva tesis sobre esta materia, debido a que una labor de tal tipo escapa de los límites de esta investigación. Sin embargo, solo a manera de información, mencionaré cuáles son las críticas que se plantean a la teoría del bien jurídico en el moderno Derecho Penal, así como las diversas posturas sobre este concepto, con el fin de tomar posición y determinar cuál es el bien jurídico protegido en la DFP.

1. CARO CORIA, Dino Carlos. «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs». *Themis*, n.º 35, 1997, pp. 137-168.

Un sector de la doctrina considera que el Derecho Penal encuentra su objeto de protección en los bienes jurídicos.² Así, la lesión del bien jurídico solo autoriza la reacción penal cuando dicha lesión tenga relevancia social.³ Sin embargo, frente a esa postura se encuentra otro sector doctrinario, encabezado por Jakobs, quien niega que la misión del Derecho Penal consista en proteger bienes jurídicos y entiende que, por el contrario, el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma penal.⁴ Sobre el particular, es importante considerar al bien jurídico penal como instrumento limitador del *ius puniendi*.⁵ En esa línea de pensamiento, Serrano-Piedecasas señala que el bien jurídico actúa como límite efectivo del *ius puniendi* estatal, en la medida en que la legitimidad de su ejercicio reside en la exclusiva protección de las relaciones sociales concretas en una realidad democrática.⁶ De ese modo, el bien jurídico implica que, dentro de un determinado estado social y democrático de derecho, las relaciones han de darse de determinada forma, por lo que, cuando ello no sucede, se produce una «desvaloración» en las relaciones sociales.⁷ Así, «el bien jurídico es el factor que permite especificar cuáles de las relaciones sociales van a adquirir la categoría de jurídicas».⁸

2. SERRANO-PIEDECASAS FERNANDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*. Presentación y anotaciones de Derecho Penal peruano por el profesor doctor Dino Caro Coria. Lima: Gráfica Horizonte, 1999, p. 100.

3. *Ibidem*, p. 102.

4. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 44 y ss. Citado en CARO CORIA, Dino Carlos. *Ob. cit.*

5. CARO CORIA, Dino Carlos. *Ob. cit.*, p. 138.

6. SERRANO-PIEDECASAS FERNANDEZ, José Ramón. *Ob. cit.*, p. 104.

7. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal: parte especial*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 157.

8. NAKAZAKI SERVICÓN, César. «Bases de una teoría general sobre el bien jurídico». *Advocatus*, n.º 1, 1990, p. 35.

Llegado a este punto, corresponde plantearme la siguiente interrogante: ¿qué se entiende por bien jurídico penal? Diversas posturas han tratado de dar respuesta a dicha inquietud, pero la doctrina aún no ha llegado a un acuerdo.

Entre las primeras posturas, puedo citar la encabezada por Von Litz, quien consideraba el bien jurídico «como interés o valor jurídicamente relevante distinto del concreto objeto empírico en que descansa».⁹ En ese sentido, Jescheck señala que:

Bien Jurídico ha de entenderse como valor ideal del orden social jurídicamente protegido, en cuyo mantenimiento tiene interés la comunidad y que puede atribuirse como a su titular, tanto al particular como a la colectividad.¹⁰

Por su parte, Cobo del Rosal opina que:

[...] el concepto de Bien Jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor, que expresa de modo más adecuado las exigencias éticas que se hallan en la base de todo ordenamiento jurídico que merezca ese nombre. Por lo tanto, podemos definir el Bien Jurídico como todo valor de la vida humana protegido por el derecho.¹¹

La segunda postura es la enarbolada por Binding, quien considera el bien jurídico como estado valorado por el legislador, es decir, todo lo que a su entender resulta de valor a la comunidad jurídica.¹²

9. En relación con Von Litz, véase MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, parte general: fundamentos y teoría del delito*. 3.ª edición. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1990, p. 139.

10. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Volumen II. Barcelona: Bosch, 1981, p. 353.

11. COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN. *Derecho Penal: Parte General*. 3.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 249.

12. Véase JESCHECK, Hans-Heinrich. *Ob. cit.*, p. 350.

Así, Binding contempla el bien jurídico desde el prisma del objeto concreto material o inmaterial que le sirve de base.¹³

En ese orden de ideas, Mir Puig considera que:

La primera posición (interés o valor) reclama, a favor de la consideración del Bien Jurídico como interés o como valor, la necesidad de distinguir entre dicho concepto de Bien Jurídico y el de la realidad que constituye su sustento. Pero la «espiritualización» que ello supone conduce a la larga a la «evaporización» del concepto de Bien Jurídico, al privarse de la referencia a los concretos objetos existenciales que el derecho penal desea proteger.¹⁴

En efecto, es importante distinguir entre el bien jurídico protegido y el objeto sobre el que recae la acción delictuosa; por ejemplo, en el tipo penal del delito de robo, el *bien jurídico* es el patrimonio, y el *objeto*, la cosa mueble ajena.¹⁵ Cabe señalar que, en algunos casos, el bien jurídico y el objeto de la acción se confunden, por ejemplo, en el homicidio.¹⁶ En este sentido, sintetizando las posturas mencionadas, se puede afirmar que el concepto de bien jurídico es, pues, expresión de una relación dialéctica de realidad y valor.¹⁷ Por tanto, existe una vinculación entre el bien jurídico como valor y el objeto material sobre el que recae el ilícito penal. En esta línea ideológica, Roxin señala que «el Bien Jurídico es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque y es lesionable solo dañando los respectivos objetos individuales de acción».¹⁸

13. Véase MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., l. cit.

14. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 139.

15. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 2.ª edición. Lima: EDDILI, 1987, p. 355.

16. *Ibíd.*

17. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., l. cit.

18. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo V. 2.ª edición. Madrid: Civitas, 1997, p. 63.

En cuanto a las funciones del bien jurídico, la doctrina penal es unánime en considerar dos funciones principales: *de lege ferenda* y *de lege lata*.

El sentido político-criminal (*de lege ferenda*) se relaciona con lo único que merece ser protegido por el Derecho Penal. Por su parte, el sentido dogmático (*de lege lata*) alude al objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate. Este último sentido interesa con el fin de considerar el bien jurídico como «objeto de la tutela jurídica».¹⁹

Son tres las corrientes que confluyen a tratar de dar respuesta al concepto de Bien Jurídico. Existe una posición, denominada «tradicional», por la que se entiende al objeto jurídico como condición indispensable para la vida en comunidad.

Otra posición, de raíz *sociológica*, conceptúa el objeto de tutela legal como una posibilidad de participación en los sistemas sociales;²⁰ en este sentido, algunos autores consideran la necesidad de entender el bien jurídico en su dimensión social como las «condiciones necesarias para la conservación del orden social», de modo que los hechos lesivos de bienes jurídicos se caractericen por su «dañosidad social».²¹

Por último, la tercera posición, calificada como «democrática», señala que el bien jurídico es la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto. En su conservación se interesa el Estado a través de su captación legal.²²

Por otro lado, es importante mencionar la relación que existe entre el bien jurídico y el tipo de injusto. Diversos autores han coincidido en señalar que el tipo de injusto implica una lesión o puesta en

19. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 137.

20. NAKAZAKI SERVIGÓN, César. Ob. cit., l. cit.

21. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana*. Barcelona: PPU, 1993, p. 51. Citado en CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 143.

22. NAKAZAKI SERVIGÓN, César. Ob. cit., l. cit.

peligro de bienes jurídicos, que se encuentran al centro de todo tipo legal.²³

Sin embargo, el Derecho Penal como realidad valorativa (*deber ser*) está determinado por las necesidades de funcionamiento del sistema (*ser*).²⁴ En otras palabras, la conservación del sistema social por parte del Estado es fundamental para determinar aquellas conductas que serán consideradas como punibles por el sistema penal. Desde esta óptica, la norma penal puede tener un fin (proteger bienes jurídicos), pero cumple una función que no coincide con el fin; por ende, lo tutelable es esa función, y el delito es la lesión a esa función. Así, reaparece la idea de *dañosidad social* del viejo organicismo cuando se realiza una acción descrita en un tipo penal.²⁵

Esta premisa es el sustento de la crítica de Jakobs al sistema penal como protector de bienes jurídicos. Este autor, en la medida en que entiende el bien jurídico como la vigencia de la norma, asevera que el contenido del desvalor no funciona en relación con la lesión o puesta en peligro del bien valorado positivamente (desvalor de resultado), sino por la mera contravención del individuo del deber jurídico, por su indiferencia frente al valor funcional de la norma penal como condición de mantenimiento del sistema (desvalor de acción).²⁶

Sin embargo, la anterior postura muestra algunas deficiencias que son recogidas por Caro Coria, quien señala que Jakobs considera como cierto que la norma penal expresa la dañosidad social (*ser*) por el solo hecho de ser norma (*debe ser*). De esta suerte, se in-

23. En este sentido, opinan SÁINZ CANTERO, José. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Volumen I. 2.^ª edición. Barcelona: Bosch, 1982-1985, p. 41; HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 355; COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN. Ob. cit., p. 250; y BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 155.

24. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 149.

25. *Ibíd.*

26. *Ibíd.*

curre en un raciocinio circular de orden tautológico, donde el *deber ser* se convierte milagrosamente en *ser*, porque así debe ser.²⁷

Llegado a este punto, es el momento de plantear lo que entiendo por bien jurídico penal. Así, sustentaré mi posición adoptando el método funcionalista moderado liderado por Claus Roxin y tomando como base la postura de Caro Coria, que entiende el bien jurídico penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena.²⁸ Desde esta perspectiva, estoy de acuerdo en considerar que el reconocimiento de la dañosidad social y la afectación individual como criterios delimitadores del bien jurídico penal son insuficientes²⁹ pues, cuando a un determinado comportamiento le es imputable un resultado socialmente dañoso que no obstante, no logra afectar directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, quedará sin lugar la intervención penal, a la vez que se habilita el uso del Derecho Administrativo.³⁰

Por su parte, respecto de la afectación individual, la ambigüedad del castigo de la afectación individual indirecta, que justifica la actuación penal en el campo de los intereses colectivos o difusos, puede dar paso al castigo de comportamientos que, solo remotamente, puede crear un peligro significativo para el bien jurídico, con lo que se desestima el principio de ofensividad.³¹

El concepto de *merecimiento de pena* permite delimitar cuáles son los bienes que requieren una valoración penal positiva. En ese sentido, para que un bien jurídico revista la calidad de merecedor de pena, debe aglutinar simultáneamente la referencia al individuo, la

27. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p.151.

28. Ibídem, p. 163.

29. Ibídem, l. cit.

30. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 276. Citado en CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 163.

31. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 164.

dañosidad social de las agresiones y su plasmación constitucional.³² En este marco, habrá necesidad de pena solamente cuando los medios extrapenales sean incapaces de otorgar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea eficaz para producir en la generalidad la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro.³³ En otras palabras, *la necesidad de pena* está vinculada con la utilidad y función preventiva de la pena.

En conclusión, entiendo el bien jurídico penal como *realidad que merece y necesita protección penal*. Los conceptos de merecimiento y necesidad de pena guardan relación con la conservación del sistema social por parte del Estado ya que, en virtud de este criterio, se determinan aquellas conductas que serán consideradas como punibles por el sistema penal. En este punto, son pertinentes los criterios de referencia al individuo, dañosidad social y plasmación constitucional de las agresiones. En efecto, adoptando el método funcionalista moderado, es sustancial concebir el bien jurídico como límite al *ius puniendi* estatal, en tanto que la punibilidad queda necesariamente vinculada con los supuestos de lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley.

Considerar el bien jurídico únicamente como «valor o interés jurídicamente protegido, en tanto es relevante para la sociedad» constituye un concepto demasiado amplio y abstracto, pues abarcaría conductas que, siendo consideradas relevantes y dañosas para la sociedad son sancionables, sin embargo, por el Derecho Administrativo u otras vías extrapenales.

En esta línea de argumentación, es posible concebir el sistema penal como protector de bienes jurídicos, siempre y cuando estos cumplan con criterios de merecimiento y necesidad de pena.

32. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. cit., p. 276, citado en CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 165.

33. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 168.

3.2. Diferentes posturas acerca del bien jurídico protegido en la DFP

En este acápite, analizaré las diferentes posturas sobre el bien jurídico protegido en la DFP con el fin de estudiar las diversas hipótesis planteadas en sus aciertos y deficiencias y, luego, plantearé una postura propia.

3.2.1. *Bien jurídico Vida*

Al empezar este acápite, me parece importante precisar el concepto de *vida*, a la luz de lo establecido en la doctrina penal. Así, la doctrina moderna distingue entre «vida humana» o «vida humana dependiente» y «vida de la persona» o «vida humana independiente».³⁴

La *vida humana dependiente* es conocida como vida del embrión o del feto, es decir, como la persona que depende de la madre.³⁵ Por su parte, la *vida independiente* se considera iniciada con la percepción visual del feto durante la fase de expulsión del claustro materno.³⁶

Otro sector de la doctrina señala que la vida, en sentido amplio, es el conjunto de funciones biológicas y psicológicas propias de la persona natural.³⁷ En ese sentido, Hurtado Pozo considera que el derecho a la vida es el primero de los derechos inherentes a la persona, ya que constituye la *conditio sine qua non* del ejercicio de todos los demás.³⁸

34. BRAMONT-ARIAS, Luis. *Manual de Derecho Penal: parte especial*. Lima: San Marcos, 1998, p. 35

35. *Ibidem*, pp. 35-36.

36. *Ibidem*, p. 36.

37. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal: parte especial*. Lima: Sesator, 1982, p. 2.

38. *Ibidem*, p. 3.

Precisamente teniendo en cuenta esa calidad de derecho fundamental, la vida es protegida de modo general aunque, según nuestra Constitución, existen excepciones a esta regla; así, el artículo 140 prevé la pena de muerte para los delitos de Traición a la Patria en caso de guerra y terrorismo.

Hasta aquí son suficientes las referencias al concepto general. A continuación, me corresponde señalar los fundamentos por los cuales la Vida sería considerada por algunos autores como el bien jurídico vulnerado en la DFP.

Siguiendo la posición planteada por diferentes autores españoles,³⁹ considero que la DFP, al suponer la ausencia de la víctima, constituye una justa presunción de muerte, dadas las circunstancias que concurren con posterioridad a la detención arbitraria. En efecto, la sustracción de la víctima del ámbito de protección legal origina una situación de peligro de lesión de determinados bienes jurídicos, entre ellos el bien jurídico Vida. Sin embargo, esta presunción de afectación a la vida no implica en concreto su lesión.

Siguiendo esta línea de argumentación, la posible lesión a la Vida sería una presunción *relativa* de afectación que no constituye razón suficiente para considerar de modo absoluto (como lo ha hecho un sector de la doctrina) que sea ese el bien jurídico vulnerado en la DFP.

Conviene recordar la finalidad de la DFP, con el fin de determinar el bien jurídico vulnerado en dicha práctica. En efecto, de acuerdo con lo señalado en el artículo II de la Convención sobre Desaparición Forzada, dicho crimen tendría como objetivo *abstraer a la víctima del ámbito de protección de la ley, impidiendo el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*. Siendo así, se cuestionaría la propia existencia de la presunta víctima, ya que quedarían en suspenso el ejercicio de sus derechos civiles y políticos.

39. Entre ellos, Pacheco, Quintano Ripolles y Gómez de la Serna.

Por su parte, Dallari considera que la DFP «suprime al individuo» y constituye claramente una ofensa al derecho a la vida.⁴⁰ También afirma que debe ser comparada con el delito de Homicidio y, en consecuencia, que la Vida es el bien jurídico correspondiente.

No comparto dicha postura ya que, como he señalado, la finalidad de la DFP no es la muerte de la víctima, sino su sustracción (o abstracción) del ámbito de protección legal; por tanto, si bien existe una presunción de lesión a la Vida, ello no implica su real afectación.

En efecto, la DFP se configura con la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima. Por tanto, en aquellos casos de «desaparición temporal» en los que la víctima ha «reaparecido» luego de un período de tiempo, no cabe duda de que se habría configurado la DFP de dicho individuo; sin embargo, queda claro que no se produjo la muerte de la víctima, ya sea porque el agente la dejó en libertad o porque la persona en el circuito de su detención logró fugarse.

En concordancia con lo antes señalado, el autor colombiano Camilo Sanpedro señala, con acierto, que la conducta de DFP no es pasible de enmarcarse dentro del delito de Homicidio por la ausencia de objeto material.⁴¹ Este autor considera que no existe Homicidio sin prueba de la muerte; por ello, para que se configure el tipo penal de homicidio, es indispensable matar, y esto es lo que no ocurre necesariamente en la desaparición como tal. Por consiguiente, no considero la Vida como bien jurídico protegido en la DFP.

40. Respecto de Dallari, véase MAZUELOS COELLO, Julio. *Lecciones de Derecho Penal: parte especial*. Lima: San Marcos, 1995, p. 103.

41. SANPEDRO ARRUBIA, Camilo. «La Desaparición Forzada de personas, el bien jurídico protegido». *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. XVIII, n.º 59, 1996, p. 31.

3.2.2. *Bien jurídico Libertad Personal*

Un sector de la doctrina considera que el bien jurídico protegido en la DFP sería la Libertad Personal, en la medida en que existe conexión entre esta figura y el delito de Secuestro, cuyo bien jurídico protegido es la Libertad de Movimiento.⁴² Por mi parte, no comparto dicha postura, puesto que entre la DFP y el Secuestro existen diferencias sustanciales, que trataré de resumir a continuación.

En primer lugar, la DFP es un delito cometido por agentes estatales o por particulares con la aquiescencia del Estado; por el contrario, el Secuestro, tal como se encuentra tipificado en el artículo 152 de nuestro Código Penal, tiene como sujeto activo a un particular. Así, el supuesto de hecho de este último delito no exige como condición ninguna calidad especial del agente.

Otra diferencia fundamental consiste en la finalidad de ambos delitos. La DFP tiene como finalidad el «ocultamiento» del paradero de la víctima, con el fin de extraerla del ámbito de protección de la ley y, así, impedir el ejercicio de los recursos y de las garantías procesales pertinentes. Por su parte, el Secuestro tiene como finalidad privar a una persona de la facultad de movilizarse de un lugar a otro. Se afectaría, entonces, la capacidad de decidir el lugar donde ella quiere o no estar.⁴³

Por último, cabe mencionar que la DFP, en la medida de que implica una vinculación especial entre bien jurídico y funcionario público, constituye un delito especial propio;⁴⁴ mientras que el Secuestro es un delito común según nuestro ordenamiento penal.

42. MAZUELOS COELLO, Julio. Ob. cit., p. 108.

43. BRAMONT-ARIAS, Luis. Ob. cit., p. 187.

44. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal: parte general*. 1989, p. 163. Además, véanse las referencias a Gimbernat y Quintero Olivares en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana*. Barcelona: PPU, 1993, p. 90.

Otro sector de la doctrina plantea que la Libertad es el bien jurídico protegido en la DFP aduciendo que dicho delito se inicia con la Detención Arbitraria, lo cual implica una afectación a la Libertad Personal; sin embargo, la DFP, al tratarse de una privación indeterminada, trasciende el ámbito de lesión a la Libertad Individual, pues no solo se pretende privar de libertad a una persona sino, además, anular su participación en el mundo social.⁴⁵ En efecto, si bien la libertad como interés jurídico es la condición para el libre ejercicio de la conducta humana y la expresión de la personalidad,⁴⁶ derechos sin duda afectados durante el estado de desaparición de la víctima, cabe mencionar que a la persona desaparecida no solo se le impide el desarrollo de su personalidad y, con ello, la expresión de su voluntad, sino que también se le niega su propia existencia en la sociedad, *al erradicar toda intervención del individuo en el proceso democrático*.⁴⁷ En conclusión, puedo afirmar que la vulneración de la libertad resulta insuficiente para constituir el bien jurídico protegido en la DFP.

3.2.3. *Bien jurídico Seguridad Pública*

La Seguridad Pública es considerada por un sector de la doctrina como bien jurídico protegido en la DFP. Quienes postulan esta tesis, entre ellos Bergalli, sostienen que dicha figura delictiva constituye una práctica política del Estado y una modalidad de represión frente a cualquier tipo de oposición.⁴⁸

Sobre el particular, estoy de acuerdo en considerar la DFP como una política de represión frente a cualquier tipo de oposición contra

45. QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Tomo II. 2.^a edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972, p. 344. Citado en MAZUELOS COELLO, Julio. Ob. cit, p. 110.

46. PEÑA CABRERA. *Derecho Penal Peruano*. Lima: Sagitario, 1990, pp. 501-502.

47. MAZUELOS COELLO, Julio. Ob. cit, p. 110.

48. Véase MAZUELOS COELLO, Julio. Ob. cit., p. 114.

el Gobierno, ya que, como se ha mencionado en el capítulo anterior, aquellos países con gobiernos militares la utilizaban como una práctica de «eliminación» de sus adversarios políticos. Ahora bien, en el caso del Perú, fue utilizada como una estrategia antisubversiva contra aquellos grupos terroristas que constituían también oposición al Gobierno, a pesar de tener su origen y desarrollo en gobiernos aparentemente democráticos. En efecto, el denominado «Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso» inicia sus acciones cuando las Fuerzas Armadas se retiran del quehacer político, después de doce años de gobierno militar, y surge como una respuesta política a la situación de crisis de la sociedad peruana, planteando como estrategia una guerra popular prolongada con el propósito de derrocar al Gobierno de turno y tomar el poder.⁴⁹

Respecto de la consideración de la Seguridad Pública como bien jurídico protegido en la DFP, creo conveniente hacer algunas precisiones.

En primer lugar, considerando el concepto de *seguridad pública* esbozado por Villavicencio («complejo de las condiciones garantizadas por el ordenamiento jurídico necesarias para la protección de los derechos fundamentales»),⁵⁰ es posible aseverar que la DFP la vulnera, por tratarse de una práctica en la que el Estado es responsable directa o indirectamente e incumple su deber garantista de los derechos fundamentales. En esa línea ideológica, la DFP (también llamada «desaparición involuntaria») lesiona la Seguridad Pública en su fase objetiva; esto es, constituye una agresión directa a los bienes indeterminados y una amenaza que crea una circunstancia real de riesgo para personas y bienes.⁵¹ En efecto, considerando las diferen-

49. GRANADOS, Manuel Jesús. *El PCP Sendero Luminoso y su ideología*. 2.ª edición. Lima: El Huerto de Gethsemaní, 1999, pp. 117-120.

50. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Delitos contra la Seguridad Pública. Delito de terrorismo*. 2.ª edición. Lima: Sesator, 1985, p. 15.

51. *Ibíd.*, p. 16.

tes modalidades de detención empleadas, en especial la incursión violenta en domicilio (como modalidad más frecuente), es fácil inferir que la DFP, en su fase inicial, se vincula con otros delitos, tales como el robo, maltratos, saqueos y violación sexual, entre otros, que, efectivamente, generaban una situación de peligro.

Por los argumentos mencionados, si bien la Seguridad Pública aparece efectivamente vulnerada por la práctica de la DFP, en la medida en que el Estado incumple su deber garantista de protección a los derechos fundamentales, dicho deber quedaría circunscrito al mantenimiento de un orden preexistente que posibilite la realización material de los derechos y libertades inherentes a la persona, esto es, la seguridad de los ciudadanos en su sentido más amplio.⁵² Así, considerar, como hace Bergalli, que la seguridad pública aparece configurada por la obligación del Estado de velar por el respeto de los derechos ciudadanos⁵³ resulta, en opinión de Mazuelos –postura que comparto– demasiado genérico, pues el Estado aparecería responsable por la vulneración de los diversos derechos y libertades contemplados en nuestro ordenamiento jurídico.⁵⁴ Así las cosas, bastaría con que el Estado garantice las condiciones necesarias para la protección de los derechos fundamentales, sin hacerse responsable de que se produzca la lesión de un bien jurídico en particular.

Por otro lado, atendiendo a la naturaleza jurídica de la DFP como crimen de lesa humanidad cuando es una práctica sistemática y generalizada, se puede decir que la responsabilidad del Estado, directa o indirecta, no es una característica exclusiva de esta práctica sino, por el contrario, una constante en las violaciones de derechos humanos que comparten esta naturaleza como el genocidio y la tortura. Así, siguiendo esta línea de argumentación, puedo concluir

52. MAZUELOS COELLO, Julio. Ob. cit., p. 115.

53. *Ibidem*.

54. *Ibidem*.

que la Seguridad Pública no es el bien jurídico protegido en la DFP, por dos razones:

En primer lugar, porque —como ya he mencionado— el concepto mismo de seguridad es demasiado amplio y quedaría contemplado dentro del marco de protección de las garantías constitucionales,⁵⁵ de modo que la falta de respeto a estas implicaría una afectación de la seguridad pública. Durante la vigencia del estado de emergencia en nuestro país, las garantías constitucionales, en especial el hábeas corpus, fueron violentadas al resultar ineficaces para la protección de derechos fundamentales. Partiendo de esta premisa, el estado de emergencia dio lugar a la vulneración de las garantías constitucionales, lo cual acarreó la afectación de la seguridad pública. Precisamente, el contexto de «inseguridad pública» favorecería la práctica de DFP, así como de otras violaciones de derechos humanos.

En segundo lugar, la responsabilidad directa o indirecta del Estado en la DFP implica un incumplimiento de su deber *garantista*. Ese ilícito, en tanto práctica estatal, ciertamente vulnera la seguridad pública, pero no de modo exclusivo, por cuanto vulnerado por esta práctica sino, también, por otros delitos como la Tortura, la Detención Arbitraria y la Ejecución Extrajudicial, entre otros, en los que el Estado tiene algún tipo de participación e incumple su deber de garante.

3.2.4. Bien jurídico Identidad Personal

Sobre la Identidad como Bien Jurídico vulnerado en la Desaparición Forzada de personas, Bustos Ramírez considera que:

Todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica y ello se expresa en su posibilidad de una

55. *Ibidem*.

multiplicidad de actos en la vida jurídico social, que a su entender aparecen negados con el desaparecimiento [...]»⁵⁶

En ese sentido, el derecho reconocido a mantener su identidad de persona humana, tanto en la vida como en la muerte, es un asunto trascendental en la historia del hombre y de la humanidad.⁵⁷ La violación del derecho a la identidad es precisamente lo que, en opinión de Bustos, incrementa el «daño» de la DFP en relación con otros delitos como el Homicidio, ya que no solo se afecta la vida, sino al hombre en todas sus dimensiones.⁵⁸

En efecto, la *identidad personal* es una noción integral que abarca aspectos tanto estáticos como dinámicos.⁵⁹ El elemento estático está constituido por el componente biológico, es decir, la clave genética que, por principio, es invariable.

Por su parte, el elemento dinámico de la identidad está integrado por el conjunto de atributos de la personalidad, tales como la cultura, las creencias y la ocupación, entre otras.⁶⁰

Cabe mencionar que, si bien durante el estado de desaparición la víctima es lesionada en su derecho a la identidad, la Identidad misma no constituye el bien jurídico protegido en la DFP, debido a que es lesionada en otros delitos que afectan la Libertad Personal, como el Secuestro y la Detención Arbitraria.⁶¹ En efecto, si bien en dichos delitos no existe una incertidumbre en cuanto al paradero de la víctima, ocurre que, durante el período de «detención» o «secuestro», la víctima es sustraída temporalmente del ámbito de protección legal. Tal situación vulnera el desarrollo de su personalidad y,

56. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 186.

57. *Ibidem*.

58. *Ibidem*.

59. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Daño a la Identidad Personal». *Themis*, n.º 36, p. 247.

60. *Ibidem*, p. 248.

61. *Ibidem*.

por ende, su identidad, al impedírsele el ejercicio de sus diferentes capacidades emocionales, laborales y culturales en su entorno familiar y social.

Es importante mencionar que frente a la identidad personal, que es un derecho individual, la especial gravedad de la DFP –cuya práctica sistemática constituye un crimen de lesa humanidad– implica una vulneración de un bien jurídico institucional que trasciende el ámbito de lo individual, por cuanto indigna a la comunidad internacional en su conjunto. El derecho a la identidad vinculado con el derecho al desarrollo de la personalidad presuponen la existencia de una persona, y eso es precisamente lo que se cuestiona en la Desaparición Forzada. Por tanto, no solo se lesiona el derecho a desarrollarse y preservar su identidad durante el estado de desaparición, sino que, además, se atenta contra la esencia misma de la persona.

De esta manera, al ser el derecho a la identidad un concepto demasiado amplio, en la medida en que es vulnerado por otros delitos, la Identidad no sería el bien jurídico protegido en la DFP.

3.2.5. Bien jurídico Humanidad

Mediante la ley 26926 del 21 de febrero de 1998 se añade a nuestro Código Penal el título XIV-A de «Delitos contra la Humanidad», bajo el cual se reincorpora la DFP (con la denominación de «Desaparición Forzada») como delito en nuestro ordenamiento jurídico. Una regulación de esta naturaleza llevaría a pensar, a primera impresión, que el bien jurídico protegido en la Desaparición Forzada es la Humanidad.

Ciertamente, algunos autores latinoamericanos, como Sanpedro, consideran que la DFP, en efecto, lesiona prácticamente todos los derechos fundamentales del hombre, con lo que se concreta la negación individual de la dignidad humana.⁶² Así, la afeción de esta, como parte, afecta a la humanidad como el todo.

62. SANPEDRO ARRUBLA, Camilo. Ob. cit., p. 44.

El autor citado concluye que:

[...] la desaparición afecta la humanidad por arrebatar una de las dignidades que la integran, precisamente la del ser humano como ser social [...] la humanidad es la condición que nos permite, mientras no se nos arrebate, ser frente a los demás y por ello diferenciarnos de los demás animales.⁶³

En este orden de ideas, si bien es cierto que la DFP o desaparición involuntaria tiene como objeto cuestionar la existencia de la persona desaparecida como miembro de la sociedad, lo cierto es que la humanidad constituye un bien colectivo y supraindividual, bajo el cual no solo se encuentra tipificada la Desaparición Forzada, sino también otros delitos, tales como la Tortura y el Genocidio. De ahí que no sea posible identificar con precisión cuál es el bien jurídico protegido específicamente por la DFP. Por lo expuesto, no considero que la Humanidad sea el bien jurídico protegido de manera exclusiva en la Desaparición Forzada de Personas.

En cuanto a considerar el delito materia de análisis como un delito pluriofensivo, creo, al igual que un sector de la doctrina que, para efectos de sistematización, esta calificación haría una determinación imprecisa acerca de los bienes jurídicos afectados en los que se concreta la acción lesiva; además, si se opta solo por uno de ellos, aparentemente se desprotegerían a los demás.⁶⁴ Así, si bien con la DFP se vulneran innumerables derechos y bienes jurídicos (la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, la seguridad ciudadana, la familia y la autonomía, entre otros), señalo que es necesario determinar con precisión el objeto de lesión, esto es, a dónde va dirigida la acción o cuál es el bien jurídico protegido.

63. *Ibídem.*

64. *Ibídem.*, p. 36.

3.3. Posición personal: bien jurídico Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED)

No es tarea fácil determinar cuál es el bien jurídico protegido en la DFP, máxime cuando, tanto la doctrina mayoritaria, como los documentos internacionales sobre el tema se decantan por considerarla un delito pluriofensivo. No obstante, si bien vulnera una pluralidad de derechos fundamentales, tales como los derechos a la vida, a la libertad personal, a la seguridad pública y a la identidad personal, es importante identificar un *bien jurídico propio* vulnerado por este delito, al margen de que, adicionalmente, su comisión facilite la concurrencia de una serie de ilícitos penales que den lugar a un concurso real.

Para llegar a esa definición, comenzaré recordando que la DFP solo puede ser cometida por funcionario o servidor público. Así está tipificado en el artículo 320 de nuestro Código Penal, cuyo tenor es el siguiente:

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 15 años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal.

Ello quiere decir que la norma penal del artículo 320 y la materia de prohibición o injusto que contiene no están dirigidos a cualquiera, sino a un grupo de sujetos que tienen una calidad especial. Esta particular configuración del sujeto activo juega un rol importante para determinar el bien jurídico protegido en la DFP.

En efecto, los delitos cometidos por funcionarios públicos revisiten una mayor gravedad, en la medida en que su acción consiste en la infracción de un deber esencial respecto de los bienes jurídicos de los ciudadanos, de acuerdo con el ejercicio de la función pública.⁶⁵

65. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., p. 174.

El funcionario público, en tanto representante estatal instituido por dispositivo legal o elección popular, tiene el deber de cumplir funciones propias del Estado en beneficio de los ciudadanos y en aras de la conservación del orden social. Por tal motivo, recibe un poder especial, en razón de sus funciones, poder que no poseen los demás ciudadanos. El exceso injustificado en el ejercicio de sus atribuciones constituye un abuso de poder.⁶⁶ Precisamente abusando de ese poder, un funcionario público efectúa la Detención Arbitraria, seguida del ocultamiento del paradero de la víctima, mediante la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de libertad, con lo que se configura la DFP.

Nuestro Código Penal omite la referencia a la negativa de información como elemento principal que configura el tipo de injusto, y no contiene una definición clara de cuál es la conducta prohibida en la Desaparición Forzada,⁶⁷ limitándose a señalar: «la privación de libertad de una persona por parte de funcionario o servidor público, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición [...]».

Cabe mencionar que la vinculación existente entre funcionario público y finalidad de la DFP también guarda relación directa con el bien jurídico protegido en este delito. En efecto, la DFP tiene como finalidad «abstraer al individuo del ámbito de protección de la ley» y, con ello, impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. En ese sentido, puedo afirmar que se

66. *Ibídem*, p. 169.

67. A diferencia del Código colombiano que, mediante ley 589, del 6 de julio del 2000, en el artículo 268 tipifica la Desaparición Forzada como sigue: «El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea su 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 25 a 40 años, multa de 500 a 2000 salarios mínimos legales vigentes y en interdicción de sus derechos y funciones públicas de 5 a 10 años».

afecta el deber garantista del Estado, que es la conservación del orden social. El Estado tiene como deber garantizar la convivencia social⁶⁸ y, para ello, se vale de diferentes instrumentos de control que posibiliten dicha labor. Desde esta perspectiva, el concepto material del bien jurídico constituye una garantía de la función penal, en tanto presupuestos indispensables para la vida en sociedad.⁶⁹ En efecto, el bien jurídico cumple una función garantizadora que permite determinar aquellas conductas que van a ser punibles, en la medida en que afectan las relaciones sociales. Recuérdese que he concebido el bien jurídico como realidad que merece y necesita protección penal.

Siendo así, el bien jurídico constituye un criterio limitador de la intervención penal del Estado (imposición de sanciones como detenciones, penas privativas de libertad, entre otras). En este punto se conectan los conceptos de *bien jurídico* y de *Estado Democrático*, el mismo que permite a la sociedad civil limitar la actividad estatal, además de otorgarle la posibilidad de «controlar el control»: utopía del Estado democrático.⁷⁰

Esta referencia es importante porque el Estado democrático tiene como fin garantizar el ejercicio de los derechos humanos. En ese contexto, en la medida en que la DFP vulnera diferentes derechos fundamentales y tiene como finalidad la abstracción de la víctima del ámbito de protección legal por parte del funcionario público, se vulnera la *Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED)*.

La GIED supone el deber del Estado de proteger la existencia de sus miembros; por tanto, la DFP implica la violación de la esencia misma de la persona como ente social de la humanidad; en ello ra-

68. ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., p. 27.

69. *Ibidem*, p. 35.

70. *Ibidem*, p. 40.

dica la especial gravedad de la práctica, en tanto que se vulnera la existencia de la persona y se la suprime de la sociedad.

La DFP constituye la denegación del uso de las garantías y recursos y la privación o exclusión de la persona de la red de los elementos legales, institucionales y sociales que la protegen, con lo que se cuestiona la existencia de la víctima y se permite ocultar a sus autores. En ese entendido, trastoca valores fundamentales que implican el reconocimiento de la persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado, principio que ha sido reconocido como base de nuestro ordenamiento constitucional y que trasciende el ámbito de lo común, ya que indignan a la comunidad internacional en su conjunto.

La DFP, al ser cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, vulnera una complejidad de relaciones sociales, pues están de por medio los vínculos jurídicos que hay entre los ciudadanos y el Estado.⁷¹ En eso radica el carácter especial de este delito.

El Estatuto de Roma amplía la esfera de autores de DFP al señalar como agentes a las organizaciones políticas; por ello, es posible considerar que los agentes no estatales que sustraen a la víctima del ámbito de protección legal atentan contra el bien jurídico Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED).

El Estado tiene como deber garantizar la conservación del orden social. La interrelación que existe entre el desarrollo del estado de derecho y la operatividad de los derechos fundamentales hace posible la existencia de uno en virtud de la existencia del otro.⁷² El ejercicio de los derechos humanos es posible gracias a una serie de garantías para su realización, las mismas que solamente pueden ser otorgadas por el Estado democrático, en tanto estado de derecho,

71. *Ibidem*, p. 87.

72. *Ibidem*, p. 88.

en el que exista limitación al poder estatal, participación ciudadana, organización y distribución del poder.

El ciudadano víctima de una DFP no solamente ve afectados sus derechos a la libertad, a la seguridad, a la identidad y, en algunas ocasiones, a la propia vida, sino que, al ser abstraído del amparo de la ley (por un funcionario público durante un período indeterminado por ser considerado opositor al gobierno que debe ser eliminado), ocurre que «desaparece» de la sociedad: este es, por ejemplo, el caso de la desaparición de los presuntos terroristas en nuestro país, en el que se vulnera la relación jurídica directa Estado-ciudadano. Esta relación se ve afectada con el impedimento que efectúa el propio Estado a un ciudadano para el ejercicio de sus derechos fundamentales, a través de la utilización de las garantías penales y procesales pertinentes. De esta manera, el Estado incumple su deber de conservación del orden social y de protección a los derechos fundamentales de los ciudadanos, en tanto estado de derecho.

Por consiguiente, considero que la DFP vulnera un bien jurídico particular que no puede ser vulnerado por otros delitos: la Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED).

CAPÍTULO IV

TIPO DE INJUSTO DE LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS (DFP)

4.1. Tipo objetivo

En este último capítulo analizaré el tipo de injusto establecido en el artículo 320 de nuestro Código Penal. Así, a partir de dicha tipificación, estudiaré el delito, haciendo un análisis dogmático de sus elementos tanto objetivos como subjetivos, con el fin de plantear mis críticas y propuestas para su mejor y más eficiente regulación.

4.1.1. Sujeto activo

El delito de DFP solo puede ser cometido por un *funcionario o servidor público*, conforme está regulado en el artículo 320 de nuestro Código Penal. Ello quiere decir que la norma penal del artículo en mención y el injusto que contiene no están dirigidos a la generalidad, sino a un grupo de sujetos con especiales características. La calidad de funcionario público es un elemento normativo del tipo que define la calidad de los sujetos a los cuales se dirige la referida norma.

Esta particular configuración del sujeto activo como elemento del hecho típico circunscribe el ámbito de los posibles autores.¹ En

1. COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN. *Derecho Penal: Parte General*. 3.^a edición. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 275.

consecuencia, no podrán ser autores del correspondiente delito quienes no reúnan las condiciones expresadas para el sujeto en la norma.

Llegado a este punto, es necesario precisar el concepto de *funcionario público*, con el fin de determinar quiénes pueden ser sujetos activos de la DFP, según el artículo 320 de nuestro Código Penal.

Concepto de funcionario público desde la perspectiva del derecho administrativo

Funcionario público es un término efectivamente vinculado con el ejercicio de poder que hace la autoridad. Expresa la voluntad del Estado y lo compromete con sus decisiones.²

El decreto supremo 005-90-PCM, reglamento de la Ley de Bases de Carrera Administrativa (decreto legislativo 276) define en su artículo 3 al servidor público como:

[...] al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente [...]

Asimismo, en su artículo 4 define al funcionario público como:

El ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía [...]

Por su parte, la Ley del Sistema Nacional de Control (ley 26162), en su primera disposición final, considera como servidor o funcionario público a todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con las entidades comprendidas en el artículo

2. GUERRA CRUZ, Guillermo. *Función pública, el personal al servicio del Estado*. Trujillo: Libertad, 1994, p. 21.

3 de la presente ley³ y que, en virtud de ello, ejerce funciones en las entidades comprendidas en el mismo artículo.

De las definiciones propuestas por las citadas disposiciones normativas, se observa que la primera toma como base de su explicación el nombramiento del funcionario público, ya sea por elección o designación por autoridad competente; mientras que la segunda se centra en el vínculo laboral o contractual que la persona mantiene con la institución pública.

Sobre el particular, puedo decir que ambas definiciones son insuficientes para determinar el concepto de funcionario público, ya que hacen referencia a cuestiones formales, y dejan de lado la esencia de la investidura del funcionario público: la naturaleza de sus funciones para el cumplimiento de los objetivos del Estado. En este sentido, la Ley de Funcionarios de Alemania considera que la relación funcionarial es administrable para la realización de funciones soberanas o similares (ejercicio del *jus imperium*), las cuales, por razones de seguridad del Estado y del interés público, no pueden ser encargadas a personal en relaciones jurídicas privadas.⁴ Así, a diferencia de nuestro derecho, el derecho alemán toma como criterios configuradores de la calidad de funcionario público la seguridad del Estado y el interés público.

En este orden de ideas, es importante tener en cuenta que el funcionario público realiza una función pública, que ha de entenderse

3. El artículo 3 de la Ley del Sistema Nacional de Control establece que «se sujetan al Sistema y se les designan en adelante en esta ley con nombre genérico de entidades:

- a) El Gobierno Central y los Gobiernos Regionales y Locales.
- b) Las unidades administrativas del Poder Legislativo y Poder Judicial.
- c) Los Organismos Autónomos creados por la Constitución política y las instituciones y personas de derecho público.
- d) Las empresas integrantes de la Actividad Empresarial del Estado con excepción de las empresas de economía mixta y accionariado del Estado.»

4. *Ibidem*, p. 23.

como: «el ejercicio de las atribuciones esenciales del Estado las cuales tienen como objetivo, alcanzar el fin de la comunidad pública: el bien común». ⁵ En este sentido, es importante precisar la naturaleza de la función pública, la cual es entendida para efectos penales desde la perspectiva de la concepción material de destino. ⁶

Así, esta teoría establece que existirá función pública siempre y cuando las actividades realizadas o por realizar se hallen destinadas al interés colectivo o al bien común. ⁷

Por su parte, el derecho español establece dos criterios fundamentales para determinar el concepto de funcionario público. El primero se refiere al ingreso en el ejercicio de funciones públicas; así, se consideran tres modos: disposición inmediata de la ley, elección y nombramiento de autoridad competente. ⁸ Sobre la primera forma se entiende «ley» en sentido estricto; de ese modo, también un particular podría ejercer funciones públicas por disposición de la ley, ya sea en forma expresa o tácita. ⁹

El segundo criterio que ayuda a determinar el concepto de funcionario público en la legislación española concierne a la naturaleza del ejercicio de la función pública. De esta manera, el concepto de *función pública* a efectos penales está atribuido por la concurrencia en la actividad concreta de tres aspectos: uno subjetivo (actividad llevada a cabo por un ente público), otro objetivo (actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público) y uno teleológico (actividad por la que se persiguen fines públicos). ¹⁰

5. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2001, pp. 22-23.

6. *Ibíd.*, p. 25.

7. *Ibíd.*, l. cit.

8. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad personal y seguridad ciudadana*. Barcelona: PPU, 1993, p. 175.

9. *Ibíd.*, p. 176.

10. *Ibíd.*

Considero que la referencia a la doctrina comparada es importante, porque brinda criterios suficientes que ayudan a delimitar el concepto de funcionario público y a abarcar todos los supuestos sobre quienes pueden ser comprendidos como sujetos activos de la DFP.

Siguiendo los criterios fundamentales que refiere la doctrina española para determinar el concepto de funcionario público, considero la forma de ingreso a la función pública y la naturaleza de sus funciones pero, además, como piedra angular de las anteriores, el cumplimiento de los fines del Estado, como la conservación del orden social, la seguridad y defensa del Estado, así como todas aquellas labores que conduzcan a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En conclusión, desde la perspectiva del derecho administrativo, *funcionario público* es aquella persona vinculada con el Estado que expresa la voluntad de este a través del ejercicio de la función pública, que es traducida en la salvaguardia del bien común.

Noción jurídico penal de funcionario público

Nuestra legislación, a diferencia de otras legislaciones penales, no otorga ninguna definición normativa de funcionario público, pero ofrece un listado genérico de niveles de funcionarios y servidores a los efectos de imputar responsabilidad penal. En ese sentido, el Código Penal peruano acoge la concepción amplia de destino que —como mencioné— tiene su base en el destino de las actividades realizadas o por realizar para el bien común.

De esta manera, el artículo 425 inciso 3 del Código Penal ha posibilitado las ampliaciones de tipicidad a un extenso círculo de autores en los que no se reúnen los requisitos suficientes para hacer de ellos funcionarios públicos desde la óptica administrativa.¹¹

11. *Ibidem*, p. 26.

Así, el inciso 5 del artículo citado señala como funcionarios o servidores a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Cabe mencionar que la referencia es genérica; es decir, comprende tanto a mandos superiores como a personal subalterno que cumplen función o servicio público. Con ello, se excluye a aquellos militares y policías que realizan actividades al margen de los intereses públicos nacionales.

Para el derecho administrativo, entonces, militares y policías constituyen autoridad o agentes de autoridad;¹² sin embargo, para el derecho penal se trata de funcionarios o servidores públicos a efectos de la imputación de la responsabilidad correspondiente.

En conclusión, el Código Penal no ha definido de forma expresa y descriptiva el concepto de funcionario público; simplemente se ha limitado a señalar quiénes serían considerados como tales a efectos penales. Por tal motivo, si bien no existe un concepto propio que permita oponerlo o diferenciarlo del que existe en el derecho administrativo, es posible afirmar que el concepto normativo utilizado en la esfera penal excede los alcances de la definición propuesta en el ámbito administrativo, que solo considera la elección y la designación por autoridad competente como fuentes de su creación, y añade una determinación normativa como tercera fuente productora del funcionario público a efectos penales.¹³

La DFP: ¿delito especial propio o impropio?

La DFP, al ser un delito cometido por un funcionario público, adquiere un especial desvalor de la acción porque implica un abuso de poder por parte de quien la ejecuta. Como he señalado en el capítulo anterior, el desvalor del acto consiste en la infracción de un de-

12. *Ibíd.*, p. 51.

13. *Ibíd.*, p. 35.

ber especial respecto de los bienes jurídicos de los ciudadanos, de acuerdo con el ejercicio de la función pública.¹⁴

En este orden de ideas, los delitos en que existe una limitación de la esfera de autores pueden clasificarse en *especial propio* y *especial impropio*,¹⁵ según si la calidad del sujeto activo es determinante o no para la constitución del injusto.

En el capítulo anterior se concluyó que el bien jurídico protegido en la DFP es la Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED), y que este bien guarda relación directa con la configuración del funcionario público como sujeto activo del delito, en la medida en que su acción vulnera una complejidad de relaciones sociales, entre ellos los vínculos jurídicos existentes entre los ciudadanos y el Estado.¹⁶ Establecida la calidad del sujeto activo como determinante para la constitución de la DFP, así como el especial desvalor del acto, es posible establecer el carácter especial propio del artículo 320 del Código Penal.

En efecto, la relación entre sujeto activo y bien jurídico protegido es fundante del injusto, en la medida que en el presente delito se vulnera el bien jurídico en el ejercicio de una potestad del Estado. En consecuencia, el abuso de poder y el incumplimiento de un deber especial (precisamente la GIED) constituyen factores esenciales en el desvalor del acto y, por lo tanto, elementos constitutivos del injusto. En este punto radica el carácter especial propio de la DFP.

Criminalidad en los delitos cometidos por funcionarios públicos: infracción de un deber

En la dogmática moderna, la diferenciación entre delitos de dominio y delitos de infracción de un deber es defendida por un sector de

14. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., p. 174.

15. Ibídem, p. 163.

16. Ibídem, p. 87.

la doctrina a partir de la formulación de Roxin.¹⁷ Dicha diferenciación se funda en el siguiente presupuesto: mientras que en los delitos de dominio se incumple un mandato general que incumbe a cualquier persona, los delitos de infracción de un deber presuponen el incumplimiento de mandatos especiales de los que son destinatarios ciertos grupos de personas.¹⁸ La mayoría de delitos de dominio son delitos comunes y el ejemplo más característico de los delitos consistentes en la infracción de un deber es el de los que cometen los funcionarios públicos.

Como ya mencioné, la DFP es un delito cometido por un funcionario público, en el que la calidad del sujeto activo es determinante para la constitución del injusto y le otorga la particularidad de delito especial propio. El bien jurídico protegido al que se vincula el deber –también lo anoté– es la GIED. Ciertamente, no es discutible que este bien jurídico constituya un elemento básico de la configuración de la sociedad y sea, por lo tanto, merecedor de protección.

Lo que se protege no es, por ende, un ente abstracto con independencia de su función jurídico-social; antes bien, la tutela penal del bien jurídico de la DFP se fundamenta en que no puede desvincularse del marco institucional en que dicha práctica se ejecuta. No debe olvidarse que la GIED constituye el marco para garantizar el respeto y ejercicio de los derechos de los ciudadanos previstos constitucionalmente, derechos que son vulnerados con la infracción del deber del funcionario o servidor público que incurre en el delito de DFP.

La teoría de la infracción del deber trae consigo consecuencias importantes para determinar la autoría y participación en esta clase

17. SUÁREZ GONZALES, Carlos. «Los Delitos consistentes en la Infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Carlos SUÁREZ GONZALES. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Lima: Grijley, 2001, pp. 149-165.

18. *Ibíd.*, pp. 149-150.

de delitos. Una de ellas es que solo el funcionario público puede ser autor del delito al infringir dolosamente su deber.¹⁹ Es posible afirmar que la consumación de estos delitos opera por la sola infracción del deber de funcionario ya que, siendo lo relevante el deber específico, su infracción es necesaria para la realización del tipo.²⁰

Por otro lado, aquellas personas que colaboraran con el funcionario público sin ostentar dicha calidad serán partícipes del mismo delito.²¹

Hasta aquí es suficiente la referencia a los delitos de infracción de un deber, puesto que el desarrollo de esta teoría y sus implicancias en la autoría y participación corresponde a un acápite posterior. Por ahora, basta con precisar que la DFP corresponde a esta categoría de delitos.

Sujetos activos del artículo 320 del Código Penal

La Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, en su artículo II, al definir el delito, considera como posibles autores: «[...] a los agentes del Estado, así como personas o grupos de personas que actúen con su autorización, apoyo o aquiescencia [...]». En el mismo sentido, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que es el segundo instrumento internacional que contiene una definición sobre DFP, considera como autores: «[...] al Estado, o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia [...]».²² Sin embargo, nuestro Código Penal, en su artículo 320, se limita a señalar

19. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra, 2001, p. 48.

20. SUÁREZ GONZALES, Carlos. Ob. cit., p. 153.

21. *Ibidem*.

22. Estos criterios fueron recogidos por el Código colombiano que, en su artículo 268, considera como sujetos activos de la Desaparición Forzada: «[...] al servidor público, al particular que actúe bajo la determinación o aquiescencia de aquel y además al particular que pertenece a un grupo armado al margen de la ley [...]».

como sujeto activo al funcionario o servidor público; es decir, solo admite al agente estatal como tal, con lo que se aparta de la tendencia universal contemporánea reflejada en el Estatuto de Roma, que incluye como sujeto activo también a los agentes no estatales. Asimismo, deja de lado lo establecido en el artículo II de la Convención Interamericana, al no incluir a aquellos particulares o grupos que actúan con el consentimiento del Estado.

Esta referencia es importante porque, en nuestro país, la DFP fue una práctica realizada por agentes del orden, específicamente de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional²³ pero, en algunos casos, tuvo como agentes responsables a ronderos y a los integrantes de comités de autodefensa.²⁴ Conviene preguntarse si estos últimos podrían ser considerados sujetos activos del delito y, por tanto, autores del mismo o si, por otro lado, cabría alguna forma de participación especial respecto de ellos.

Considero que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cumplen funciones públicas de seguridad y defensa nacional. En efecto, la Policía tiene por finalidad garantizar, mantener y restablecer el orden interno, conforme lo señala el artículo 166 de nuestra Constitución. Por su parte, las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno en estado de emergencia, según lo estipulado por el artículo 137 inciso 1.

En el segundo capítulo mencioné las características del estado de emergencia, e hice referencia a su vigencia durante el período en que ocurrieron numerosas desapariciones forzadas en nuestro país.

23. Según resolución defensorial (*La Desaparición Forzada de Personas en el Perú*, p. 15), el 61,4% de los casos tuvo como presunto agente responsable al Ejército y en un 5,6% de los casos a la Marina de Guerra. Asimismo la Policía Nacional fue responsable del 12,4% de las detenciones de presuntos desaparecidos.

24. Según la resolución antes citada, el 10,7% de los casos tuvo como agente responsable a unidades combinadas de las Fuerzas Armadas y de los Comités de Auto-defensa. Asimismo, en el 7,4% de casos los responsables fueron las rondas y los Comités de Autodefensa.

En esas circunstancias, las Fuerzas Armadas tenían a su cargo el control del orden interno y el deber de garantizar la seguridad y los derechos fundamentales de los ciudadanos, con las restricciones de ley. Se puede concluir, entonces, que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional mantienen una relación funcional con el Estado, en la medida en que realizan funciones de seguridad e interés público.

En cuanto a su ingreso para el ejercicio de funciones públicas, se realiza por designación de autoridad competente. En ese sentido se pronuncia la Constitución en su artículo 172. Cabe señalar que el artículo 320 del Código Penal establece: «el funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición [...]». Esta disposición hace referencia a una privación ilegítima de libertad ejecutada por funcionario público, es decir, una detención arbitraria.²⁵ En este orden de ideas, los únicos facultados para detener son precisamente las autoridades policiales y, en caso de estado de emergencia, los miembros de las Fuerzas Armadas.

Existe, por tanto, una particular vinculación entre el deber especial de detener y el funcionario que lo realiza. En tal virtud, los efectivos de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas que, abusando de su poder y vulnerando la GIED, ejecutan la DFP infringen, precisamente, su deber específico. Por consiguiente, es claro que son funcionarios o servidores públicos y, por tanto, sujetos activos del tipo de injusto descrito en el artículo 320 del Código Penal.²⁶

25. Como se señaló en el primer capítulo, la DFP generalmente se inicia con una Detención Arbitraria. Debe hacerse el deslinde correspondiente entre ambos delitos.

26. Cabe señalar que las Fuerzas Armadas y Policiales serían consideradas funcionarios públicos solo a efectos de ser sujetos activos de la DFP y, por tanto, autores. Esta asimilación al concepto de funcionario público es únicamente para determinar responsabilidad penal, no así para incluirlos en la carrera administrativa, de la cual están expresamente excluidos por ley (decreto legislativo 276).

En ese sentido, el artículo 425 inciso 5 del Código Penal considera expresamente a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional como funcionarios o servidores públicos a efectos penales ya que, como se ha mencionado, el Derecho Penal no tiene una definición propia de funcionario público.

En cuanto a los ronderos, considero que no cumplen una función pública puesto que, a diferencia de los anteriores, no están facultados de privar a una persona de su libertad haciendo uso del poder coercitivo del Estado con el fin de garantizar el orden social y el control interno. Así, no cumplen un deber específico de protección frente a la sociedad. En efecto, el grupo mencionado no representa a la administración estatal, sino que se limita a cooperar con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

Llegado este punto, es importante precisar brevemente el concepto de *rondas campesinas*. Así, se puede afirmar que son asociaciones rurales de autodefensa con una vocación de autogestión y autogobierno.²⁷ Las rondas surgen a iniciativa de los propios campesinos y, al menos en su origen, no fueron creadas con fines políticos.²⁸

Ciertamente, las rondas cumplen una función de control y patrullaje, en la medida en que contribuyen a la supresión del abigeato y la delincuencia.²⁹ Frente a esta realidad, el Estado peruano, mediante ley 24571 del 7 de noviembre de 1986, ha reconocido a:

[...] las rondas pacíficas, democráticas y autónomas [...] como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad [...] que tienen además como objetivos, la defensa de sus tierras, cuidado de sus ga-

27. HERNÁNDEZ NIEVA, Juan Gustavo. «Entre democracia y violencia: aspiraciones y contradicciones de las rondas campesinas de una provincia de la Sierra Septentrional de los Andes». Tesis de Licenciatura. Lima: PUCP, 1994, p. 9.

28. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, Lima: Cultural Cuzco, 1990, p. 67.

29. STARN, Orin. *Hablan los ronderos: la búsqueda por la paz en los Andes*. Lima: IEP, 1993, pp. 36-38.

nados y demás bienes, cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

En este contexto y, frente al incremento de las actividades senderistas, las rondas cumplieron un rol importante de resistencia y protección de sus comunidades. A partir de la década del 90, ellas contaron con el apoyo del Ejército (económico y logístico), que las exhortaba a continuar realizando sus acciones y amenazaba con tomar medidas drásticas contra quienes se rehusaran a participar en las patrullas.³⁰ Mediante decreto supremo 012-88-IN, se reglamenta la ley 24571 y se busca integrar a dichas rondas en el sistema de control oficial. Sin embargo, posteriormente el decreto supremo 002-93-DE-CCFFAA deja sin efecto el reglamento mencionado y su artículo 2 dispone que:

[...] las Rondas Campesinas, Pacíficas, Democráticas y Autónomas, adecúen su organización y funciones a las normas previstas en el Decreto Supremo N° 007/DE-92- Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa [...]

Por su parte, mediante decreto legislativo 741 se reconoce a los comités de autodefensa como organizaciones de la población para desarrollar actividades de autodefensa de su comunidad. En el artículo 1 de dicho decreto, se establece:

Reconózcase a los Comités de Autodefensa, como organizaciones de la población surgidas espontánea y libremente para desarrollar actividades de autodefensa de su comunidad, evitar la infiltración terrorista, defenderse de los ataques de estas y apoyar a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú en las tareas de pacificación, cuya característica es la de ser transitoria.

30. DEGREGORI, Carlos Iván. *Las rondas campesinas y la derrota de Sendero Luminoso*. Lima: IEP, 1996, p. 245.

Si bien las rondas contribuyeron a la defensa de sus comunidades frente al ataque senderista, también contribuyeron a la comisión de violaciones de derechos humanos, tales como la DFP.

Con todo, no es posible considerar a los ronderos y los miembros de los comités de autodefensa como sujetos activos de la DFP, habida cuenta de que no encajan en la figura de funcionarios o servidores públicos.

4.1.2. Sujeto pasivo

Se denomina *sujeto pasivo* al titular del bien jurídico protegido, esto es, de aquel bien que es lesionado o puesto en peligro por el delito.³¹ Solamente la titularidad de dicho bien determina la condición de sujeto pasivo. Es oportuno recordar acá la discusión sobre la problemática del bien jurídico protegido en la DFP.

En el capítulo anterior referí las diferentes posturas al respecto y planteé una propia. Para aquellos que consideran como bien jurídico protegido la Vida –pero lo mismo ocurre con la Libertad e Identidad personales–, esta sería un bien jurídico individual y, por tanto, tendría como titular un sujeto pasivo simple.

Distinto es el caso de la seguridad pública puesto que, en este caso, se trata de un bien jurídico colectivo. Sin embargo, se concluyó que, al ser vulnerado por otros delitos, no podría ser considerado bien jurídico protegido en la DFP.

El bien jurídico protegido que planteé fue la Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED), que implica la vulneración de una complejidad de relaciones sociales y valoraciones jurídicas. La GIED constituye la garantía de un marco de relación social previo, que permite el desarrollo de otros derechos personales: Vida, Libertad Individual, Seguridad Personal e Identidad, entre otros. De ser así, cuando se realiza una DFP, no solo se vulneran derechos perso-

31. COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN. Ob. cit., p. 281.

nales como los antes mencionados sino que, además, se tocan fibras de las relaciones entre el Estado y la sociedad y, por otro lado, entre las garantías y la autoridad.³²

En esa línea ideológica, sostengo que el bien jurídico protegido en la DFP debe ser clasificado como institucional³³ en la medida en que la GIED es un derecho fundamental, una institución básica para el funcionamiento del estado de derecho y su sistema social, en tanto vía equilibrada de la relación Estado-sociedad.³⁴

El sujeto pasivo de la DFP debe ser *macrosocial*: todos y cada uno de los miembros de la sociedad. Ello se sustenta en que todos los ciudadanos tienen interés en que se respete la GIED, ya que cada desaparición pone en peligro la protección legal de los demás ciudadanos y, con esta, sus demás bienes jurídicos personales.³⁵

En conclusión, el sujeto pasivo de la DFP es la sociedad. Sin embargo, cabe distinguirse entre sujeto pasivo y sujeto sobre el que recae la acción típica. Así, si bien la sociedad es el sujeto pasivo de ese delito, la persona desaparecida es el sujeto sobre el que recae la acción típica, en la medida en que es afectado directamente en el ejercicio de sus derechos fundamentales y en el uso de las garantías procesales pertinentes.

Por otro lado, el artículo 320 de nuestro Código Penal no considera agravantes para el delito de DFP. Pese a ello, creo necesario configurar agravantes tomando en cuenta, por ejemplo, las características de la víctima. Así, la DFP de menores³⁶ debería considerar

32. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., p. 184.

33. Ibídem, p. 186.

34. Ibídem, l. cit.

35. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Ob. cit., p. 187. Cabe señalar que en el presente trabajo se hace una equiparación de las afirmaciones de la autora respecto de la Detención Arbitraria con el delito de DFP.

36. Según la Resolución Defensorial sobre Desaparición Forzada de Personas, especialmente graves son las denuncias que corresponden a menores de 4 años (40) y a niños cuyas edades fluctúan entre los tres y los 14 años (98), víctimas que en con-

una pena mayor a la establecida para los otros casos, dada la especial condición de indefensión y vulnerabilidad de la víctima, tal como ocurre en los casos de violación sexual de menores.

4.1.3. Conducta típica

De acuerdo con el artículo 320 de nuestro Código Penal, los verbos rectores que determinan la conducta típicamente injusta en este delito son *ordenar* o *ejecutar* acciones que tengan por resultado la desaparición «debidamente comprobada». A continuación, estudiaré el hecho típico en dos momentos: primero, el carácter permanente o continuado del delito sobre la base del verbo rector y, segundo, la frase «debidamente comprobada» como condición objetiva de punibilidad.

Delito permanente y delito continuado

La clasificación de delitos instantáneos y permanentes opera únicamente respecto de los llamados delitos de resultado.³⁷ Importa acá determinar si la DFP pertenece a esta categoría.

Nuestro Código Penal, en su artículo 320, no contiene una definición de DFP; por ello, utilizaré el concepto propuesto por la Convención Interamericana sobre el tema. Como he mencionado en el primer capítulo, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en su artículo II, la define como:

[...] la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquies-

junto representan más del 5% del total de presuntos desaparecidos. Entre ellas existen seis menores de un año de edad (p. 14).

37. MAZUELOS COELLO, Julio. «La usurpación: delito instantáneo o permanente». *Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica*, n.º 1, 1995, p. 119.

cencia 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.

A partir del concepto señalado es posible determinar como elementos configuradores del delito la privación de libertad y la falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad. Son estos actos los que tienen como consecuencia la «desaparición» de una persona.

En ese sentido, la DFP es un delito de resultado, puesto que la acción estaría acompañada de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta.³⁸

El artículo 320 de nuestro Código Penal establece como verbos rectores *ordenar* o *ejecutar* acciones que tengan como resultado la desaparición de personas. De acuerdo con esta descripción, aparentemente el tipo legal requiere la causación de un resultado que sería la desaparición de la víctima, por lo que cabría clasificar el delito dentro de esta categoría. No obstante, la redacción no es del todo clara, puesto que no se precisa si la desaparición que se exige es actual o futura.

Esta imprecisión acarrea implicancias a la hora de determinar si la DFP, tal como aparece tipificada en nuestra legislación, es un delito de resultado o de mera actividad. En efecto, si la desaparición que se exige es actual e inminente, entonces se trata de un delito de resultado, pues el tipo legal estaría sancionando la consumación de la desaparición como consecuencia de las acciones descritas anteriormente. Si, por el contrario, la desaparición fuera una exigencia *a posteriori*, entonces se estaría sancionando la realización de actos idóneos que conlleven a la desaparición, con lo cual estaríamos frente a un delito de mera actividad. Ciertamente, si la desaparición no fuera actual, bastaría con que el sujeto activo ordene o ejecute

38. *Ibidem*, l. cit.

acciones que causen la desaparición de la víctima para que su conducta fuera punible; en este caso, se estaría ante un tipo de peligro abstracto o de peligro *ex ante* del comportamiento.³⁹

Frente a esta imprecisión, se asumirá que el tipo legal exige la desaparición actual de la víctima, con lo que se sanciona la producción de un resultado y no la mera actividad de ordenar o ejecutar acciones independientemente de la producción de un resultado actual.

Partiendo de esta premisa, corresponde ahora determinar si la DFP es un delito de carácter permanente o instantáneo. Para esta determinación se debe analizar el momento en el que se consuma el delito.

En este punto, puesto que nuestro Código Penal no contiene una definición de DFP, me remito a la propuesta por la Convención Interamericana. En mi opinión, el delito se consuma cuando el sujeto activo oculta o niega información sobre la privación de libertad y el paradero del detenido, dado que, precisamente en ese momento, la víctima es extraída del ámbito de protección legal, con lo que se vulneran, por parte del Estado, sus derechos constitucionales, y se le impide el uso de las garantías pertinentes. La falta de información o negativa de ella a los familiares de las víctimas y a las autoridades respectivas *desaparece* al individuo de la sociedad y, en algunas ocasiones, se cuestiona hasta su propia existencia.

La DFP no se consuma con la privación de libertad pues, en ese caso, estamos solamente ante una Detención Arbitraria; esta privación, sin embargo, es previa y esencial, en la medida en que permite la comisión de la DFP. A diferencia de la Detención Arbitraria, en donde la privación de libertad es reconocida por el sujeto activo, con lo que se faculta el ejercicio de las garantías constitucionales como el hábeas corpus, la DFP imposibilita el ejercicio de tales recursos. En

39. CARO CORIA, Dino Carlos. «La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». En SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las Medidas para su Implementación en el Perú*. Lima: PUCP, 2001, p. 168.

efecto, si bien en diversos casos se presentaban recursos de hábeas corpus como un medio de lograr la «libertad» de la víctima, estos eran declarados improcedentes pues, ¿cómo se podía otorgar la libertad de una persona que formalmente no estaba detenida?

Las detenciones/desapariciones en nuestro país solían ocurrir en los domicilios de las víctimas o en lugares públicos, generalmente en presencia de numerosos testigos, entre ellos los propios familiares. Como los agentes de la detención negaban u ocultaban el acto de privación de libertad que había sido ejecutada frente a otras personas, surgía el interrogante: ¿dónde está el detenido? La única respuesta posible frente a esta negativa era que había «desaparecido». En ese sentido, Bustos Ramírez señala que la DFP consiste en no dar razón del detenido ilegalmente o no acreditar haberlo dejado en libertad.⁴⁰

Llegado a este punto, se puede afirmar que el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor. Dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica.⁴¹ En este caso, la DFP, al consumarse con la negativa de las autoridades a reconocer la detención y a brindar cualquier información sobre la víctima, no sería un delito permanente, pues el acto de negar u ocultar información es uno solo. En mi concepto, la DFP se configura desde la primera negativa o desde la primera vez que se oculta información sobre el paradero de la víctima.

Ciertamente, como he mencionado, en ese momento se debilita el sistema de derecho y se deja al individuo fuera del amparo de la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección a sus derechos fundamentales.

40. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte especial*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 186.

41. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 3.^a edición. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1990, p. 216.

Por otro lado, una característica de los delitos permanentes consiste en que en el propio tipo legal se recoge, en forma expresa, la realización permanente del tipo.⁴² Es decir, el legislador pone el acento de la punición solamente en la creación del estado antijurídico y no en su mantenimiento. Desde esta perspectiva, el tipo legal del delito de Desaparición Forzada, tal como aparece en el artículo 320 de nuestro Código Penal, se realiza: «ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición [...]».⁴³ Siendo así, la DFP, conforme al tipo legal mencionado, se materializa en un solo momento mediante actos de ordenar o ejecutar acciones que conlleven a la desaparición del individuo, esto es, se configura en un solo instante.⁴⁴ No es de realización permanente; lo que sí se produce es una situación de desaparición que se mantiene en el tiempo, se crea un estado distinto del anterior a la desaparición.

En este orden de ideas, la existencia de una situación de desaparición no sigue realizando el tipo; luego, el delito no sigue consumándose. Que el sujeto activo lleve a cabo comportamientos propios al mantenimiento de la desaparición, como la reiterada negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima y su consiguiente abstracción del ámbito de protección de la ley y de la sociedad, no significa que esté realizando el delito de manera permanente. Estos comportamientos no son descritos por el tipo legal del artículo 320 del Código Penal, sino solo el estado antijurídico creado con la desaparición.

42. MAZUELOS COELLO, Julio. Ob. cit., p. 123.

43. Como he mencionado, nuestro Código en el artículo 320 no hace referencia a la falta de información o a la negativa a reconocer la privación de libertad u ocultamiento del paradero de la víctima. Por ello, dicha conducta, con la que se consume la DFP, está implícitamente considerada en la ejecución de acciones que tienen como resultado la desaparición.

44. La acción de ordenar se da en un solo instante. La ejecución de acciones que conlleven la desaparición también es instantánea, como la detención y la negativa o falta de información sobre dicha privación de libertad y el paradero de la víctima.

En esta línea de argumentación, puedo sostener que la DFP se produce en un solo momento y no se mantiene en el tiempo, por lo que no es un delito permanente; en cambio, la situación de desaparición sí es duradera. La DFP, entonces, es un delito instantáneo con efectos permanentes. La creación de situaciones permanentes mediante la comisión de un delito ha sido destacada por la doctrina alemana y española: se trata de los llamados *delitos de estado*, que se caracterizan por la creación de un estado antijurídico duradero pero, a diferencia de los delitos permanentes, la consumación cesa desde la aparición del estado, debido a que el tipo legal solo describe la producción del estado y no su mantenimiento.⁴⁵

En mi opinión, el delito de DFP pertenece al grupo de los llamados *delitos de estado*, pues crea un estado nuevo respecto de la situación jurídica de la persona. Con la desaparición se niega una multiplicidad de actos en la vida jurídico-social de la víctima, desde los más simples y personales, hasta el reconocimiento de su muerte, con lo que se afecta al hombre en todas sus dimensiones.⁴⁶

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al establecer en su artículo III el carácter permanente del delito, confunde el concepto de delito permanente con los efectos permanentes de la DFP (mientras dura la situación de desaparición de la víctima). Cabe señalar que la condición de «permanente» establecida por la Convención tiene efectos en la prescripción del delito, ya que solamente podría operar desde la fecha del cese de la actividad perturbatoria; en este caso, cuando se establece el destino o paradero de la víctima. Por ello, la Convención ha creído conveniente, con el fin de impedir la impunidad de sus autores a través de la prescripción, considerar la DFP como delito permanente. Esta

45. Véase, respecto de Hruschka, HRUSCHKA. «Die dogmatik der Damerstrafates und das Problem der tatbeendigung». En *Goldammer's Archiv für strafrecht*. 1968, pp. 192-206. Citado por MAZUELOS COELLO, Julio. Ob. cit., p. 124.

46. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 186.

previsión es innecesaria, en razón de la imprescriptibilidad⁴⁷ de los crímenes de lesa humanidad cuando son parte de un ataque generalizado y sistemático, tal como ocurrió en nuestro país.

En cuanto al carácter continuado del delito (artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas), se puede afirmar que existe una errónea equiparación entre los conceptos de *delito permanente* y *delito continuado*. En efecto, el delito permanente es un caso de unidad de acción típica; así, los distintos actos individuales realizados para el mantenimiento del estado antijurídico son objeto de una valoración unitaria (unidad de valoración típica).⁴⁸ Al contrario, el delito continuado constituye un caso de pluralidad de realizaciones típicas y por tanto, un concurso de delitos.⁴⁹

Hecha esta referencia, puedo afirmar que la DFP no es un delito continuado puesto que, al ser un delito de estado, su consumación es instantánea y no existe pluralidad de acciones típicas vinculadas. Ciertamente, el delito continuado implica la realización de acciones u omisiones como actos ejecutivos de la misma resolución criminal. Estas acciones u omisiones deben ser cometidas en momentos diversos y, además, deben implicar violaciones a la misma o semejante ley penal.⁵⁰

Sobre el particular, como he mencionado, la DFP se consuma con la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima, de modo tal que el delito no se realiza en diversos momentos, sino en un solo acto. Cabe señalar que, si bien este ilícito fa-

47. Así lo estipula el artículo VII de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas y el artículo 29 del Estatuto de Roma.

48. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito continuado*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 81.

49. *Ibidem*, l. cit.

50. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal: parte general*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 303.

cilita la comisión de otros (tales como maltratos, tratos inhumanos, crueles y degradantes, tortura y en algunos casos ejecución extrajudicial), estos últimos son independientes entre sí y con bienes jurídicos propios. En consecuencia, no existe aquí pluralidad de acciones vinculadas ni violación a la misma o semejante norma penal; en todo caso, podría hablarse de un concurso real de delitos.

Por los argumentos expuestos, la DFP no es un delito permanente ni continuado.

«Debidamente comprobada», condición objetiva de punibilidad

El artículo 320 de nuestro Código Penal, cuando describe la conducta típica, establece que la desaparición debe ser «debidamente comprobada». Mi punto de vista consiste en considerar esta frase normativa como una *condición objetiva de punibilidad*.

En efecto, las condiciones objetivas de punibilidad son hechos futuros e inciertos (condiciones) independientes de la voluntad del autor (objetivas).⁵¹ Así, la frase «debidamente comprobada» debe interpretarse como exigencia de indicios razonables o suficientes sobre la desaparición de una persona. En estos términos, un fiscal no puede negarse a formalizar denuncia contra los posibles autores aduciendo que la desaparición no está «debidamente comprobada» (es decir, apoyada en documentos u otros medios de prueba que la demuestren), puesto que, como he señalado, basta con que existan indicios razonables de la comisión del delito. Una interpretación distinta implicaría considerar la frase en cuestión como un elemento del tipo, hecho que constituiría un impedimento para su investigación y el inicio del respectivo proceso y, además, ocasionaría la impunidad de sus autores.

Por su parte, Cobo del Rosal opina que las condiciones objetivas de punibilidad desempeñan una función estructural en la noción de delito: la infracción está ya completa con independencia de que

51. COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN. Ob. cit., p. 330.

concurran o no.⁵² En este caso, la frase normativa «debidamente comprobada», al ser una condición objetiva de punibilidad, no afecta la estructura del delito de DFP, ya que se consume al momento de la negativa u ocultamiento del paradero de la víctima.

Por otro lado, cabe señalar que el juez, al dictar sentencia, tendrá la certeza de la comisión del delito, así como de la responsabilidad de los presuntos autores. Por tanto, al momento de emitir una condena, el hecho de que la desaparición sea debidamente comprobada es un elemento que debe tener en cuenta el juez, por lo que la frase en cuestión resultaría innecesaria.

En ese orden de ideas, 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. En este sentido, opina Caro Coria, el añadido «debidamente comprobada» es superfluo desde el punto de vista del tipo objetivo y de la punibilidad.⁵³

4.1.4. La DFP sancionada como secuestro durante su ausencia de tipificación en el Código Penal y su implicancia en términos de prescripción

Recordemos que la DFP no estaba tipificada como tal en el Código Penal de 1924 y que, recién en 1991, se incorpora al ordenamiento penal interno en el capítulo previsto para los delitos de terrorismo. Sin embargo, desde su incorporación al Código Penal hasta la fecha,

52. *Ibidem*, pp. 330-331.

53. CARO CORIA, Dino Carlos. *Ob. cit.*, p. 169.

ha sufrido algunas modificaciones hasta llegar a su regulación actual, que pueden verse resumidas en el siguiente cuadro:

| | | | | |
|---|--|---|--|--|
| Código Penal de 1924: Ausencia de tipificación de la DFP | Código Penal de 1991 (abril), artículo 323 | Ausencia de tipificación de DFP (desde la promulgación del decreto ley 25475, que derogó el capítulo de Terrorismo) | Decreto ley 25592, vigencia a partir del 2 de julio de 1992, penaliza nuevamente la DFP (artículo 1) | Ley 26926, que reincorpora la DFP al Código Penal de 1991 (21/2/98), artículo 320 |
| Los delitos cometidos en este período serían sancionados por los delitos de secuestro y homicidio calificado en caso de encontrar el cadáver. | Los delitos cometidos en este período serían sancionados por DFP y homicidio calificado en caso de encontrar el cadáver. | Los delitos cometidos en este período serían sancionados por los delitos de secuestro y homicidio calificado en caso de encontrar el cadáver. | Los delitos cometidos en este período serían sancionados por DFP y homicidio calificado en caso de encontrar el cadáver. | Los delitos cometidos en este período serían sancionados por DFP y homicidio calificado en caso de encontrar el cadáver. |

Posibles problemas por presentarse respecto de la aplicación de la ley penal en el tiempo

Para desarrollar este tema es importante la solución de algunos casos hipotéticos a presentarse durante la sucesión temporal de las leyes penales sobre DFP:

a) Caso hipotético n.º 1: La comisión de una DFP durante la vigencia del Código de 1924

En este supuesto, atendiendo al principio de legalidad consagrado en el artículo 2 de las Disposiciones Generales del Código Penal de 1924, y considerando que la DFP no estaba tipificada como tal durante la vigencia de este cuerpo normativo, la privación de libertad

seguida de negativa de información sobre el paradero de la víctima (desaparición) sería sancionada como Secuestro y, en caso de ser encontrado el cadáver, estaríamos ante un concurso real entre Secuestro y Homicidio Calificado.

b) Caso hipotético n.º 2: La comisión de una DFP durante la vigencia del Código de 1924 y el hallazgo del cadáver bajo la vigencia del Código Penal de 1991

En este caso, se aplicaría el concurso real entre secuestro y homicidio calificado porque, en el momento de la comisión del delito,⁵⁴ la DFP no estaba tipificada como tal. En efecto, debemos tener en cuenta que la Desaparición Forzada es un delito de consumación instantánea con efectos permanentes; por tanto, el hallazgo del cadáver no determina el término de la DFP, sino que demuestra la comisión de otro ilícito penal, como el Homicidio Calificado.

c) Caso hipotético n.º 3: La comisión de una DFP durante la vigencia del Código de 1924 y el hallazgo del cadáver bajo la vigencia del decreto ley 25592

En este caso, se aplicaría el concurso real entre Secuestro y Homicidio Calificado ya que, en el momento de la comisión del delito, la Desaparición Forzada no estaba tipificada como tal, independientemente del momento en el se encontró el cadáver; todo ello de acuerdo con el principio de legalidad.

54. Conforme al artículo 9 del actual Código Penal: «El momento de la comisión del delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en el que el resultado se produzca». En el caso de la DFP, el agente actúa cuando niega u oculta el paradero de la víctima y, en ese momento se produce su consumación.

d) *Caso hipotético n.º 4: La comisión de una DFP durante la vigencia del Código de 1924 y el hallazgo del cadáver bajo la vigencia de la ley 26926*

Este caso sería igual al anterior por las mismas razones: concurso entre Secuestro y Homicidio.

e) *Caso hipotético n.º 5: La comisión de una DFP durante la vigencia del Código de 1924 y el hallazgo del cadáver bajo la vigencia del decreto ley 25475 (ausencia de tipificación)*

En este caso, correspondería aplicar las reglas concursales entre Secuestro y Homicidio Calificado. Es importante recordar que, para efectos de la aplicación de la ley penal, lo relevante es el momento de la comisión del ilícito. En este supuesto, la DFP no estaba tipificada al momento de su comisión.

f) *Caso hipotético n.º 6: La comisión de una DFP durante la vigencia del Código de 1991 y el hallazgo del cadáver bajo la vigencia del decreto ley 25475 (ausencia de tipificación)*

En este caso, se sancionaría por DFP, de acuerdo con su tipificación en el 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 15 años e inhabilitación.

En efecto, como se mencionó en el caso n.º 2, el hallazgo del cadáver es irrelevante para la consumación de la DFP, y no importa que hubiera ocurrido durante el período de ausencia de tipificación del delito, en razón de que, al momento de su comisión, la conducta estaba penalizada en el ordenamiento penal interno. La regla por aplicarse sería concurso entre Desaparición Forzada de Personas y Homicidio Calificado.

g) Caso hipotético n.º 7: La comisión de una DFP durante la vigencia del decreto ley 25475 (ausencia de tipificación)

En este caso las conductas serían sancionadas como secuestro y homicidio calificado en caso de encontrarse el cadáver, por el principio de legalidad.

h) Caso hipotético n.º 8: La comisión de una DFP durante la vigencia de la ley 26926

En este supuesto la conducta sería sancionada como DFP conforme con el artículo 320 y, de producirse el hallazgo del cadáver, se produciría un concurso real entre Desaparición Forzada de Personas y Homicidio Calificado.

DFP como Secuestro y prescripción

Es importante señalar que la calificación de la DFP como Secuestro durante el período de ausencia de tipificación, comporta considerar ciertos supuestos en términos de prescripción de la acción penal.

Así, si asumimos que el delito de secuestro es un delito permanente, entonces la prescripción empezaría a partir del momento que cesó la permanencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82, numeral 4 del actual Código Penal. En los casos materia de análisis, dicha situación se produce a partir de que se conoce el paradero de la víctima, sea porque aparece con vida, o por hallazgo del cadáver. Por tanto, teniendo en cuenta que la Desaparición Forzada de Personas se sancionaría como Secuestro según el Código Penal de 1924 (en los casos que ocurrieron durante su período de vigencia) y que la muerte de la víctima ocurrió durante o como consecuencia del secuestro, la pena máxima por imponerse sería cadena perpetua. En ese sentido, el plazo de prescripción sería de 30 años (de acuerdo con el artículo 152 del actual Código la pena es de cadena perpetua para secuestro seguido de lesiones o muerte) a partir del cese de la permanencia; por tanto, los casos de desaparición cometidos en el período

desde 1980 hasta el 7 de abril de 1991 —es decir, durante la vigencia del Código del 24— a la fecha no habrían prescrito. Asimismo, tampoco habrían prescrito las desapariciones ocurridas durante el período de derogación del capítulo de Terrorismo del Código Penal actual bajo el cual se encontraba regulada la DFP.

Cabe mencionar que, siendo el Secuestro un delito permanente, la ley aplicable es la vigente al momento de su consumación. Como el delito permanente sigue consumándose hasta que cese la permanencia, la ley aplicable sería la actual norma penal para aquellos casos de desaparición sancionados como Secuestro y que, hasta la fecha, se ignore el paradero de la víctima, pues aún no habría cesado la permanencia.

En este sentido, Bustos Ramírez opina que:

En los delitos permanentes, el momento de acción se mantiene en el tiempo, luego también en este caso es una sucesión de leyes una ley posterior también será ley del hecho y habrá que decidir entre dos leyes del momento del hecho (o más), pero se aplicarán igualmente las reglas generales, es decir, aunque aquí no se trata de efecto retroactivo propiamente tal, ya que las dos son leyes del hecho, ciertamente se aplicará el principio de favorabilidad; para el problema específico de la prescripción el momento del hecho sólo podrá ser aquel en que cesó el comportamiento ilícito.⁵⁵

De lo manifestado por el autor, se pueden distinguir dos momentos de aplicación de la ley penal en los delitos permanentes: un primer momento respecto de la prescripción del delito y un segundo momento en cuanto al momento de determinación de la pena por imponerse.

La aplicación de la norma actual a los delitos de desaparición tipificados como Secuestro no afecta el principio de retroactividad benigna, habida cuenta de que un delito permanente —como ya lo he señalado— sigue consumándose hasta que cese la permanencia.

55. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 89.

Por tanto, la ley vigente cuando se conozca el paradero de la víctima en modo alguno se aplicará retroactivamente, sino que será la ley vigente al momento de la comisión del delito permanente, en este caso el Secuestro.

4.1.5. Presunción de muerte y homicidio calificado por el período prolongado de desaparición

El artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, al establecer su concepto de desaparición, no considera la muerte como elemento constitutivo suyo o su consecuencia necesaria; por esta razón, la Vida no sería considerada como bien jurídico protegido en este delito. Sin embargo, existe reiterada jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que considera aplicable una «presunción de muerte» para aquellos casos de desaparición prolongada. Como ejemplo de esta presunción tenemos la sentencia de Manfredo Velásquez Rodríguez, ciudadano hondureño desaparecido 12 de setiembre de 1981. En relación con este caso, la Corte establece que:

[...] respecto al derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención. El contexto en que se produjo la desaparición y la circunstancia de que siete años después continúe ignorándose qué ha sido de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que Manfredo Velásquez fue privado de su vida.

Por tanto, tomando como precedente lo establecido en la sentencia de Velásquez Rodríguez, es posible inferir la afectación del derecho a la vida de una persona desaparecida por un período prolongado sobre la base de la «presunción de muerte».

Ciertamente, en el caso de la DFP indefinida, considerando la presunción de muerte, el posible autor del asesinato habría dado la muerte a su víctima con la finalidad o propósito de ocultar la comisión de otro delito que le interesa que no sea descubierto o esclarecido. Como lo señala Roy Freyre:

[...] esta calificante es válida tan sólo en la hipótesis que exista una conexión subjetiva en la comisión de ambos ilícitos penales: entre el delito precedente (que lesiona o compromete cualquier bien jurídico) y el delito consecuente (que lesiona la vida misma).⁵⁶

En efecto, el delito de DFP surge en nuestro país en un contexto de violencia política y como parte de una estrategia antisubversiva empleada por los comandos militares en las zonas de emergencia; se constituyó, así, en una práctica sistemática y generalizada. Este delito tuvo la particularidad de devenir una afectación al derecho a la vida, probablemente, para ocultar los excesos cometidos durante el período de desaparición, como las torturas a las que eran sometidas las víctimas, por ejemplo. En estos casos, el agente de desaparición mata a su víctima para dificultar el descubrimiento del delito o delitos precedentes.

Sin embargo, si bien existe la presunción de muerte, considero que no es posible formular denuncia contra el presunto autor de DFP por el delito de Homicidio Calificado sobre la base de la sola presunción pues, de lo contrario, se afectaría el principio de presunción de inocencia, al no existir prueba suficiente (en este caso, la ausencia del cadáver) que acredite la comisión del delito adicional. En este sentido, se pronuncia reiterada jurisprudencia nacional y española. Así, tenemos como ejemplo la polémica sentencia del caso Nani, mediante la cual la sección IV de la Audiencia Provincial de Madrid condenó por primera vez por delito de DFP.

Ciertamente, se condenó a los autores sobre la base del artículo 483° del Código Penal español por el delito de detención ilegal seguida de desaparición al no poderse probar la muerte de Santiago Corella *El Nani*. El Tribunal español no pudo declarar la existencia de un supuesto homicidio o asesinato, porque no se pudo encontrar

56. ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo I. Lima: s.e., 1989, p. 148. Véase, al respecto, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho Penal Peruano: Parte Especial*. Lima: Palestra, 1998, p. 58.

el cadáver que la evidenciara, y consideró que lo contrario implicaría una vulneración al principio de presunción de inocencia, al condenar por un delito de sospecha que daría entrada al objetivismo del *versari in re ilícita*.⁵⁷

4.1.6. Imputación objetiva y resultado típico

Establecidos los sujetos activo y pasivo y la conducta típica de la DFP, corresponde ahora tratar el tema de la imputación objetiva y el resultado típico. Este tema es importante, ya que servirá de base para determinar la autoría (tema de un acápite posterior) y establecer las responsabilidades de los diferentes agentes del delito.

Antes de pasar al análisis de la imputación objetiva, es necesario precisar si la DFP es un delito de lesión o de peligro concreto.

La estructura del tipo de injusto contemplado en el artículo 320 del Código Penal es—sin lugar a dudas—la de un delito de lesión y no de peligro concreto, como está descrito en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

De acuerdo con la forma de regulación de esta última, el desvalor del resultado está marcado no por una lesión del bien jurídico penal, sino por una puesta en peligro concreto para la víctima. En este caso, no es necesario acreditar la desaparición de la víctima, tal como lo exige el artículo 320 del Código Penal: basta con la privación de libertad por agentes estatales seguida de la falta de información o la negativa a reconocerla, presupuestos con que se configuraría el delito.

En efecto, la exigencia de acreditar que la desaparición era atribuible a un funcionario o servidor público, así como que antes de la desaparición había ocurrido la detención arbitraria, era imposible, dadas las características de la DFP.

57. GLOVER, Helen. «Sentencia Polémica. Caso Nani». *Normas Legales*, n.º 258, 1997, pp. A51-52.

En consecuencia, sería necesario incluir en nuestra legislación penal la fórmula de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y considerar su ejecución como conducta peligrosa, sin que sea necesario acreditar la producción efectiva de la desaparición.

Habiendo concluido que la DFP es un delito de lesión, de acuerdo con nuestra legislación penal, pasaremos a señalar los criterios de imputación objetiva en este delito.

La imputación al tipo objetivo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor.⁵⁸ Siendo la DFP un delito de resultado, como se estableció en el acápite 4.1.3.1 de este trabajo, es necesario constatar la existencia del nexo causal entre acción y resultado. La causalidad es el fundamento de toda imputación al tipo objetivo e implica que la causación de un resultado se deba a la conducta contemplada, es decir, que exista una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.⁵⁹ En efecto, la constatación de tal relación entre acción y resultado será el requisito previo para comprobar que un comportamiento es imputable a su autor como productor de un resultado.

En el caso de la DFP existe una relación de causalidad entre el comportamiento del funcionario o servidor público descrito en el artículo 320 del Código Penal y el resultado típico (la desaparición de la víctima). No cabe duda de que la privación de libertad y el mandato o ejecución de acciones como, por ejemplo, la negativa de información u ocultamiento del paradero de la víctima conllevan su desaparición, más aun cuando así está expresamente regulado en el artículo 320 del Código Penal. En este sentido, la causalidad está plenamente establecida entre la conducta del sujeto activo y el resultado de desaparición de la víctima.

58. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Volumen I: «Fundamentos, la estructura de la teoría del delito». 2.^a edición. Madrid: Civitas, 1997, p. 345.

59. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 229.

El siguiente paso consiste en analizar si, entre el resultado causado y la acción, existe una determinada relación de riesgo.⁶⁰

En efecto, un resultado causado por el agente solamente se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y si ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.⁶¹

En este sentido, el concepto de imputación objetiva descansa sobre la acción peligrosa, esto es, sobre aquellas propiedades de la acción que permiten considerarla como fuente posible de peligro.⁶² Dicha acción prohibida sería causal del ulterior resultado prohibido en la medida de que implica una situación de riesgo para el bien jurídico protegido.

La DFP supone la creación de un riesgo no permitido y jurídicamente desaprobado. Ciertamente, sustraer a la víctima del ámbito de protección legal facilita la vulneración de sus derechos fundamentales. Dicha acción es determinante del peligro efectivo que causa la lesión del bien jurídico Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED).

En el caso de la DFP, cabría imputación objetiva para los mandos militares y civiles que ordenaron la detención arbitraria y posterior desaparición de los presuntos terroristas, puesto que no fueron casos aislados por desobediencia o insubordinación de militares o policías de rango inferior, sino una práctica, a juzgar por la magnitud de desapariciones en nuestro país.

No puede hablarse de aumento del riesgo permitido, porque la privación arbitraria de libertad y la negativa u ocultamiento de información del paradero de la víctima no son conductas permitidas. En efecto, por *riesgo permitido* debe entenderse una conducta que

60. *Ibíd.*, l. cit.

61. ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p. 363.

62. TORIO LÓPEZ, Ángel. «Naturaleza y Ámbito de la teoría de la Imputación Objetiva». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, 1986, p. 308.

crea un riesgo jurídicamente relevante pero que, de modo general, está permitida.⁶³ Este sería el caso, por ejemplo, del tráfico público, en el cual el solo hecho de rebasar el riesgo permitido incumpliendo las reglas de tránsito crea un peligro cuya realización hace imputable el resultado como acción típica.

En el caso de la DFP, el resultado típico es la consecuencia de la realización de un peligro creado exclusivamente por el autor, en este caso el funcionario o servidor público que ordena o ejecuta acciones que conllevan la desaparición de la víctima. De este modo, al extraer a la víctima del ámbito de protección legal, se crea un riesgo jurídicamente desaprobado no solamente para el presunto desaparecido, sino también para la sociedad en su conjunto.

En conclusión, siendo la DFP un delito de acción, de resultado y de lesión, y estando demostrada la relación de causalidad y la creación del riesgo o peligro no permitido, es posible afirmar la imputación objetiva del resultado típico para sus autores.

4.2. Autoría y participación

Para determinar la autoría y participación en la DFP, es importante tomar en cuenta la teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber. Siendo la DFP un delito cometido por funcionario o servidor público, esta teoría sería aplicable. En efecto, en los delitos de dominio se incumple un mandato general y, por ello, la mayoría suelen ser delitos comunes. Sería necesario, entonces, partir del criterio del *dominio del hecho* para distinguir entre autor y cómplice. Así, en esta clase de delitos el legislador presupone el *dominio* de la conducta típica por parte del autor, ya sea por sí mismo, por intermedio de otro o juntamente con otros.⁶⁴

63. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 371.

64. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 47.

No ocurre lo mismo con los delitos de deber, en los que el reproche penal va dirigido a la infracción de un deber específico del sujeto activo.⁶⁵

En el caso de la DFP que tuvo como sujeto activo a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, la infracción al deber estaría dada por la sustracción de la víctima del ámbito de protección legal, acción que facilitaría la vulneración de los derechos fundamentales y el ejercicio de las garantías pertinentes que supone la GIED.

La consideración de la DFP como delito de infracción al deber supone que, para efectos de determinar la responsabilidad penal, el legislador solamente deberá tener en cuenta la vulneración del deber específico concreto del sujeto activo, en este caso, del funcionario público, sin importar cómo lo realice.

Dicha afirmación implica que lo relevante para la autoría sería la *infracción del deber*, de manera independiente a si ontológicamente pueda hablarse de un dominio del hecho o no.⁶⁶ En este tipo de delitos, la cualidad de funcionario público constituye un requisito indispensable para la autoría: así, en la DFP solamente el funcionario público agente del delito sería autor, pues ha infringido dolosamente su deber; los que colaboraran con él pero no ostenten dicha calidad serán partícipes del mismo delito, sin importar quién hubiera tenido el dominio del hecho.

Lo expuesto confirmaría que los ronderos o miembros de los Comités de Autodefensa no pueden ser autores de la DFP, en tanto que no son funcionarios públicos.

Esta teoría trae consecuencias dogmáticas en lo que concierne a la coautoría, puesto que en los delitos consistentes en la infracción de un deber no opera el presupuesto del dominio del hecho.⁶⁷ Es decir, en esta clase de delitos no puede exigirse para la autoría, además

65. *Ibíd.*, l. cit.

66. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Ob. cit.*, p. 48.

67. SUÁREZ GONZALES, Carlos. *Ob. cit.*, p. 154.

de la infracción del deber, el dominio del hecho, pues una exigencia de tal magnitud eliminaría el concepto unitario de participación en estos delitos; por tanto, la infracción conjunta de un deber común da lugar a responsabilidad únicamente a título de autor.⁶⁸

En esta línea de argumentación, no es posible la coautoría para la DFP sino que, en caso de ejecución conjunta por dos o más funcionarios públicos, ambos responderían individualmente como autores.

Llegado este punto y expuestas las implicancias de la teoría de la lesión del deber en las formas de autoría y participación, analizaremos la responsabilidad de los agentes involucrados, considerando que la DFP se ejecutó en el marco de un aparato organizado de poder.

Para acometer dicha labor, tomaré como base la propuesta planteada por Iván Montoya⁶⁹ respecto de la imputación de la realización del delito de Tortura, y la asimilaré al delito materia de análisis. Así, Montoya plantea dos temas para facilitar el análisis de la imputación y la autoría: el primero es el dominio del hecho por el dominio de voluntad en los aparatos de poder organizados y, el segundo, la omisión del agente en posición de garante respecto de la víctima.

Referente al tema del dominio del hecho por dominio de voluntad en los aparatos de poder organizados, afirmo que –al igual que la Tortura y otras violaciones a los derechos humanos– uno de los problemas centrales es la individualización de los autores, en donde radica la importancia de esta teoría. En efecto, durante 1980 a 1996, que fue el período de ejecución de la práctica en nuestro país, los jueces utilizaban como argumento para no abrir instrucción por DFP que no se había individualizado al presunto autor,⁷⁰ con lo que

68. *Ibidem*, l. cit.

69. MONTROYA, Iván. *El delito de Tortura en el Perú*. Lima: IDL, 1998, p. 30.

70. Dicha conclusión es obtenida a partir de la lectura de expedientes sobre DFP que realizó la tesis como miembro del equipo referido al tema de desaparecidos de la Defensoría del Pueblo. Cabe señalar que los referidos expedientes formaban parte del acervo documentario del Ministerio Público y fueron transferidos a la De-

se impedía el inicio del proceso penal y la aplicación de la sanción correspondiente para los posibles autores. Asimismo, los fiscales (salvo algunas excepciones) no realizaron una investigación adecuada que permitiera averiguar el paradero de la persona supuestamente detenida e identificar a los responsables de su privación de libertad. De esta manera, la labor del Ministerio Público se limitó, en gran medida, a registrar las denuncias sobre DFP, pero no se tradujo en diligentes actuaciones destinadas realmente a ubicar a los supuestos desaparecidos.⁷¹

En el primer acápite de este capítulo, se concluyó que los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales son sujetos activos de la DFP.

Las instituciones castrenses constituyen un aparato de poder organizado donde, debido a su estructura jerarquizada, los superiores tienen capacidad de mando sobre los subordinados. Siendo así, debido a la fungibilidad de los agentes ejecutores de la DFP, es posible establecer el dominio funcional del hecho delictuoso de los mandos. En este sentido se pronuncia Roxin, que considera que el *dominio por organización* consiste en «el modo de funcionamiento específico del aparato [...] que está a disposición del hombre de atrás».⁷² De acuerdo con este argumento, ese aparato funciona «sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente automático».⁷³

defensoría del Pueblo mediante resolución 181-96-MP-FN-CEPM, de fecha 6 de setiembre de 1996.

71. DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *La Desaparición Forzada de Personas en el Perú, del 80 al 96*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002, p. 18.

72. ROXIN, Claus. *Taterschaft und Tatherrschaft*. 6.^a edición. Berlín-Nueva York: Gruyter, 2000, p. 245. Véase AMBOS, Kai. «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». *Themis*, n.º 37, 1998, p. 177.

73. AMBOS, Kai. Ob. cit., p. 177.

Conforme a la teoría del dominio por organización concebida por Roxin, la autoría mediata se funda en la fungibilidad del autor directo y en el gobierno automático del subordinado, condicionado por medio de aquel aparato. En virtud de las condiciones marco organizativas, el autor directo es fungible, carente de significado y su individualidad es casual. El dominio por organización ejercido en virtud del aparato reduce el significado de la responsabilidad del autor directo y, al mismo tiempo, agrava hacia arriba la del autor de atrás.⁷⁴ La jurisprudencia exige, además, que en tal tipo de casos el hombre de atrás aproveche la disposición incondicional del autor directo para la realización del tipo penal.⁷⁵

Siguiendo esta línea de argumentación, lo importante es el mecanismo de poder que existe en los aparatos organizados, y es, así, irrelevante la voluntad o participación de los sujetos ejecutores, ya que el «aparato» sigue funcionando sin dificultades, aunque el individuo se niegue a intervenir.⁷⁶

La DFP en nuestro país, como ya se ha mencionado, se perpetró como parte de una estrategia antsubversiva que tenía como fin eliminar a todo aquel que era considerado presunto terrorista. Así, en el contexto de la lucha armada se cometieron múltiples violaciones a los derechos humanos por agentes estatales, tales como torturas, ejecuciones extrajudiciales, tratos inhumanos, crueles y degradantes, detenciones arbitrarias, violaciones sexuales, entre otras.⁷⁷

74. INSTITUTO MAX PLANCK. *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elizabeth Käsemann. Dictamen sobre la siguiente cuestión jurídica: ¿Deben ser considerados los por entonces integrantes de la Junta Militar argentina como autores mediatos del asesinato de Elizabeth Käsemann cometido por las fuerzas de seguridad argentinas?* S.l.n.a., p. 4.

75. *Ibíd.*, l. cit.

76. *Ibíd.*, l. cit.

77. En este sentido, se pronuncia la acusación constitucional contra el ex presidente de la República Alberto Fujimori por los delitos de homicidio calificado, DFP y lesiones graves por los casos denominados «La Cantuta» y «Barrios Altos»,

De acuerdo con la teoría de dominio por organización, lo que importa, con el fin de determinar responsabilidades, es conocer a quien tiene la voluntad que domina en realidad el suceso, de tal modo que la voluntad de aquel se superpone o desplaza a la del ejecutor.⁷⁸

Así, siguiendo el ejemplo de Kai Ambos, «también el comandante de un regimiento de fronteras puede convertirse mediante la orden de disparar dada a un subordinado en autor mediato del homicidio cometido por este.»⁷⁹

Cabe mencionar que uno de los problemas dogmáticos más importantes que pretende resolver la teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber es el del *instrumento doloso no cualificado*.⁸⁰ De esta manera, la realización del hecho mediante infracción del deber constituye el criterio fundamentador de la autoría mediata. En efecto, la infracción de un deber presupone una acción determinada por parte del autor cualificado, pero ello no necesariamente implica que la acción exigida por el tipo tiene que realizarla el autor de propia mano;⁸¹ de lo contrario, se exoneraría de responsabilidad a aquellos funcionarios públicos que utilizan un instrumento no cualificado y se exoneraría, también, a dicho instrumento, ya que, no siendo funcionario público, no podría ser autor.

Acercas de la segunda postura planteada por Montoya de la construcción comisivo-omisiva, en la que se impute la realización del delito a un agente en posición de garante respecto de la víctima, cabe señalar que esta postura –al igual que la anterior– busca solucionar

cuando, en su página 64, establece que «El objetivo del gobierno era asestar golpes frontales en la lucha antisubversiva, efectuar ejecuciones extrajudiciales contra presuntos terroristas [...] y servir como instrumento de ataque contra los enemigos políticos del régimen [...]».

78. *Ibidem*, p. 179.

79. *Ibidem*, p. 176.

80. SUÁREZ GONZALES, Carlos. *Ob. cit.*, p. 157.

81. *Ibidem*, p. 158.

el problema de individualización de los responsables, atribuyendo responsabilidad al superior jerárquico con capacidad de mando sobre los subordinados. La posición de garante puede fundarse en el deber de control de una fuente de peligro, específicamente, en el deber de los superiores jerárquicos de vigilar la actuación de terceros subordinados.⁸² Un superior jerárquico asume unilateralmente una posición de garante respecto de los actos antijurídicos de sus subordinados a través de la organización disciplinaria y jerarquizada que suponen las entidades militares o policiales.⁸³ Este criterio sería aplicable por la teoría del dominio sobre la causa del resultado, según la que el transcurso del suceso dentro del ámbito controlado por el autor por omisión, como todo lo que tiene lugar dentro de ese ámbito, debe ser calificado como obra de su voluntad. Y esto es así cuando el superior jerárquico omite intencionalmente toda conducción, acorde con el Derecho, de sus subordinados, con lo que se produce un resultado lesivo para la integridad personal del detenido.⁸⁴

Respecto de esta segunda postura, la delimitación entre una actuación omisiva y la participación es muy frágil; por ello, habiendo establecido que la DFP es un delito de estructura comisiva —ya que el artículo 320 establece como conducta típica «ordenar o ejecutar acciones que tengan por resultado su desaparición»—, y siendo un delito cometido en el marco de un aparato de poder organizado, considero que la teoría del dominio del hecho o dominio por organización es la más acertada para determinar la autoría en la DFP, con el fin de que los mandos militares superiores respondan como autores mediatos por comisión y no por omisión, ya que (como opina Caro Coria) se sugiere la prevalencia de la responsabilidad por comisión sobre la omisiva.⁸⁵

82. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Ob. cit., p. 285. Véase MONTOYA, Iván. Ob. cit., p. 32.

83. MONTOYA, Iván. Ob. cit., p. 32.

84. *Ibidem*, pp. 33-34.

85. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 169.

Llegado este punto, corresponde determinar la responsabilidad concreta de los tres grupos de sujetos intervinientes en la DFP: mandos superiores, ejecutores y ronderos o miembros de Comités de Autodefensa.

En efecto, si bien la teoría de infracción al deber fundamenta la autoría del funcionario público con la sola vulneración del deber específico, corresponde determinar qué tipo de autoría es la que le corresponde, habida cuenta de que, por la forma de ejecución de la DFP en nuestro país, esta ocurrió dentro del marco de un aparato organizado de poder.

Respecto de los mandos superiores, y siguiendo la teoría del dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado, les corresponde la autoría mediata. En efecto, de acuerdo con lo expresado por la doctrina, *autor mediato* es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica.⁸⁶

En este orden de ideas, la característica esencial de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión respecto del intermediario que utiliza.⁸⁷ Ello es precisamente lo que ocurre en los aparatos organizados de poder como las instituciones militares que, debido a su estructura jerarquizada, el dominio del hecho corresponde a los mandos superiores.

La DFP fue una práctica sistemática y generalizada perpetrada por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en el contexto de la lucha antsubversiva. Así, debido al número de presuntas víctimas en nuestro país, es posible afirmar que, si bien las detenciones estaban a cargo de los miembros inferiores de ambas instituciones, estos no actuaban por propia voluntad, sino en cumplimiento de una or-

86. BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1989, p. 189.

87. PÉREZ CASTILLO, Emperatriz. «Autoría Mediata». *Normas Legales*, n.º 293, 2000, p. A-74.

den como intermediarios en la ejecución de una decisión delictiva determinada por los mandos superiores. Por tanto, dada la fácil fungibilidad de los ejecutores (los cuales, además, por su forma de operar no eran identificables y podían ser reemplazados en el trámite por otro cualquiera), se admite la *autoría mediata* para los miembros superiores del aparato de poder.⁸⁸ En el caso que nos ocupa, son autores mediatos los mandos superiores militares y policiales.

Según otras opiniones, es aplicable a estos supuestos la categoría de *coautoría* por las siguientes razones: los actos de la organización, en el marco de la ejecución de un hecho criminal con división de tareas, son aportes realizados y fundan, por lo tanto, una coautoría; y la falta de superioridad jurídica del autor de atrás excluye una calificación como autoría mediata.⁸⁹

Los argumentos esgrimidos han sido refutados por un sector de la doctrina que sostiene lo siguiente: no es posible hablar de coautoría porque falta la comunidad en la ejecución del hecho; es decir, falta la decisión conjunta de realizar el hecho entre quien ordena y el ejecutor pues, normalmente, no se conocen entre sí.⁹⁰ Asimismo, el hombre de atrás no realiza ninguna contribución para la ejecución conjunta del hecho y, precisamente, esto es lo que sirve para delimitar la inducción frente a la autoría mediata.

Por otro lado, la realización en coautoría se basa en una estructura horizontal mientras que, en los casos en cuestión, predomina una estructura vertical entre el que ordena y el subordinado.⁹¹ Por los argumentos señalados, comparto esta postura y descarto la posibilidad de aplicar la coautoría dentro de un aparato organizado de poder. Para los casos de DFP perpetrados por este tipo de organizaciones corresponde la autoría mediata.

88. BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 196.

89. INSTITUTO MAX PLANCK. Ob. cit., p. 3.

90. *Ibidem*, l. cit.

91. *Ibidem*, l. cit.

Respecto de los ejecutores de la DFP —es decir, aquellos miembros de las fuerzas del orden que realizan la detención y posteriormente consuman el tipo penal de manera directa—, les corresponde la calificación de autores inmediatos o directos. Ciertamente, si bien existe autoría mediata de los mandos superiores, ello no exime de responsabilidad penal a los ejecutores, ya que no se admite la obediencia debida a órdenes superiores como causa de antijuridicidad en el caso de delitos como la DFP.⁹² En consecuencia, si bien el ejecutor actúa dentro de un aparato de poder, la punibilidad de aquel «instrumento» como autor inmediato no es discutida.⁹³

Por último, sobre la participación de los ronderos y los miembros de Comités de Autodefensa, puesto que colaboraron con las fuerzas del orden en la privación de libertad y posterior traslado de las víctimas a los cuarteles militares en donde generalmente se consumaba la DFP, les corresponde la *complicidad primaria*.

En efecto, la complicidad es una forma de participación en sentido estricto. Cómplice es el que dolosamente colabora con otro para la realización de un delito doloso.⁹⁴ Siguiendo esta línea de ideas, *cómplice primario* es aquel que otorga un aporte sin el que no se hubiera podido cometer el delito.⁹⁵

Los ronderos y los miembros de Comités de Autodefensa cumplieron un rol fundamental en la comisión de la DFP en nuestro país, ya que colaboraron en la aprehensión de las víctimas, que constituye un acto previo y esencial sin el que no se hubiera podido cometer el delito. Ciertamente, ese delito va precedido de una pri-

92. Al respecto, el artículo VIII de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas prohíbe la eximente de obediencia debida.

93. BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., p. 196.

94. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Lima: Cultural Cuzco, 1990, p. 233.

95. *Ibídem*, p. 234.

vación de libertad, cualquiera que fuere su forma, puesto que dicho acto permite y facilita su ejecución.

En conclusión, la sistematicidad de la práctica en nuestro país, así como el alto porcentaje de denuncias que señalan a los ronderos como presuntos agentes, nos llevan a afirmar que aquellos actuaron con el consentimiento y aquiescencia de las fuerzas del orden. Por ello, siendo la actividad que realizaron indispensable y dependiente de la realizada por los autores por el principio de accesoriedad, corresponde considerarlos partícipes en la modalidad de cómplices primarios.

4.3. Tipo subjetivo. Dolo

La DFP, tal como se encuentra tipificada en el artículo 320 de nuestro Código Penal, es un delito exclusivamente doloso, pues como lo establece el artículo 12 del citado cuerpo legal:

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

En efecto, los delitos culposos son expresamente establecidos en sus respectivos tipos penales, como ocurre en el caso de las lesiones culposas (artículo 124) y el homicidio culposo (artículo 111). En los otros casos, el agente debe ser sancionado por la comisión de un delito doloso. Sin embargo, no es tarea fácil tratar el tema del dolo en la DFP.

El concepto de dolo aún está en discusión en la doctrina penal. Aunque escapa a los límites de este trabajo realizar un análisis profundo en torno de él, cabe mencionar que la clásica concepción voluntarista del dolo, en términos de considerar como elementos esenciales la conciencia y voluntad, se encuentra en la actualidad en crisis por su dificultad probatoria en el proceso penal. Por ello, desde la perspectiva alemana, el dolo se entiende en términos de conocimiento.

Siguiendo esta nueva tendencia, Ramón Ragués ha planteado un nuevo concepto de dolo con el fin de superar el inconveniente y lograr su prueba objetiva en el proceso. Así, Ragués afirma que:

«Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal.»⁹⁶

En esta línea de argumentación, se plantean todos aquellos criterios en que, de acuerdo con un punto de vista social, debe basarse la correcta atribución a una persona de un determinado grado de conocimiento. De esta manera, el primer criterio consiste en la mera condición de imputable del agente. A partir de ello, se atribuye a un sujeto todos aquellos conocimientos cuya ausencia solamente sería posible en aquellas personas que sufren algún tipo de perturbación psíquica o sensorial.⁹⁷ Siguiendo este criterio, no habría ninguna duda de que los agentes de la DFP actuaron dolosamente, puesto que tanto los autores como los partícipes tenían la calidad de imputables.

Un segundo criterio radica en el hecho de que una persona hubiera sido «normalmente socializada»; es decir, se le imputan conocimientos cuya ausencia únicamente se concibe en sujetos que no han mantenido contacto con la civilización occidental.⁹⁸ De acuerdo con este segundo criterio, cabría la imputación de dolo a los agentes de la DFP en nuestro país, pues todos ellos eran personas normalmente socializadas y ninguno pertenecía a una cultura diferente de la occidental.

96. RAGUÉS I VALLÈS. Ramón *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 521.

97. *Ibidem*, l. cit.

98. RAGUÉS I VALLÈS. *Ob. cit.*, p. 522.

Un tercer criterio es la acreditación de la transmisión previa de conocimientos a la realización del hecho objetivamente típico o la exteriorización previa de dichos conocimientos por el propio agente.⁹⁹ Entiendo este criterio como el conocimiento de las circunstancias típicas anteriores a la comisión del delito; en otros términos, el sujeto sabe que su conducta concreta es capaz de realizar un tipo penal y, por ende, lesionar un bien jurídico. Respecto de la DFP, es posible indicar que los autores, en tanto funcionarios públicos, tenían el conocimiento previo de que su conducta era capaz de realizar un delito, pues realizar una detención arbitraria y extraer a una persona del ámbito de protección legal implica una lesión al bien jurídico protegido en este delito y, además, a una serie de derechos fundamentales. Por tanto, siguiendo este criterio, su conducta sería dolosa.

Un cuarto criterio estaría referido a la circunstancia de que en un sujeto concurren determinadas *características personales* u ocupe determinadas *posiciones sociales*, lo que nos llevaría a imputarle todos aquellos conocimientos cuya ausencia sería impensable desde el punto de vista social para una persona con tales características o que ocupara tales posiciones.¹⁰⁰ De acuerdo con este criterio, como ya se ha mencionado, los autores de Desaparición Forzada de Personas en nuestro país tenían la calidad de funcionarios o servidores públicos; por tanto, reunían determinadas características personales y ocupaban determinadas posiciones sociales que harían impensable el desconocimiento de que abstraer a una persona del ámbito legal, facilitando u ejecutando toda clase de violaciones a sus derechos fundamentales, no constituyera delito. Así, sería posible afirmar que la conducta de los agentes de Desaparición Forzada fue dolosa.

Otro criterio para poder imputar a un sujeto el correcto conocimiento de la situación en la que actúa (*conocimiento situacional*) hace

99. *Ibidem*, l. cit.

100. *Ibidem*.

necesario que pueda acreditarse que los factores objetivos que conforman tal situación se encontraban en una posición espacial tal en relación con el citado sujeto, que indefectiblemente tuvo que aprehender con sus sentidos la existencia y ubicación de su víctima.¹⁰¹ Respecto de este criterio, puedo afirmar que los agentes de la DFP actuaron con un conocimiento situacional de su conducta, puesto que la ejecución del delito tuvo lugar en el contexto de la lucha antisubversiva. Así, los autores miembros de las fuerzas del orden actuaban con la finalidad de eliminar a los presuntos terroristas, en la medida en que eran detenidos arbitrariamente, se negaba toda información sobre su paradero y, por último, no se les ponía a disposición de las autoridades judiciales competentes; de ese modo, se vulnerarían las garantías constitucionales y procesales pertinentes.

Un último criterio se refiere a que, cuando un sujeto ha realizado una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo, y lo ha hecho siendo conocedor de la peligrosidad genérica de tal conducta y contando, además, con un perfecto conocimiento situacional, debe serle imputado el resultado lesivo y debe considerarse el dolo respecto de él. En cuanto a este último criterio, se puede decir que la conducta realizada por los agentes de la DFP, sin duda alguna, constituye una conducta apta para producir el resultado lesivo, ya que sustraer a una persona del ámbito de protección legal implica la vulneración de sus derechos fundamentales y del ejercicio de las garantías pertinentes. Así, es posible afirmar que los agentes eran conocedores de la peligrosidad genérica de su conducta y que contaban, además, como se estableció en el criterio anterior, con un conocimiento situacional.

En conclusión, siguiendo los criterios del dolo cognitivo, es posible afirmar que los agentes de la DFP actuaron dolosamente.

101. *Ibídem.*

CONCLUSIONES

1. El Estatuto de la Corte Penal Internacional comprende la definición dada por la Convención Interamericana, pero la amplía al considerar como agente a una «organización política». Con ello consagra el principio de responsabilidad individual, al considerar a un no estatal como posible agente. Este es el principal punto de divergencia entre la definición recogida en el Estatuto de Roma y la acogida por la Convención Interamericana ya que, según esta última, si el agente fuera una organización política no constituiría DFP sino Secuestro.
2. Siendo la DFP un crimen de lesa humanidad *solamente cuando es una práctica sistemática o generalizada* –consideración en la que existe un punto de coincidencia entre el Estatuto de Roma y el preámbulo de la Convención Interamericana–, la ubicación de la figura de Desaparición Forzada en nuestro Código Penal bajo el rubro Delitos contra la Humanidad no es adecuada.
3. En efecto, tal como se encuentra estipulada la DFP en el artículo 320, no hace referencia alguna a la sistematicidad o generalidad de la práctica; por tanto, sin esa atingencia no puede considerarse de forma genérica que constituya un crimen de lesa humanidad, ya que dicha consideración sería errónea a la luz del derecho penal internacional. Así, cuando la DFP es un acto aislado en virtud de la Convención Interamericana y del Estatuto de Roma, sería un crimen internacional convencional, *mas no un crimen de lesa humanidad*.

4. La ubicación sistemática de la Desaparición Forzada de personas en nuestro Código Penal bajo el título XIV-A, capítulo II, de Delitos contra la Humanidad, no es jurídicamente correcta. De esta manera, nuestro ordenamiento legal deberá recoger una definición del delito que abarque los dos supuestos de comisión: cuando sea parte de un ataque sistemático y generalizado y cuando constituya un acto aislado.
5. La DFP, en la medida en que es cometida por funcionario o servidor público, vulnera la relación jurídica directa Estado-ciudadano. Así, al ser la víctima de la desaparición extraída del ámbito de protección legal, se vulnera el ejercicio de sus derechos fundamentales, así como la utilización de las garantías penales y procesales pertinentes propias de un Estado Democrático de Derecho. En ese sentido, el bien jurídico protegido en la DFP es la *Garantía Institucional del Estado Democrático (GIED)*.
6. Nuestro Código Penal en su artículo 320 se limita a señalar como sujeto activo al funcionario o servidor público, apartándose de lo establecido en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada y el Estatuto de la CPI. Debería considerarse como sujeto activo, además de los funcionarios o servidores públicos, a aquellos particulares o grupos que actúan con el consentimiento del Estado, así como a otros agentes no estatales.
7. La DFP, en la medida en que es un delito cometido por funcionario público, pues así está tipificado, implica la vulneración de un deber. El bien jurídico protegido al que se vincula el deber es, como anotamos, la *Garantía Institucional del Estado Democrático*. En ese sentido, pertenecería a la categoría de *delitos de infracción al deber*.
8. Las Fuerzas Armadas y Policiales mantienen una relación funcional con el Estado, pues realizan funciones de seguridad e interés público. Por tanto, existe una particular vinculación

entre el deber especial de detener y el funcionario que lo realiza. Por ello, los efectivos policiales y miembros de las Fuerzas Armadas abusan de su poder y vulneran la Garantía Institucional del Estado Democrático al ejecutar la DFP. Por los argumentos expuestos, las Fuerzas Armadas y Policiales serían funcionarios o servidores públicos y, por tanto, sujetos activos del tipo de injusto descrito en el artículo 320 del Código Penal.

9. Respecto de los ronderos, considero que no cumplen una función pública, puesto que, a diferencia de las fuerzas del orden, no están facultados de privar a una persona de su libertad, mediante uso del poder coercitivo del Estado con la finalidad de garantizar el orden social y el control interno. En efecto, el grupo mencionado no representa a la administración estatal sino que, simplemente, se limita a cooperar con las autoridades en la eliminación de cualquier delito. Por tal motivo, no es posible considerar a los ronderos y a los miembros de los Comités de Autodefensa como sujetos activos de la Desaparición Forzada, puesto que no encajan en la figura de funcionarios o servidores públicos.
10. El bien jurídico protegido en la DFP habría que clasificarlo como institucional en la medida en que la Garantía Institucional del Estado Democrático es un derecho fundamental, una institución básica para el funcionamiento del Estado de derecho y su sistema social, en tanto vía equilibrada de la relación entre el Estado y la sociedad. En ese orden de ideas, el sujeto pasivo de la DFP es la sociedad, y la persona desaparecida es, en cambio, el sujeto sobre el que recae la acción típica, en la medida en que es afectado directamente en el ejercicio de sus derechos fundamentales y en el uso de las garantías procesales pertinentes.
11. El artículo 320 de nuestro Código Penal no considera agravantes para el delito de DFP. Pese a ello, creo que se deberían to-

- mar en cuenta las características de la víctima con el fin de configurar agravantes. Por ejemplo, en el caso de la DFP de menores debería considerarse una pena mayor a la establecida para los otros casos, dada la especial condición de indefensión y vulnerabilidad de la víctima, así como ocurre en los casos de violación sexual de menores.
12. La DFP, tal como se encuentra tipificada en la actualidad, presenta serias deficiencias, pues no contempla el principal elemento constitutivo del injusto, como la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte del agente. Así, se hace necesaria una norma integral que comprenda un concepto del delito que contenga todos los elementos constitutivos del ilícito penal.
 13. A mi entender, el delito se consuma cuando el sujeto activo oculta o niega información sobre la privación de libertad y el paradero del detenido. En ese momento, la víctima es extraída del ámbito de protección legal, sus derechos constitucionales son vulnerados por el Estado, y se le impide el uso de las garantías pertinentes. La falta de información o negativa de ella a los familiares de las víctimas y a las autoridades respectivas *desaparece* al individuo de la sociedad ya que, en algunas ocasiones, se cuestiona hasta su propia existencia.
 14. La DFP se produce en un solo momento y no se mantiene en el tiempo, luego no es delito permanente. Lo que dura es la situación de desaparición; es decir, se trata de un delito instantáneo con efectos permanentes. En este sentido, el delito de DFP pertenecería al grupo de los llamados *delitos de estado*, pues crea un estado nuevo respecto de la situación jurídica de la persona, ya que con la desaparición se ven negados una multiplicidad de actos en la vida jurídico-social de la víctima, desde los más simples y personales hasta el de ser reconocida su muerte. Con ello se afecta al hombre en todas sus dimensiones.

15. El delito continuado constituye un caso de pluralidad de realizaciones típicas y, por tanto, un concurso de delitos. En ese sentido, la DFP no es un delito continuado puesto que, al ser un delito de estado, su consumación es instantánea, y no existe pluralidad de acciones típicas vinculadas.
16. Debido a la ambigüedad de la frase «debidamente comprobada», 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, ya que es innecesaria, la frase «debidamente comprobada» debe ser eliminada del tipo penal regulado en el artículo 320 del Código Penal.
17. Es necesario incluir en nuestra legislación penal la fórmula de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, y considerar su ejecución como conducta peligrosa sin que sea necesario acreditar la producción efectiva de la desaparición. Así, se abandonaría la actual regulación de DFP como delito de lesión.
18. Siguiendo la postura planteada por Roxin del dominio del hecho por dominio de voluntad en los aparatos de poder organizados, es posible la imputación objetiva del resultado típico a los mandos que tenían el dominio de la organización. Por tanto, también es factible abrir instrucción por DFP contra ellos, en la medida en que son autores mediatos sin que sea necesario identificar a cada uno de los ejecutores del delito, con lo que se desvirtúa el argumento utilizado por los jueces de la imposibilidad de individualizar al autor.
19. Conforme a la teoría de la infracción al deber, no sería posible la coautoría para la DFP, sino que en caso de ejecución con-

junta por dos o más funcionarios públicos, ambos responderían individualmente como autores.

20. Siguiendo la teoría del dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado, los mandos superiores que actuaron en el marco de dicho aparato, como el caso de las Fuerzas Armadas y Policiales, serían *autores mediatos*.
21. A los ejecutores de la Desaparición Forzada, es decir, a aquellos miembros de las fuerzas del orden que realizan la detención y posteriormente consuman el tipo penal de manera directa, les corresponde la calificación de *autores inmediatos o directos*. Ciertamente, si bien existe autoría mediata de los mandos superiores, ello no exime de responsabilidad penal a los ejecutores, ya que no se admite la obediencia debida a órdenes superiores como causa de antijuridicidad en el caso de estos delitos.
22. Sobre la participación de los ronderos y los miembros de los Comités de Autodefensa, puesto que colaboraron con las fuerzas del orden en la privación de libertad y posterior traslado de las víctimas a los cuarteles militares en donde generalmente se consumaba la DFP, les corresponde la *complicidad primaria*.
23. Siguiendo los criterios establecidos por la teoría cognitiva del dolo en términos de conocimiento con el fin de facilitar la prueba del dolo en el proceso penal, he determinado que los autores de la DFP actuaron dolosamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2001.
- AMBOS, Kai. *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Medellín: Fundación Konrad Adenauer Stiftung: CIEDLA, 1997.
- . «Dominio del hecho por voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». *Themis*, n.º 37, 1998, pp. 175-193.
- . (editor). *Persecución penal de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2003.
- . y Óscar Julián GUERRERO. *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 1999.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL. *Perú: Tortura y Ejecuciones Extrajudiciales. Carta de Amnistía Internacional al Presidente Fernando Belaúnde Terry*. Agosto 1983. Londres: Amnistía Internacional, 1983.
- APRODEH. *Informe sobre Derechos Humanos*. Lima: Aproveh, 1987.
- . *La práctica estatal de la Desaparición Forzada 1983-1993*. Lima: Aproveh, 1999.

- AZABACHE CARACCILO, César. «Delitos contra los Derechos Humanos». En *Series Penales*. Lima: IDL, 1991, pp. 26-56.
- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Temis, 1989.
- BERGALLI, Roberto. «Sugerencias en torno a una Convención Internacional sobre desaparecimiento forzado o involuntario de personas». *Revista Fundalatin*, sección Los Desaparecidos (s.l. n. a.).
- BLANC ALTEMIR, Antonio. *La violación de los Derechos Humanos fundamentales como crimen internacional*. Barcelona: Bosch, 1990.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Lima: San Marcos, 1998.
- . *Código Penal Anotado*. 2.^a edición. Lima: San Marcos, 1998.
- BURNEO LABRÍN, José. *Derechos Humanos y Violencia: Balance y perspectiva de una década. Perú las democracias latinoamericanas y los detenidos-desaparecidos*. Lima: Ceapaz, 1989.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Barcelona: Ariel, 1986.
- . *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Ariel, 1989.
- . *La Imputación Objetiva*. Bogotá: Temis, 1989.
- CARO CORIA, Dino Carlos. «Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs». *Themis*, n.º 35, 1997, pp. 137-168.
- . «La tipificación de los crímenes consagrados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional». En SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coordinadora). *La Corte Penal Internacional y las Medidas para su Implementación en el Perú*. Lima: PUCP, 2001, pp. 141-179.

- CASTILLO, Emperatriz. «Autoría Mediata». *Normas Legales*, n.º 293, 2000, pp. A71-A83.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás Salvador VIVES ANTÓN. *Derecho Penal: Parte General*. 3.ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- COMISIÓN DE ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (Guatemala). *Guatemala. Memoria del Silencio. Conclusiones y Recomendaciones del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico*. Guatemala: s/e, s/f.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (Conadeh). *Informe sobre la Desaparición Forzada de Personas en el Perú durante el Gobierno del Doctor Alan García Pérez (Agosto 1985 - Enero 1987)*. Lima: Conadeh, 1987.
- CUBAS VILLANUEVA, Raúl. *La Cantuta: crónica de la investigación fiscal*. Lima: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y Palestra, 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El delito contenido*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (COLOMBIA). *Su Defensor. Periódico de la Defensoría del Pueblo para la divulgación de los Derechos Humanos*, n.º 45, 1997. Santa fe de Bogotá.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (PERÚ). *La Desaparición Forzada de Personas en el Perú (1980-1996)*. Resolución Defensorial. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002.
- . *Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002.
- . *¿Quién juzga qué? Justicia militar vs. Justicia ordinaria*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2003.
- . *Corte Penal Internacional-Estatuto de Roma*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000.

- DEGREGORI, Carlos Iván. *Las rondas campesinas y la derrota de Sendero Luminoso*. Lima: IEP, 1996.
- DIEZ CANSECO, Javier. «Ley que consolida un régimen basado en la arbitrariedad y el temor». En *Foro Ético Jurídico sobre la Impunidad*. Lima: Aprodeh, 1996, pp. 20-24.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. «Los derechos y las garantías constitucionales: Balance de su desarrollo y vigencia en diez años de régimen constitucional». *Themis*, n.º 16, 1989, pp. 18-26.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Daño a la Identidad Personal». *Themis*, n.º 36, pp. 247 y ss.
- FIERRO, Guillermo. *Aministía, indulto y conmutación de penas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- GAMARRA HERRERA, Ronald. *La Nueva Manifestación del Derecho de Gracia*. Lima: IDL, 1997.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima: ARA, 2003.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coordinador). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- GARCÍA SAYÁN, Diego. *Estados de Emergencia en la región Andina*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1987.
- GHERSI SILVA, Enrique. «La Ley de Amnistía destruye la estabilidad jurídica del país». En APRODEH. *Foro Ético Jurídico sobre la Impunidad*. Lima: Aprodeh, 1996, pp. 13-16.
- GONZÁLES OJEDA, Magdiel. *La Excepcionalidad en la Constitución: los estados de excepción y los Derechos Humanos en la legislación peruana*. Lima: L.F. Lann, 1991.

- GILI PASCUAL, Antoni. *La Prescripción en Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Arazandi, 2001.
- GLOVER, Helen. «Sentencia Polémica. Caso Nani». *Normas Legales*, n.º 258, 1997, pp. A51-A54.
- GRANDA ORÉ, Juan. «Los tiempos del temor: Cronología Ayacuचना». *Quehacer*, n.º 60, 1989, pp. 84-90.
- GRANADOS, Manuel Jesús. *El PCP Sendero Luminoso y su ideología*. 2.ª edición. Lima: El Huerto de Gethsemanhí, 1999.
- GUERRA CRUZ, Guillermo. *Función pública. El personal al servicio del Estado*. Trujillo: Libertad, 1994.
- HERNÁNDEZ NIEVA, Juan Gustavo. «Entre democracia y violencia: aspiraciones y contradicciones de las rondas campesinas de una provincia de la Sierra Septentrional de los Andes». Tesis de Licenciatura. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994.
- HUMAN RIGHTS WATCH. «Abuso y desamparo. Tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial en México». <<http://www.hrw.org/spanish/reports/mexico99>>.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Lima: Sesator, 1982.
- . *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 2.ª edición. Lima: EDDILI, 1987.
- Informe sobre la primera visita al Perú de dos miembros del Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada (17 al 22 de junio de 1985). E/CN.4/1986/18/Add.1.
- Informe sobre la segunda visita al Perú de dos miembros del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (3 al 10 de octubre de 1986). E/CN.4/1987/15/Add.1.

- Informe preliminar sobre desaparecidos en Honduras 1980-1993. *Los hechos hablan por sí mismos*. Tegucigalpa: Guaymuras, 1994.
- INSTITUTO MAX PLANCK. *Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elizabeth Käsemann. Dictamen sobre la siguiente cuestión jurídica: ¿Deben ser considerados los por entonces integrantes de la Junta Militar argentina como autores mediatos del asesinato de Elizabeth Käsemann cometido por las fuerzas de seguridad argentinas?* S.l.n.a.
- JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- JESCHEK, Hans Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1981.
- LANDA, César. *Base de Datos sobre Estados de Emergencia en el Perú: documento de trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
- MAZUELOS COELLO, Julio. *Control social y dogmática penal*. Lima: San Marcos, 1995.
- . «La usurpación: delito instantáneo o permanente». *Diálogo con la Jurisprudencia*. *Gaceta Jurídica*, n.º 1, 1995, pp. 117-126.
- . *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. Lima: San Marcos, 1995.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 3.ª edición. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias, 1990.
- MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. «La Desaparición Forzada de personas en América Latina». *Ko'aga Roñe'eta*, serie VII, 1998. <<http://www.derechos.org/vii/molina.html>>.
- MONTOYA, Yván. *El delito de Tortura en el Perú*. Lima: IDL, 1998.

- NAKAZAKI SERVICIÓN, César. «Bases de una teoría general sobre el bien jurídico». *Advocatus*, n.º 1, 1990, pp. 30-35.
- NOVAK, Fabián y Elizabeth SALMÓN. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú e IDEI, 2000.
- OBANDO ARBULÚ, Enrique. «Diez Años de guerra antisubversiva, una pequeña historia». *Quehacer*, n.º 72, 1991, pp. 46-53.
- PASTOR, Daniel. *Prescripción de la Persecución y Código Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho Penal Peruano*. Lima: Sagitario, 1990.
- . *Estudios de Derecho Penal: delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. 5.ª edición. Lima: San Marcos, 1997.
- . *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1999.
- PÉREZ CASTILLO, Emperatriz. «Autoría mediata». *Normas legales*, n.º 293, 2000, p. A-74.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. Vol. II. 2.ª edición puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El Dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª edición. Lima: Grijley, 2001.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. 2.ª edición. Traducción de la 2.ª edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y otros. Madrid: Civitas, 1997.

- . *Taterschaftund Tatherrschaft*. 6.ª edición. Berlín-Nueva York: Gruyter, 2000.
- . *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Munich: s/e, 1970.
- . «La autoría mediata por dominio en la organización». RCP, n.º 13, 2003, pp. 17-21. Lima
- ROY FREIRE, Luis Eduardo. *Causas de la extinción de la acción penal y de la pena: comentarios al Código Penal (Arts. 78-91)*. 2.ª edición. Lima: Grijley, 1998.
- . *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo I. Lima: s/e, 1989.
- RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda. *Delitos de Derecho Internacional*. Barcelona: Bosch, 2001.
- SAÍNZ CANTERO, José. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Bosch, 1982-1985.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Curso de Derecho Penal peruano: Parte especial*. Lima: Palestra, 1998.
- SALMÓN GÁRATE, Elizabeth (coord.). *La Corte Penal Internacional y las medidas para su implementación en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Lima: Grijley, 1999.
- SANPEDRO ARRUBLA, Camilo. «La Desaparición Forzada de personas, el Bien Jurídico Protegido». *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. XVIII, n.º 59, 1996.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*. Presentación y anotaciones de Derecho Penal peruano por el profesor doctor Dino Caro Coria. Lima: Gráfica Horizonte, 1999.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- STARN, Orin. *Hablan los ronderos: la búsqueda por la paz en los Andes*. Lima: IEP, 1993, pp. 30-38.
- SUÁREZ GONZALES, Carlos. «Los Delitos consistentes en la Infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios». En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y Carlos SUÁREZ GONZÁLES (editores). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Lima: Grijley, 2001, pp. 149-165.
- TORIO LÓPEZ, Ángel. «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva». *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, 1986, pp. 33-48.
- UGAZ SÁNCHEZ MORENO, José. «Libertad, seguridad personal y debido proceso». En COMUNIDAD ANDINA DE JURISTAS. *Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*. Lima: CAJ, 1999.
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna. «Garantía del Estado Democrático ante la desaparición forzada de personas.» *Brújula*, n.º 3, 2001, pp. 62-64.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal: Parte General*. Lima: San Marcos, 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Delitos contra la Seguridad Pública. Delito de terrorismo*. 2.ª edición. Lima: Sesator, 1983.
- . *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Lima: Cultural Cuzco, 1990.
- . *Código Penal comentado*. Lima: Grijley, 2001.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1990.

ZOVATTO, Daniel. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Libertad Personal y Seguridad Ciudadana*. Barcelona: PPU, 1993.

—. «Los delitos contra los Derechos Humanos en el nuevo Código Penal Peruano». *Anuario de Derecho Penal*, 1993. Lima.



LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS
se terminó de imprimir en el mes de junio de 2004
en los talleres de Editorial Laberintos S.A.C.
laberintos@páginasdelperú.com

PRÓXIMAS PUBLICACIONES

*El problema del riesgo del
desarrollo en la responsabilidad
civil del productor*

Olenka Woolcott

*El sistema de seguridad jurídica en
el comercio electrónico*

Hernán Torres

Contratos de comercio internacional

Aníbal Sierralta

Fondo Editorial

Pontificia Universidad Católica del Perú

Plaza Francia 1164, Lima 1

Telefax: 330-7405

Correo electrónico:

feditor@pucp.edu.pe

La presente obra constituye una aproximación a la figura de la Desaparición Forzada desde la perspectiva del Derecho Penal y pretende ensayar propuestas que hagan más eficiente su regulación. De acuerdo con esta perspectiva, la obra se desarrolla en dos apartados: «Desaparición Forzada. Nociones generales» y «Análisis Dogmático Penal de la Desaparición Forzada en el derecho penal peruano»; y está conformada por cuatro capítulos. El primero aborda el marco jurídico internacional y la responsabilidad de los agentes perpetradores de Desaparición Forzada. El segundo estudia su evolución en el derecho penal peruano, considerando los antecedentes de su aparición tanto en el ámbito regional como nacional. El tercero analiza el bien jurídico protegido en el ilícito de la Desaparición Forzada de Personas. El último estudia, critica y realiza propuestas sobre el tipo de *injusto* de Desaparición Forzada y su tipificación en nuestro Código Penal, evaluando temas de gran importancia como los de sujeto activo, sujeto pasivo, conducta típica, imputación objetiva, y autoría y participación.



ISBN 997242649-1



9 799972 426499