

Seminario sobre Aportaciones Teóricas Recientes

Título: Desaparición forzada de personas en democracia

Apellido y nombre: Biondini, Mariela Del Valle

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Internacional Público

Encargado de curso profesora: Lucía Carolina Colombato

Año que se realiza: 2017

Facultad de Cs. Económicas y Jurídicas

Universidad Nacional de La Pampa

Santa Rosa – La Pampa

Índice

Introducción

Consideraciones preliminares

Definición

Antecedentes: la desaparición forzada de personas en Latinoamérica

Marco normativo

Legislación nacional:

 Sujeto Activo

 Sujeto Pasivo

 Tipificación

Legislación Internacional

Casos jurisprudenciales

El rol del Estado en estos casos: obligaciones jurídicas asumidas

Conclusión

Referencias

Introducción

El presente trabajo se refiere al tema de la desaparición forzada de personas, considerado como uno de los delitos calificado como de lesa humanidad, que resulta violatorio de diversos derechos humanos.

Ahora bien para analizar la temática elegida, es necesario explicar que son los derechos humanos.

Para ello debemos mencionar que son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos, como se sabe son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. El principio de universalidad es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacara inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos (Colombato, 2013).

La expresión “derechos humanos” surge ulteriormente de la Segunda Guerra Mundial con la creación de las Organizaciones Unidas.

La terminación de la segunda guerra mundial, expuso sin piedad la brutalidad y las aberraciones a las que fueron sometidos millones de individuos durante el conflicto armado que se mantuvo en el mencionado periodo. Al mismo tiempo se descubrieron las insuficiencias que presentaba el Derecho Internacional Público para brindar protección a las personas que fueron víctimas de violaciones masivas a los derechos fundamentales. (Colombato, 2013).

Las atrocidades cometidas durante la guerra motivaron una serie de desarrollos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos tanto a nivel universal como regional. Una de las características de este proceso de protección fue el reconocimiento de que los Estados poseen límites en el ejercicio de su poder frente a ciertos derechos por parte de personas sometidas a su jurisdicción.

A instancias de las organizaciones intergubernamentales que fueron naciendo durante la segunda posguerra, Salvioli (1997) afirma:

El derecho internacional comenzó a realizar un proceso incesante de estudio y revisión de los temas concernientes a la determinación de las competencias nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, iniciando un proceso irreversible que empuja el concepto de soberanía de los estados a una elastización y a una modificación progresiva. (p. 17)

La protección de los derechos humanos, es actualmente, materia compartida por el derecho internacional y el derecho interno. Aunque el principio de soberanía continúa plenamente vigente -circunstancia que se expresa mediante el agotamiento de los recursos internos como requisito de admisibilidad de cualquier planteo internacional en la materia-, una vez abierta la vía internacional, merced a la legitimación activa que el individuo ha ganado paulatinamente, la competencia de los órganos creados mediante los tratados internacionales específicos, deviene indeclinable. (Colombato, 2013, p. 2)

En este sentido, la comunidad internacional, consciente de las consecuencias de los abusos sistemáticos a los derechos humanos de la persona, se embarcó en la elaboración de una serie de declaraciones y tratados de carácter universal y regional que reafirmaron el reconocimiento de la dignidad humana. Que posteriormente fueron incorporándose y aplicándose en el derecho interno de cada país y de esta manera garantizar los derechos fundamentales del ser humano, que en Argentina se realizó en el año 1994 mediante la

Reforma de la Constitución Nacional que (artículo 75 inciso 22, segundo párrafo), otorga jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales enumerados taxativamente, siendo complementarios de los derechos y garantías tutelados en la primera parte de la Carta magna, y a la vez que estableció un mecanismo para que el Congreso Nacional otorgue idéntico rango a otros tratados tuitivos de los derechos fundamentales del individuo, entre ellas, la Convención Americana sobre Desaparición Forzadas de Personas. (Colombato, 2013).

Asimismo los derechos humanos cuentan con protección internacional, que contribuye o complementa a la que ofrece el derecho interno de los Estados, denominado Sistema Internacional de Protección en el ámbito universal que es el Sistema de Naciones Unidas y los regionales que es el sistema Africano, Asia, Europeo y el Sistema Interamericano. Este último junto al sistema universal son los aplicados en Argentina.

El movimiento internacional de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. A lo largo de los años, lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos fue ampliamente aceptado como las normas fundamentales de derechos humanos que todos deben respetar y proteger y se consolidó en diversos instrumentos internacionales que confirieron base jurídica a los derechos humanos.

Paralelamente a este desarrollo del derecho internacional de los Derechos Humanos se han institucionalizado en Naciones Unidas mecanismos de protección, constituidos por: los órganos basados en la Carta de la ONU: el Consejo de Derechos Humanos y los Procedimientos Especiales y los órganos creados en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos, y compuestos por expertos independientes con el mandato de supervisar que los Estados partes en los tratados cumplan sus obligaciones. Este

tema será desarrollado más adelante.

El objetivo del presente trabajo es determinar el rol del Estado ante un caso de desaparición forzada de personas en democracia.

Habitualmente el Estado suele negar que ante la desaparición de una persona puedan estar involucrados agentes del Estado, pero eso, de ninguna manera, lo releva de ciertas obligaciones de investigación, adicionales y agravadas frente a supuestos de delitos comunes.

En la actualidad el tema está en el tapete, los medios de comunicación llenan páginas, programas, se multiplican las opiniones, ideas, pero lo más destacado de todo es la falta de conocimiento previo del asunto, la liviandad con la que se explica o al menos se intenta dar una explicación, y, como ya hace unos años sucede, con tintes políticos que lo único que hace es desviar el tema.

Es por ello que, a través de la presente investigación, se espera contribuir a arrojar luz sobre la operatividad de la figura de la desaparición forzada durante procesos democráticos.

Finalmente, respecto de la estructura, en el trabajo se presentan: Introducción; Consideraciones preliminares, Definición, Antecedentes: la desaparición forzada de personas en Latinoamérica; Marco normativo, Legislación nacional, Sujeto activo, Sujeto pasivo, su tipificación, Legislación Internacional; Casos jurisprudenciales; El rol del Estado en estos casos: obligaciones jurídicas asumidas; Conclusión y por último las Referencias.-

Consideraciones preliminares

Definición

Según la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas (1994) artículo 2:

Se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Respecto la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), artículo 2:

Se entenderá por desaparición forzada el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Otro de los instrumentos internacionales que se refiere a la figura de desaparición forzada de personas, tipifica los 11 tipos de actos que se consideran crímenes de lesa humanidad, incluyendo entre los mismos a la desaparición forzada de personas a la cual define como la detención o secuestro de personas por un Estado o una organización política o con su autorización, consentimiento o aquiescencia, junto con la negativa a reconocer la privación de la libertad o a proporcionar información sobre la suerte que han corrido los desaparecidos con la intención de privarlos de la protección de la ley durante un largo tiempo (Artículo 7º, Estatuto de Roma la Corte Penal Internacional, 1998). Sobre lo estipulado en el Estatuto, es necesario aclarar que cuando el mismo se refiere a la Desaparición Forzada de Personas como un crimen de lesa humanidad, lo hace en el sentido de que el delito en

cuestión no se presenta de forma aislada o circunstancial, sino, por el contrario, de manera sistemática o generalizada.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -interprete calificado del Pacto de San José de Costa Rica como asimismo de otros instrumentos internacionales que le confieren competencia material- ha sostenido que la desaparición forzada de personas constituye un delito continuado que afecta de manera compleja los derechos humanos más esenciales, implicando por consiguiente un claro abandono de los valores que emanan de la dignidad humana.

Doctrinariamente se han ensayado algunas definiciones en torno a esta figura, si bien la mayoría de ellas siguiendo los lineamientos establecidos por los instrumentos internacionales anteriormente descritos. En tal sentido Maldonado Conde (2010), ha sostenido que por Desaparición Forzada de Personas debe entenderse "el secuestro llevado a cabo por agentes del Estado o grupos organizados de particulares que actúan con su apoyo o tolerancia, y donde las víctimas desaparecen". Todo ello ante la negativa de las autoridades de aceptar algún tipo de responsabilidad en el hecho o de dar cuenta del paradero de la víctima.

Así se puede decir que la desaparición forzada de personas es un delito complejo, múltiple y acumulativo ya que atenta contra un conjunto diverso de derechos fundamentales a saber: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal, a trato humano y respeto a la dignidad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la identidad y a la vida familiar, especialmente en el caso de los niños, a reparación, incluso mediante la indemnización, a la libertad de opinión, expresión e información, laborales y políticos.

Este conjunto de derechos vulnerados se concluyen de las primeras sentencias formuladas por organismos internacionales en los años ochenta a partir de derechos reconocidos, entre otras legislaciones, por la Declaración Universal de Derechos Humanos de

1948, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, y que sirvieron para desarrollar la jurisprudencia internacional relativa a este delito.

Antecedentes: la desaparición forzada de personas en Latinoamérica

El impulso para el reconocimiento de este crimen en la jurisprudencia internacional tuvo lugar desde el último cuarto del siglo XX a raíz de la multiplicación de los casos desaparecidos en América latina y gracias a la movilización de sectores de la opinión pública y de la sociedad civil, y en particular por la iniciativa de organizaciones no gubernamentales que surgieron primero en estos países y luego, en muchos otros del mundo, especializándose en su denuncia y concienciación.

En lo que se refiere al concepto de "desaparición" o "desaparición forzada o involuntaria", ésta comenzó a ser una práctica conocida dentro de la comunidad internacional a raíz de su utilización en los Estados latinoamericanos.

La negación sistemática de los derechos humanos en América Latina tuvo su mayor auge en la segunda mitad del siglo XX. La llegada de gobiernos dictatoriales, así como confrontaciones armadas dentro de algunos países de la región dejó como resultado un sin número de violaciones a derechos humanos, mediante ejecuciones y desapariciones. Pero también gobiernos democráticos llevaron a cabo políticas de segregación y eliminación de aquellas personas que representaban en algún modo una oposición a sus sistemas de gobierno.

La situación en nuestro continente ha sido especialmente dolorosa en materia de violaciones masivas a los derechos humanos y muy en particular en lo relativo a las desapariciones forzadas. Por todo ello, el Sistema Interamericano, como coadyuvante o complementario de los sistemas jurídicos nacionales, ha venido cobrando especial relevancia en este tema, en virtud de que en gran cantidad de ocasiones éste constituye el único camino

de los familiares de los desaparecidos para poder encontrar a las víctimas o, en su defecto, que sean justamente reparadas ante la imposibilidad de hallarlos con vida. (Vidal, 2005, pp. 265-266)

Si bien la Unión Panamericana, antecedente de la Organización de los Estados Americanos, ya había efectuado los primeros intentos para la protección de los derechos fundamentales en este continente, recién se adoptaron las primeras medidas que habrían de sentar el sistema regional de derechos humanos que nos rige hasta nuestros días, en la Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz, mejor conocida como Conferencia de Chapultepec, por ser este sitio el lugar en donde se llevó a cabo.

Así pues, la resolución XL de la Conferencia de Chapultepec, titulada "Protección Internacional de los Derechos Esenciales del Hombre", se estableció "la adhesión de las Repúblicas Americanas a los principios consagrados en el Derecho Internacional para la salvaguarda de los derechos esenciales del hombre". De acuerdo con este ideal, se reconoció en su preámbulo la necesidad de dictar una declaración entre los Estados para sistematizar los derechos que hasta ese momento, se encontraban dispersos en distintos instrumentos interamericanos e internacionales. (Vidal, 2005, p.266)

Esto dio origen a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹, que al ser creada paralelamente a la Carta de la Organización de los Estados Americanos en el año 1948, se convirtió en su documento base.

A pesar de la Declaración, no se contaba con un órgano interamericano que sea el encargado de la promoción y protección de esos derechos, mientras que la tutela recaía en órganos de naturaleza política como la Asamblea General, o bien el Consejo Permanente integrantes de la Organización de los Estados Americanos.

Esto significaba que no había un órgano interamericano que aplicara la Declaración a hechos concretos desde una perspectiva jurídica.

¹ En adelante Declaración

Por estos motivos, en 1959, durante la celebración de la quinta reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores reunida en Santiago de Chile, se decidió crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos².

Así la Comisión fue uno de los primeros órganos internacionales de derechos fundamentales que reaccionaron ante el fenómeno de las desapariciones forzadas de personas. En sus inicios, la Comisión sólo fue un órgano consultor de la Organización de los Estados Americanos en materia de derechos fundamentales. Además, no tenía un documento jurídico en el cual tuviese su soporte, es decir, su constitución provenía de un acuerdo político entre los ministros de relaciones exteriores del continente, lo que la hacía completamente inoperante en relación con la efectiva aplicación de la Declaración. (Vidal, 2005)

Cabe aclarar que el funcionamiento de la Comisión careció de sentido en sus inicios, en virtud del desconocimiento y el desprecio con que los gobiernos americanos de aquel entonces veían a la protección y difusión de los derechos humanos, que si bien estableció ciertas medidas que deberían adoptar para lograr una eficiente protección, estas muchas veces no se pudieron concretar ya que atravesaba nuestro continente, durante la década de los sesenta, constantes golpes de Estado, dictaduras y regímenes militares que aquejaron a distintos países del hemisferio lo que dificultaba la labor de la Comisión.

Sin embargo, en 1965 la situación cambió significativamente con el dictado de la resolución XII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Río de Janeiro, Brasil, por la que se ampliaron las funciones de la Comisión, y se le dio competencia para poder recibir peticiones individuales sobre posibles violaciones de derechos humanos y decidir si el Estado actuó conforme o no a lo preceptuado en la Declaración o bien en violación a ella.

El año 1967 mediante el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, redactada en Buenos Aires, se le dio a la Comisión el carácter de

² En adelante Comisión.

órgano principal de la Organización, instalándola en el artículo 112 de la Carta.

Específicamente la función que le fue asignada fue la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

En noviembre de 1969 se redactó un tratado interamericano en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, al cual se le dio el nombre de Convención Americana sobre Derechos Humanos³, conocido también como el Pacto de San José por haber sido creado justamente en la ciudad de San José de Costa Rica.

La Comisión señalaba ya su preocupación respecto de la temática de desaparición forzada de personas a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos con motivo de su informe anual (1977), en el cual sostuvo que:

Poco se puede agregar al análisis muy detallado que hizo la Comisión en su anterior informe sobre las violaciones de derechos humanos más graves y frecuentes. Una situación que ha venido preocupando hondamente a la Comisión y de la que precisamente dio cuenta en su anterior informe, es la que afecta a los llamados desaparecidos.

Son muchos los casos, en diferentes países, en que el Gobierno niega sistemáticamente la detención de personas, a pesar de los convincentes elementos de prueba que aportan los denunciantes para comprobar su alegato de que tales personas han sido privadas de su libertad por autoridades policiales o militares y, en algunos casos, de que las mismas están o han estado recluidas en determinados sitios de detención". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1977) Informe Anual ante la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, parte 11, párrafos 2º y 3º)

³ En adelante Convención

La Convención modificó y codificó las funciones de la Comisión, además de crear un nuevo órgano de carácter jurisdiccional que tuviera como atribuciones la aplicación y la interpretación de la Convención, a saber: la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴.

En 1989 se da la primera sentencia de condena a un Estado parte de la CoIDH, que declaró culpable al Estado de Honduras por la violación de sus deberes respeto y garantía de los derechos a la vida, a la libertad e integridad personales de los desaparecidos, a falta todavía entonces de la tipificación expresa del crimen de desaparición forzada, la CoIDH tuvo que basarse en distintos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, CoIDH, Sentencia de 29 de julio de 1988). Otras sentencias emitidas por la Corte que sentaron jurisprudencia condenaron a los Estados de Colombia, Guatemala, Perú y Bolivia.

Este antecedente hizo que se cree la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1992.

La Declaración de Naciones Unidas, a pesar de sus carencias, sirvió para despertar el proyecto regional para el continente americano encargado por la Asamblea General de la Organización en 1987 que aunque había sido redactado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1988, se vio sometido a largas discusiones y modificaciones que finalmente dieron origen a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994.

En junio de 1994 fue aprobado finalmente, por la Asamblea de la Organización de Estados Americanos, constituyendo el primer instrumento jurídico vinculante en la materia entrando en vigor el 28 de marzo de 1996 tras su ratificación por ocho estados: Argentina, Panamá, Uruguay, Costa Rica, Paraguay, Venezuela, Bolivia y Guatemala. En ella se

⁴ En adelante CoIDH

considera la desaparición forzada en su preámbulo como delito de lesa humanidad imprescriptible.

Nuestro país ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de la Organización de Estados Americanos en 1996, incorporándola a la Constitución Nacional, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de la Organización de Naciones Unidas en 2007. Al ratificar ambos tratados internacionales, el país se comprometió a asegurar que en su derecho interno se prohíba terminantemente la desaparición forzada, incorporando dicho delito al Código Penal.

En dichos tratados y convenciones se indica claramente que son las instituciones del Estado, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial las que tienen la obligación y responsabilidad de dar explicaciones sobre lo sucedido en los casos de desaparición forzada y de sancionar penalmente a todos los responsables. (Vidal, 2005)

Marco Normativo

Legislación Nacional

En Argentina la conceptualización de la desaparición forzada es desarrollada normativamente en la ley 24.321 sancionada en el año 1994, norma motivada en la necesidad de reparar los daños ocasionados por el golpe cívico-militar que ejerció el gobierno de facto, valiéndose del uso de las fuerza armadas y de seguridad, que impusieron su modelo económico y político ejecutando, asimismo, un plan sistemático de violación a los derechos fundamentales de las personas.

En lo pertinente, la ley 24.321 (1994) reza:

A los efectos de esta ley se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos

de detención o privada, bajo cualquier otra forma, del derecho a la jurisdicción.

(Artículo 2º)

La figura se encuentra regulada en la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas⁵, firmada el día 9 de junio de 1994 y con vigencia desde el 28 de marzo de 1996, ratificada por nuestro mediante ley 24.556 (1995). En su esquema, la antedicha es entendida del modo siguiente:

Se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. (Artículo 2º)

Como se puede visualizar habla de la participación de agentes del Estado o personas que actúan con su apoyo, autorización o aquiescencia y no de funcionario público como lo menciona nuestro código penal.

En 2007 y mediante ley 26.298, se aprueba la Convención Internacional para la Protección de las personas contra las desapariciones forzadas⁶, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre del 2006 cual entrara en vigencia el 23 de diciembre del 2010, que define a la figura prenombrada de la siguiente manera:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha

5 En adelante CIDFP

6 en adelante CIPPDF

privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley. (Artículo 2º)

La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable. (precepto 5º)

Así entonces, a priori, vemos una redacción similar a la articulada por la CIDFP.

Finalmente, y acogiendo los compromisos asumidos por las Convenciones citadas (art. III y concordantes de la CIDFP y art. 4º y concordantes de la CIPPDF), por intermedio de la ley 26.679, se tipifica el delito de desaparición forzada de personas en el artículo 142 ter del Código Penal que prescribe lo siguiente:

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

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

De esta manera se puede observar que todos los proyectos de tipificación de esta figura no solo tuvo como antecedentes, a los aberrantes hechos ocurridos durante la dictadura cívico-militar padecida por nuestro país desde 1976 a 1983, sino, además, las desapariciones forzadas que continúan produciéndose en Argentina luego de retomada la democracia.

La normativización del delito en cuestión era un mandato constitucional incumplido desde el año 1997, cuando mediante la Ley 24.820 se constitucionalizó la CIDFP, aprobada por Ley 24.556. El artículo III de la CIDFP (1994) establece:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Los Estados Partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona. (Artículo 3°)

Corresponde señalar que el solo hecho que el tipo penal afecte a múltiples bienes jurídicos no autoriza a otorgarle el carácter de delito de lesa humanidad como se sostuviera, sino que el mismo para tener tal carácter, conforme lo define el Estatuto de Roma y el Comentario General sobre el delito de desaparición forzada como crimen contra la humanidad, debe darse en un contexto determinado –a) sistematicidad o generalidad del ataque, b) la participación del poder público, c) ataque contra población civil y, d) conocimiento del ataque-. Hay que poner cuidado, entonces, en advertir que la figura que regula el art. 142 ter del Código Penal es la desaparición forzada como delito individual. Ya sea como delito de lesa humanidad o individual, tiene naturaleza continuada o permanente y con carácter pluriofensivo, siendo un delito autónomo y no la sumatoria de varios delitos (Heredia y Heredia, 2013).

Dicha norma penal vemos que incorpora específicamente la calidad “funcionario público” y no sigue la línea “agentes del Estado” continuada por las normas internacionales.

Por último, y como Fernández y Encina (2017) refieren en virtud del precepto 5° de la CIPPDF antes transcripto (que categoriza al hecho de desaparición forzada de persona como de lesa humanidad, siempre que el mismo sea programado o sistemático) en relación con la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad del 26 de noviembre de 1968 y en vigor desde el 11/11/1970 que, goza en nuestro sistema normativo de jerarquía constitucional, y tomando en cuenta el “Caso Bulacio” resuelto por la Corte IDH, se debe destacar que los delitos que encuadren en supuestos de desaparición forzada de personas, aunque no resulten de un plan sistemático o programado, son imprescriptibles, independientemente del momento en que fueron perpetrados, ya sean cometidos en tiempos de paz o de guerra. Ello, pues el artículo 1 de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (1968), en su parte pertinente, es contundente al decir que “los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido: ...b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz,(...)”.

Finalmente, cabe destacar al respecto que la República Argentina, en calidad de Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), se comprometió a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Y que, por imperio de la reforma constitucional de 1994, incorporó los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos al sistema jurídico interno con jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, es decir, teniendo en cuenta las

recomendaciones y decisiones de órganos de interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales, en el marco de sus competencias (Fernández y Encina, 2017).

A corolario de la síntesis normativa precedente, se puede advertir que la desaparición forzada se configura en tanto confluyan los siguientes presupuestos: arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad; que constituya obra de agentes del Estado o de personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de aquel; que obre una negativa a reconocer dicha privación de libertad o un ocultamiento de la suerte seguida de la falta de información del paradero de la persona desaparecida.

Fernández y Encina (2017) afirman que el mero hecho de hacer desaparecer una persona contra su voluntad, necesariamente implica privarlo de la protección de la ley, que puede ser de naturaleza adjetiva o sustantiva pues, ello resulta irrelevante para su consideración y es suficiente con la imposibilidad de beneficiarse de la protección legal, cuyo estado de desaparición involuntaria se eleva a elemento objetivo que razonablemente hace presumir tal imposibilidad. Ahora bien, conforme recaudos enunciados, para que se estructure la desaparición forzada, habrán de converger entonces los elementos constitutivos del tipo penal (subjetivo/objetivo) que lo configura.

Sujeto activo. Conforme el artículo 142 ter del Código Penal establece que es el funcionario público y/o las personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Se debe entender, según la ley N° 24.759, Art. 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), por funcionario público como aquel funcionario o empleado del aparato estatal o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos. El hecho, además, puede ser cometido por cualquier persona “física” o miembros de un grupo de personas autorizado por

el Estado o bien con su tolerancia, apoyo, encubrimiento, sin que sean necesariamente funcionarios públicos. Por lo tanto, en éstas condiciones podemos afirmar que no es imprescindible ni excluyente que el perpetrador material y/o intelectual de la desaparición resulte ser agente o funcionario del Estado. Puede constituirlo también aquella/s persona/s que, sin ostentar esta calidad, actúe/n amparado/s por el aparato estatal (Fernández, 2017).

Sujeto pasivo. Además de la persona física desaparecida, es toda persona física que sufra un perjuicio directo como consecuencia de aquella.

Significa que cualquier persona privada de su libertad de cualquier forma, ya sea de manera legal o ilegal, sin importar tampoco el tiempo, puede revestir el carácter de sujeto pasivo.

Tipificación. La desaparición forzada se tipifica cuando acaece la privación de la libertad seguida de la falta de información o de la negativa de reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Así, la acción consiste en privar a una persona de la libertad personal coartando de esta manera su libertad ambulatoria, ya que no cuenta con el consentimiento de la víctima. Privación que puede ser realizada en el despliegue de múltiples acciones, así, mediante la acción de detener, de arrestar, de secuestrar, de raptar, etc. Es decir, desde la perspectiva del sujeto pasivo, necesariamente, debe ser involuntaria o forzosa. Por tanto, es factible de generarse ante cualquier modo de privación de la libertad, sea en el marco de una detención ilegal o legal, secuestro, arresto. Además del presupuesto objetivo (privación de libertad) en cita, debe configurarse la falta de información o la negativa de reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, constituyendo el presupuesto subjetivo del tipo penal en examen. Puesto que lo que caracteriza a la desaparición forzada, entre otros aspectos o elementos relevantes, es, justamente, la falta e inexistente información sobre el paradero o suerte de la víctima directa de la desaparición. O bien, la negativa de brindar dicha información.

Derivando, en tanto consecuencia inherente de dicho accionar, un obstáculo y/o impedimento para implementar los recursos legales y efectivizar las garantías constitucionales y procesales pertinentes que contribuyan a dar con el paradero de la persona desaparecida y por lógica consecuencia, que haga a su defensa material y eficiente para contrarrestar dicho flagelo (Fernández y Encina, 2017).

Legislación Internacional

La temática de desaparición forzada de personas está regulada, además de la Convención Interamericana de Derechos Humanos explicado ut supra, también por la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, instrumento jurídico vigente en la República Argentina dentro del Sistema Universal de protección internacional de los Derechos Humanos.

Es un instrumento internacional jurídicamente vinculante que busca prevenir este fenómeno y reconocer el derecho de las víctimas y sus familiares a la justicia, la verdad y a una reparación.

La adopción de este instrumento representa un importante paso de la comunidad internacional para poner fin a esta práctica, que constituye una violación simultánea de varios derechos humanos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas el 18 de diciembre de 1992. La Asamblea General adoptó, el 20 de diciembre de 2006, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

El 6 de febrero de 2007 se abrió a firma esta Convención y a agosto de 2012, 91 Estados ya la han suscrito. De ellos, 34 ya la han ratificado. La Convención entró en vigor luego de ser ratificada por 20 países. En América del Sur, a agosto de 2012, la Convención ha

sido ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay y Uruguay.

Entre los principales puntos de la Convención se puede enunciar lo siguiente que prohíbe expresamente que cualquier persona sea sometida a una desaparición forzada; establece garantías en cuanto a la prohibición de la detención clandestina de cualquier persona en cualquier lugar; confirma que la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad; incluye un concepto amplio de víctima –que puede extenderse a familiares de las personas desaparecidas— y se reconoce su derecho a: la justicia, a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada y el destino final de la persona desaparecida, a la reparación en sus múltiples dimensiones, y a recuperar los restos de las personas desaparecidas; permite el uso de la jurisdicción universal para investigar, juzgar y sancionar a los responsables de las desapariciones forzadas; establece un órgano de vigilancia independiente (el Comité sobre Desaparición Forzada).

La primera responsabilidad establecida para los Estados Partes es tomar las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal, considerando que su práctica generalizada o sistemática constituye un crimen de lesa humanidad. Asimismo, deben tomar en cuenta que este acto sea punible con penas acordes a su extrema gravedad.

La Convención obliga a los Estados Partes a responsabilizar penalmente a toda persona que cometa, ordene o induzca a una desaparición forzada. Esto incluye la responsabilidad penal de los superiores que, a pesar de tener conocimiento de que subalternos bajo su autoridad hayan cometido o planifiquen cometer una desaparición forzada, no hayan hecho uso de todos los recursos necesarios para prevenir o sancionarlo. No se puede justificar un delito de desaparición forzada bajo orden o instrucción de cualquier autoridad pública.

Insta a los Estados Partes a establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada cuando el delito sea cometido en su territorio o cuando el autor o víctima sea nacional de ese Estado. Adicionalmente, la Convención establece que cuando un presunto responsable se encuentre en su territorio, los Estados deben juzgarlo, o si no, extraditarlo a otro Estado para asegurar que el delito no quede impune.

Por otro lado, los Estados Partes deben garantizar que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial. El Estado debe asegurar la protección del denunciante, los testigos, defensores y allegados de la persona desaparecida. Tienen que dotar a las autoridades responsables de la investigación con los recursos necesarios para llevarla a cabo, inclusive sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de la misma.

Nadie deberá ser detenido en secreto; cada Estado Parte debe establecer las condiciones bajo las cuales pueden impartirse las órdenes de privación de libertad, tomando en cuenta las obligaciones internacionales que ha adquirido, garantizando el respeto de los derechos de la persona detenida, así como la no obstrucción de los recursos previstos para ello.

Asimismo, con el objetivo de prevenir la participación del personal militar o civil encargado de la aplicación de la ley en hechos de desaparición forzada, cada Estado Parte debe velar porque la formación sobre las disposiciones de la Convención se imparta a todas las personas que puedan intervenir en la custodia o el tratamiento de las personas privadas de libertad.

Cada Estado Parte adoptará todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la

búsqueda y la restitución de sus restos. También velará porque su sistema legal garantice a la víctima de una desaparición forzada el derecho a la reparación integral, a una indemnización rápida, justa y adecuada.

En el caso de niños víctimas o hijos de víctimas de desaparición forzada, los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para prevenir y sancionar penalmente la apropiación de estos niños, y la falsificación o destrucción de documentos que establezcan su identidad. Además, serán responsables de la adecuada identificación de los niños, y de preservar y recuperar su identidad.

Como en el caso de otras convenciones internacionales, esta Convención establece un órgano encargado de vigilar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones respectivas. Una vez vigente el tratado, el Comité contra la Desaparición Forzada estará integrado por diez expertos elegidos por los Estados Partes, por periodos de cuatro años. El Comité tendrá competencia sobre las desapariciones forzadas iniciado después de la entrada en vigor de la Convención, y sus funciones principales serán las siguientes:

- Recibir informes periódicos de los Estados Partes sobre las medidas tomadas para implementar sus obligaciones, y hacer comentarios, observaciones y recomendaciones.
- Recibir y examinar peticiones sobre casos individuales de desaparición forzada, y transmitir sus observaciones y recomendaciones al Estado con el fin de localizar y proteger a la persona desaparecida.
- Recibir y examinar peticiones presentadas por un Estado Parte que alega el incumplimiento por parte de otro Estado de sus obligaciones bajo la Convención.
- Realizar visitas a los Estados, ya sea a solicitud de éstos o con base en información fidedigna que revele graves violaciones a la Convención dentro de su territorio, para luego ofrecer observaciones y recomendaciones.

- En caso de recibir información de una práctica sistemática y generalizada de la desaparición forzada, el Comité podrá llevar la cuestión con carácter urgente a la Asamblea General de las Naciones Unidas para su consideración.

Casos jurisprudenciales

Debido la construcción legislativa del ilícito penal de desaparición forzada de personas en el marco del derecho local y la relación que este guarda con la normativa internacional que el Estado ha reconocido oportunamente para así facilitar su aplicación, se han suscitados a lo largo de los años contundentes pronunciamientos al respecto por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al amparo del Pacto de San José o la Convención, antes de que nuestra país contara con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994. Este instrumento llegó a integrar la normativa de la materia, precisando conceptos y estableciendo alcances cuyo núcleo figuraba ya, en la Convención (Ambos, 2009).

En numerosas oportunidades los tribunales argentinos calificaron como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, a pesar de que dicho delito no existía en la época de los hechos en el ordenamiento jurídico argentino a hechos de secuestros y de sustracción y retención de menores realizados por agentes estatales durante la dictadura militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983 (Ambos y Bohm M. L., 2009).

Siempre efectuaron una articulación normativa entre las disposiciones del derecho penal local y aquellas del derecho internacional. En ningún caso, utilizaron el derecho internacional —consuetudinario o contractual— para el encuadre típico de los hechos, ni para la determinación de la clase y escala de sanción.

Cabe aclarar que las normas del derecho interno juegan en el nivel de la tipicidad y en el sancionatorio, mientras que las normas del derecho internacional sirven para convertir esos hechos en crímenes internacionales y atribuirles las consecuencias especiales que dicho

derecho establece para esa categoría de crímenes, por ejemplo en este caso, la imprescriptibilidad. Entonces la combinación de ambos derechos se da de tal manera que el derecho internacional se aplica en aquellos aspectos en los cuales la utilización del derecho interno conduciría a frenar la persecución (Ambos y Bohn M. L., 2009).

Aguirre (2016) afirma. “Esta doble subsunción de los hechos se integra entonces con una subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y una subsunción secundaria de cualificación por las normas internacionales”.

De este modo, para calificar un hecho como crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, se tiene que permitir la aplicación del régimen jurídico especial respecto al derecho penal normal que el derecho internacional atribuye a los crímenes internacionales. Aguirre (2016) agrega:

Por ejemplo, en lo que hace al delito de desaparición forzada de personas fue construido aplicando conjuntamente diferentes tipos penales del ordenamiento jurídico interno, cada uno de los cuales describiría un tramo de la conducta prohibida por el crimen de desaparición forzada y en conjunto incluirían todos sus elementos constitutivos; así, el requisito de la privación de la libertad estaría contenido en los delitos de secuestro de personas (artículo 142 bis Código Penal) y de sustracción y retención de un menor (artículo 146 Código Penal); la exigencia de que el autor de esa privación de libertad sea un agente estatal o una persona que actúe bajo la aquiescencia del Estado estaría satisfecha con la circunstancia agravante de la pena prevista para el funcionario público que comete un secuestro (artículo 142 bis Código Penal) y el requisito de la falta de información o negativa de reconocer dicha privación o informar sobre el paradero de la persona estaría previsto en el delito de alteración y supresión de la identidad de un menor (artículo 139, núm. 2 Código Penal).

Este derecho penal diferenciado para los crímenes internacionales aplicado por la jurisprudencia argentina tiene básicamente las siguientes características: imposibilidad de conceder amnistía o indulto, imprescriptibilidad, no vigencia —o vigencia débil— del principio de legalidad, inaplicabilidad del *ne bis in idem*, etcétera (Jauchen, 2005).

Sin embargo, es de suma importancia para este trabajo citar el caso de Iván Eladio Torres Millacura, que por primera vez obligó al Estado Argentino a tipificar el delito de desaparición forzada de personas en el Código Penal, precisamente en el art 142 ter conformando el derecho local (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

Realizando una breve reseña de los hechos, el día 3 de octubre de 2003, Iván Eladio Torres Millacura, de 26 años de edad, fue detenido por un patrullero policial de la localidad de Comodoro Rivadavia de la Provincia de Chubut, del cual se bajaron tres agentes policiales que lo trasladaron a la Comisaría local. Esa fue la última vez que se tuvo conocimiento de su paradero. Antes de esta detención, el prenombrado ya había sido detenido por personal policial sin fundados motivos, siendo golpeado y amenazado. Sus familiares ante su desaparición involuntaria, presentaron una serie de recursos ante la justicia local para investigar los hechos y sancionar a los responsables. Sin embargo, éstos no tuvieron mayores resultados y debieron acceder al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

La progenitora de la víctima junto con la Asociación Grupo Pro-Derechos de los Niños ese mismo año, formularon una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado argentino por la detención ilegal, incomunicación, tortura y desaparición forzada de Iván Eladio Torres (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

Dos años después, la Comisión dispuso medidas cautelares solicitadas por Millacura Llaipen (progenitora) y sus abogadas particulares a favor de su familia y de los testigos.

La Comisión solicitó al Estado Argentino que adopte en forma urgente las medidas necesarias a fin de garantizar la vida e integridad física de estas personas beneficiarias, así como las tendientes a esclarecer judicialmente los hechos que justifican la adopción de las medidas cautelares y además declaró admisible la petición en cuanto se refiere a presuntas violaciones de los derechos protegidos en los artículos 2, 4, 5, 7, 8(1) y 25 en concordancia con el artículo 1(1) de la Convención Americana, los artículos 1, 2 y 11 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

En el ínterin, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el caso Walter Bulacio el día 18 de septiembre de 2003, donde dictó sentencia N° 11.752 a través de la cual condenó al Estado argentino y le ordenó adoptar distintas medidas para reparar las violaciones a los derechos a la vida, integridad personal, libertad personal, garantías del debido proceso, protección judicial efectiva y derechos del niño en perjuicio el joven Walter Bulacio y su familia (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

Respecto a la detención de Bulacio, de similares características al caso mencionado precedente, en la sentencia N° 11.752 la CoIDH (2003) consideró que el Estado Argentino violó:

El derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7 de la Convención Americana, en perjuicio de Walter David Bulacio, quien fue detenido por la policía de manera ilegal y arbitraria dentro de un operativo de sin que mediara orden judicial, y al no habersele informado los derechos que le correspondían como detenido, ni haber dado pronto aviso a sus padres y al juez de menores sobre la detención.

La sentencia del caso Walter Bulacio N° 11.752 la CoIDH (2003) además reconoció la facultad de Estado de “garantizar su seguridad y mantener el orden público”. Sin embargo ha

dicho que: “(...) el poder estatal en esta materia no es ilimitado; su actuación está condicionada por el respeto a los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a derecho” (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

En cuanto a la facultad del Estado de detener a las personas que se hallan bajo su jurisdicción, la CoIDH ha señalado en el mismo fallo que existen requisitos materiales y formales que deben ser observados al aplicar una medida o sanción privativa de libertad: “nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal) (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

Respecto del control judicial, la CoIDH (sentencia caso Bulacio N° 11.752, 2003) dijo que:

Otra medida que busca prevenir la arbitrariedad o ilegalidad es el control judicial inmediato, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar, en general un trato consecuente con la presunción de inocencia que ampara al inculpado mientras no se establezca su responsabilidad. Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el contenido esencial [de este] artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado. (considerando 129)

Con respecto a la obligación de los estados parte de la Convención, la CoIDH (sentencia caso Bulacio N° 11.752, 2003) ha establecido que estos deben:

(...) Adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en esta. Esto implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención”. (considerando 143)

Finalmente, la Corte resolvió que el Estado Argentino debe sentencia caso Bulacio N° 11.752, 2003:

(...) garantizar que no se repitan hechos como los del presente caso, adoptando las medidas legislativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de derechos humanos, y darles plena efectividad, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (punto resolutivo n° 5)

Ahora bien, con este precedente judicial, el día 26 de agosto de 2011 nuevamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció respecto de otro hecho suscitado en nuestro país, considerando que la detención del señor Torres ocurrida entre las últimas horas del 2 de octubre y las primeras horas del 3 de octubre de 2003 fue desde todo punto de vista ilegal y se llevó a cabo de manera arbitraria, y su posterior desaparición no solo vulneró su derecho de libertad personal sino también afectó enormemente su integridad personal y vida, colocándole ante el riesgo de padecer daños irreparables (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

Asimismo, estimó que el señor Torres Millacura fue puesto en una situación de “indeterminación jurídica que anuló la posibilidad de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, lo cual constituye una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos”. Por lo tanto, declaró que el Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2, 7.1, 7.2

y 7.3 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, todos ellos en relación con las obligaciones establecidas en los artículos I.a), II y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en perjuicio del señor Iván Eladio Torres Millacura (Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f.).

El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral.

La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar (...). El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal y que en lo pertinente dispone (...).

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el

supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto (Fernández y Encina, 2017).

Continuando con el orden expositivo, cabe señalar la condena que, a la figura de la desaparición forzada, ratifica el Tribunal en reseña, así como la reafirmación constante y reiterada que éste pronuncia, respecto de los derechos de las víctimas de aquella, así como de las obligaciones que los Estados partes, que han asumido al fin de prevenir y evitar su concreción (Herrera, 2016).

Concretamente el Estado Argentino reconoció que la detención y desaparición del señor Torres Millacura por parte de agentes estatales provinciales y nacionales, exigía a las altas esferas emplear todos los esfuerzos para realizar una búsqueda inmediata, con las pesquisas urgentes y necesarias, pero que, sin embargo, ello no ocurrió pese a los reclamos de familiares y amigos de la víctima desde las primeras horas de su desaparición. El Estado fue omiso en investigar debidamente las circunstancias del hecho desde esos primeros momentos. El Estado no procuró de manera pronta y efectiva los medios de prueba que permitieran la identificación de los responsables, no obstante contar con la información brindada por los familiares, amigos y conocidos de la víctima (Fernández y Encina, 2017).

Para abordar este tema, la CoIDH ha tratado esta temática, con especial énfasis en el desarrollo que ha hecho sobre las características especiales que tiene esta violación de derechos humanos y se ha analizado la forma en que la desaparición forzada de personas afecta a diversos derechos de las víctimas y también de sus familiares como se describió precedentemente en el caso Torres Millacura de 2011, pero lo destacable resultó ser el reconocimiento de responsabilidad (inédito) que efectuó el Estado Argentino que fue el puntapié inicial para reformar el Código Penal (Fernández y Encina, 2017).

Para finalizar, se reitera que existen numerosos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han ido definiendo la figura de desaparición forzada y ampliando el

ámbito de protección brindado por la misma en los instrumentos internacionales, que facilitan su interpretación y aplicación de este delito. En la jurisprudencia de la CoIDH, se recuerda, el mandato de criminalización que obliga a los Estados Parte a tipificar el delito en su derecho interno conforme a los estándares internacionales, ya que por tratarse de un crimen pluriofensivo que viola a la vez numerosos derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, no sería suficiente con que se recurra a la combinación de figuras comunes para su persecución y condena, tal lo explicado anteriormente.

El rol del Estado en estos casos: obligaciones jurídicas asumidas

Se sabe que en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el derecho de los tratados, de fecha 23 de mayo de 1969, en la ciudad de Viena, Austria; la República Argentina ha suscripto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cual entrara en vigencia 27 de enero de 1980. Convención que, por intermedio de la ley 19.865, resultara posteriormente aprobada e incorporada al derecho interno el 3 de octubre de 1972. Fernández y Encina (2017) enuncian al respecto:

Este esquema legal internacional con jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico interno, regula las relaciones internacionales entre los Estados Partes de un Tratado, así como las obligaciones que éstos asumen en dicho ámbito al suscribir los respectivos instrumentos jurídicos internacionales. Instrumentos que, en consonancia, han de ser jurídicamente acatados, tornándose asimismo en ineludibles e insoslayables por imposición de los principios de buena fe y de pacta sunt servanda cuales, constituyendo normas universalmente reconocidas y convencionalmente acogidas.

En esta línea, el artículo 26 de la Convención anunciada, de modo imperativo, prescribe. “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

A su vez, el art. 27 (Convención de Viena, 1969) enseña que. “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”. A tenor de lo transcripto, deviene que dichas prescripciones normativas otorgan fuerza jurídica vinculante a los compromisos internacionales asumidos por los Estados en el ámbito de la comunidad jurídica internacional.

Por tanto, y para ratificar, (Art. 18 de la Convención, 1969). “(...) un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado, (...)”. Entonces, en relación a la reseña normativa, interesa destacar el objeto y fin de los bloques convencionales. La CIPPDF tiene como objeto y fin prevenir las desapariciones forzadas y luchar contra la impunidad en lo que respecta al delito de desaparición forzada (Fernández y Encina, 2017).

Es decir, ningún Estado Parte de la CIPPDF, a través de su gobierno, puede alegar causal alguna para justificar la desaparición forzada de una persona. Pero también prescribe el derecho a denunciar, a no ser detenido en secreto, de acceder a una justicia rápida, eficaz e imparcial, a ser protegido en tanto denunciante, allegado, familiar, testigo (Fernández y Encina, 2017).

Los artículos 12, 24 y 25 y conc. de la CIPPDF, (2006) enuncian derechos. “A la información, a la investigación para garantizar, en esencia, el derecho a la verdad, a la no impunidad y a la reparación”.

Se imputa insoslayables obligaciones jurídicas internacionales al Estado Nacional.

Así, se impone al Estado Argentino como obligación internacional asumida y en procura de no obstruir a la concreción del objeto y fin del tratado:

a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales;

b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo;

c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y

d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención (Artículo 1° CIDFP).

El artículo 3° de CIPPDF prescribe. “El Estado tiene que tomar las medidas apropiadas para investigar (...) y para procesar a los responsables”. El artículo 12, 1 CIPPDF, por su parte establece:

Velar por que toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada tenga derecho a denunciar los hechos ante las autoridades competentes, quienes examinarán rápida e imparcialmente la denuncia y, en su caso, procederán sin demora a realizar una investigación exhaustiva e imparcial. Se tomarán medidas adecuadas, en su caso, para asegurar la protección del denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como de quienes participen en la investigación, contra todo maltrato o intimidación en razón de la denuncia presentada o de cualquier declaración efectuada.

También el artículo 12, 2 de CIPPDF señala. “Iniciar una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal”. Mientras que el artículo 12, 4 de CIPPDF:

Adoptar las medidas necesarias para prevenir y sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones. En particular, deberán garantizar que las personas de las que se supone que han cometido un delito de desaparición forzada no estén en condiciones de influir en el curso de las investigaciones, ejerciendo presiones y actos de intimidación o de represalia sobre el denunciante, los testigos, los

allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como sobre quienes participan en la investigación.

Los artículos 24.1. y 12 de CIPPDF determina. “Tomar las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la verdad que les compete a las víctimas sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”.

Finalmente, el artículo 24. 4 de CIPPDF establece. “Adoptar todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos”.

Cabe aclarar que la enunciación precedente no es taxativa.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas también se enrola en prescripciones similares a la CIPPDF. En los considerandos señala como objeto la de prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio con el fin de que la presente Convención constituya un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho (Fernández y Encina, 2017).

Por ende, cuando los Estados figuran como partes en un tratado internacional sobre derechos humanos, lo que ocurre en ejercicio de su soberanía y no en menoscabo de ésta, adquieren determinadas obligaciones dentro del sistema de Estados en el que se integra el tratado y ante los seres humanos que se hallan sujetos a la jurisdicción del Estado parte del convenio. Esto es lo característico de los tratados de derechos humanos, a diferencia de otro género de pactos, que se limitan a establecer los datos de la relación jurídica entre Estados, con determinación de los derechos y deberes que éstos tienen entre sí (Heredia y Heredia, 2013).

Por lo tanto, el Estado puede ser el actor a través de sus agentes, o puede ordenar, autorizar, consentir o apoyar a particulares o grupos de particulares. Existe por tanto acuerdo

respecto de que el delito puede ser cometido tanto por agentes estatales, como por particulares vinculados de alguna manera en su actuar con el Estado (Herrera, 2016).

La CoIDH ratificó la doble posibilidad de responsabilidad del Estado como autor directo (por medio de sus funcionarios) y autor “indirecto” por apoyo o aquiescencia en el caso Gómez Palomino. En esta sentencia la Corte se expidió sobre la figura de desaparición forzada descrita por el Código Penal peruano y consideró que el ordenamiento de Perú no está en concordancia con los estándares internacionales, ya que al referirse sólo al “funcionario o servidor público” como posible autor del delito limita el ámbito de aplicación en forma inconveniente. La Corte ordenó a modo de reparación en su sentencia la modificación del Código y la inclusión de todos los sujetos activos mencionados en el art. 7 (2) ECPI (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de desaparición forzada, s.f).

Por lo demás, la CoIDH es muy estricta en cuanto a la responsabilidad del Estado sobre grupos de particulares, por ejemplo y en especial en el caso colombiano, sobre grupos paramilitares. En otras palabras, la Corte exige un “control efectivo” para establecer el vínculo necesario entre el Estado y estos grupos. De hecho, la Corte más bien adjudica al Estado responsabilidad, sin realmente discutir el tema en profundidad ni elaborar un estándar racional. Es así que el orden interno debe construirse o reconstruirse en forma consecuente con el orden internacional que el propio Estado ha acogido como parte de su ordenamiento. Entre las disposiciones que tienen por materia el respeto y la garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales, figuran las normas penales --disposiciones generales, tipos y consecuencias jurídicas -- destinadas a proteger bienes y derechos con los medios más enérgicos de los que disponen la sociedad y el Estado (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de desaparición forzada, s.f).

Consecuencia de estos deberes generales es el compromiso específico de los Estados en relación con determinadas providencias, la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de personas manifiesta. “Los Estados Partes se comprometen a adoptar (...) las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad” (artículo 3).

Los autores y suscriptores de los tratados -que son, al mismo tiempo, sujetos obligados por éstos- entienden que las conductas ilícitas previstas en ellos requieren fórmulas de persecución propias, que no basta con las acostumbradas descripciones típicas de derecho interno -como podrían ser los golpes, la privación ilegal de libertad, el secuestro o la obstrucción de la justicia, en el supuesto de la desaparición forzada- y que la caracterización aportada por el instrumento internacional es la forma suficiente y adecuada para reaccionar frente a esos delitos, cuya represión interesa a la comunidad internacional. De no ser así, carecería de sentido establecer descripciones vinculantes y generar obligaciones específicas para los Estados, a este respecto (Heredia y Heredia, 2013).

Es posible suponer que los Estados se hallan en libertad de adoptar elementos de mayor severidad en la persecución penal de estos ilícitos, si lo consideran pertinente, conveniente, justo, para la mejor tutela de los derechos humanos, siempre a condición de que al hacerlo no vulneren otros principios o normas insoslayables. La descripción internacional es el dato irreductible de la persecución, que puede ser mejorado -en favor de los objetivos que ésta se propone alcanzar y de las razones que la justifican-, pero no alterado, condicionado o desvanecido por la sustracción de elementos necesarios de la fórmula persecutoria o la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia y desemboquen, a la postre, en impunidad de conductas cuya punición ha resuelto el orden internacional, apoyado por la voluntad del Estado parte. (Heredia y Heredia, 2013)

Además de configurar ciertas violaciones de derechos a partir de los casos de desaparición forzada, la Corte Interamericana ha hecho un completo análisis de los alcances de las obligaciones del Estado en casos de desaparición forzada de personas. Se han desarrollado los conceptos de garantía, prevención, investigación y sanción a los responsables que han fijado estándares recogidos por la normativa internacional y nacional y por tribunales tanto de jurisdicción internacional como nacional. Asimismo, se ha desarrollado con detalle el alcance de la obligación de adecuar la legislación nacional para cumplir con los estándares normativos internacionales en materia de tipificación del delito de desaparición forzada de personas. (Heredia y Heredia, 2013)

El deber de garantizar los derechos establecidos en la CADH estableció en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988:

La práctica de desapariciones, a más de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención. La existencia de esa práctica, además, supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención.

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es

claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Pero sí es obvio, en cambio, que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aun en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto. (Heredia y Heredia, 2013)

En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado (Heredia y Heredia, 2013).

Respecto al deber de sancionar en el Caso *Gómez Palomino Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. (Sentencia de 22 de noviembre de 2005), la Corte determinó que de conformidad con el deber general de garantía, los Estados tienen la obligación de investigar, ejercer la acción penal correspondiente, juzgar y sancionar a los responsables de ciertos hechos violatorios de derechos humanos. Esta obligación se mantiene frente a un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos no cometido directamente por un agente del Estado, sino

por ejemplo, por ser obra de un particular que ha actuado con el apoyo o aquiescencia del Estado. Así, la sanción penal debe alcanzar a todas las personas que realicen conductas constitutivas de desaparición forzada (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de desaparición forzada, s.f).

En el caso de la desaparición forzada de personas, el deber de adecuar el derecho interno a las disposiciones de la CADH, de conformidad con el citado artículo 2, tiene carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica. En atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas, no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura, homicidio, entre otras. La desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreado otros delitos conexos (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de desaparición forzada, s.f).

Esto implica que los Estados deben tipificar el delito de desaparición forzada. Esta tipificación debe hacerse tomando en consideración el artículo 2 de la citada Convención, donde se encuentran los elementos que debe contener el tipo penal en el ordenamiento jurídico interno (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de desaparición forzada, s.f).

La desaparición forzada se caracteriza por la negativa de reconocer la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de las personas y por no dejar huellas o evidencias. Este elemento debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se la relaciona, como el plagio o secuestro y homicidio, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios

adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de desaparición forzada, s.f).

Para finalizar, cabe mencionar que también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos de desaparición forzada, ha dispuesto medidas de reparación material, inmaterial, de satisfacción y garantías de no repetición. En cuanto a la reparación del daño material, la Corte ha considerado los gastos en que han incurrido los familiares de los detenidos desaparecidos en su búsqueda, y ha computado los ingresos probables que hubiera percibido la persona desaparecida, a efectos de entregar estos montos a los familiares. En cuanto al daño inmaterial, en atención a la naturaleza y gravedad de la violación, ha presumido este daño respecto de la víctima de desaparición forzada y sus familiares. Finalmente, respecto a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, ha dispuesto la atención médica de los familiares, la realización de actos de memoria para recordar a las víctimas, la obligación de buscar, identificar y entregar los restos mortales de los desaparecidos a las víctimas, entre otras (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de desaparición forzada, s.f).

El Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (2012) ha determinado algunos ejemplos de medidas de satisfacción y garantías de no repetición en casos de desaparición forzada, a saber:

- Localizar, identificar, exhumar los restos mortales de las víctimas y entregarlos a sus familiares.
- Trasladar los restos mortales de la víctima e inhumarlos en el lugar de elección de sus familiares.
- Buscar e identificar a los hijos de una persona desaparecida.
- Crear un sistema de información genética.

- Implementar un registro de detenidos en el que se incluya la identificación de los detenidos, el motivo de la detención, la autoridad competente, el día y la hora de ingreso y de liberación así como información sobre la orden de detención.

- Capacitar a los miembros de los cuerpos armados y de seguridad sobre principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites en el uso de la fuerza letal, por ejemplo armas de fuego.

Conclusión

En Argentina la desaparición forzada como conducta individual del crimen de lesa humanidad fue incorporada al ordenamiento nacional en enero de 2007 mediante la Ley 26.200 que dispone la implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y remite en su art. 2 al art. 7, ap. 1 i) y ap. 2, i) de dicho Estatuto. El tipo penal es así el mismo establecido en el estauto, mientras que como pena se establece en el art. 9 de la Ley 26.200 entre 3 y 25 años. La CIDFP y CIPPDF fueron incorporadas al derecho interno en 1995 y 2007 respectivamente. Según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sus disposiciones pueden ser directamente aplicadas en tanto sean suficientemente precisas. (Herrera, 2016)

La tipificación del delito de Desaparición Forzada de Personas como delito individual era un mandato convencional incumplido pese a la constitucionalización de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Ley 24556). En este sentido, la incorporación del art. 142 ter del Código Penal resulta un acierto, a la par que implica el acatamiento de una decisión de la Corte IDH, dispuesta en tan comentado caso de Iván Eladio Torres Millacura vs. Argentina, donde nuestro gobierno nacional se comprometió a suscribir la tipicidad individual de dicha conducta ilícita, como un desagregado del Estatuto de Roma (aprobado por Ley 26.200) que solo se tipifica a la desaparición forzada de personas como

delito de masas, esto es como parte de un ataque sistemático o generalizado a una población civil. (Herrera, 2016)

Cabe señalar que dicha norma implicó un avance político, jurídico y moral, como modo de reconocer la lesividad peculiar de este tipo de hechos, sumamente graves que hasta ese entonces momento eran eventualmente reprimidos con la figura penal de la privación ilegal de la libertad establecida en los arts. 141, 142 y 144 bis del Cód. Penal.

En efecto, antes de la norma en cuestión, una parte minoritaria de la doctrina y la jurisprudencia nacional argumentaba que la privación ilegal de la libertad contenía una descripción lo suficientemente amplia como para incluir aquellos supuestos específicos de desaparición forzada de personas sin resentirse el principio de legalidad, por lo que consideran que no era necesario su inclusión en el Código Penal, a ello se añadía que al haber aprobado nuestro país el Estatuto de Roma, los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas, ya se encontraban reprimidos, en tanto que era un delito de lesa humanidad e imprescriptible y no era necesario un nuevo tipo legal, ya que ello resultaba redundante.

Lo cierto es que el art. 142 ter del Código Penal, no es una norma más, ya que tiene como antecedente histórico los dramáticos acontecimientos de la última dictadura militar (1976-1983) en el marco de lo que se denomina “terrorismo de estado” y algunos hechos posteriores acaecidos desde el retorno de la democracia a nuestro país; siendo la desaparición forzada de personas, junto a la tortura, uno de los delitos de lesa humanidad más emblemáticos (Herrera, 2013).

También dicha norma debe su origen en el cumplimiento de diversos compromisos asumidos por el Estado Argentino al adherir a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas del año 1994, que exigía la tipificación de este delito en nuestra legislación interna, estableciéndolo como una de las obligaciones principales que recaen sobre los Estados Partes.

El delito de Desaparición forzada de Personas, se concluye que consta de dos fases de conducta típica, por un lado la privación de la libertad y por otro la no información de dicha privación de la libertad, por lo que ambas fases se hallan conectadas desde el comienzo mismo de su ejecución. En efecto, para la jurisprudencia de la CoIDH la privación de la libertad es el inicio de la ejecución de la desaparición forzada, sin importar que dicha privación sea legal. En cuanto a la segunda fase, esto es, la no información, se evalúa desde que el sujeto activo -funcionario público o persona o miembro de un grupo de personas que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado- tiene el deber de informar sobre esa privación de la libertad sin necesidad de ser emplazado, en resguardo además de la prohibición de la autoincriminación prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional, por lo que tal delito constituye el incumplimiento de un deber de brindar información. En razón de tal incumplimiento y de su permanencia en el tiempo es que cabe afirmar que se trata de un delito continuado. Así, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las desapariciones forzadas establece. “Todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente, mientras que los autores continúen ocultando la suerte y el paradero de las personas que han desaparecido” (Artículo 17 primer párrafo).

En el aludido precedente “Torres Millacura”, la CoIDH estableció que la investigación sobre la detención, posibles actos de tortura y desaparición forzada de personas que no sea llevada a cabo en forma diligente y en un plazo razonable, resulta violatoria de lo previsto en los artículos 1.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Herrera, 2013).

Resulta necesario reflexionar sobre la necesidad de adecuar las estructuras y los procesos judiciales a fin de garantizar el respeto a los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional y los Tratados sobre DDHH, en particular se desarrollen efectivas

investigaciones exhaustivas en estos casos y se sancionen a sus responsables, ya que los órganos de la justicia federal no han respondido de manera adecuada a su obligación de investigar procesar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos, incumpliendo con su deber de diligencia.

Es preciso mencionar que el informe elaborado por el Comité contra la Desaparición Forzada 5º período de sesiones – Evaluación sobre Argentina, Informe Alternativo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) con fecha de 7 de Octubre de 2013 evidenció de manera contundente:

En Argentina persiste una resistencia por parte de las autoridades de iniciar las investigaciones bajo esta figura (desaparición forzada de personas) ya que en general su primera definición consiste en esperar un tiempo específico para ver si en realidad la persona no está perdida o si no fue secuestrada por agentes privados. Estos obstáculos fuertes que se interponen principalmente en los primeros momentos de las investigaciones, que son los días esenciales, suelen conllevar pérdidas significativas de elementos probatorios que serían cruciales para determinar el paradero de la persona. Las especiales circunstancias en las que se investigan estas graves violaciones a los derechos humanos, hacen que muchas veces se vean frustradas por el poder de quienes pretenden lograr su propia impunidad, como por la dificultad propia de los sistemas judiciales de enfrentar investigaciones complejas.

Asimismo, un eje central es la posibilidad de que las investigaciones que se lleven adelante alcancen también a los superiores y así se comprenda toda la cadena de responsabilidades; sea por su responsabilidad directa en la desaparición, por su posibilidad de haber evitado la desaparición, de haberla prevenido, o por haber habilitado o permitido la obstrucción de la investigación. Es evidente que, en este sentido, el poder judicial argentino aún tiene serias limitaciones (Herrera, 2013).

Es decir, no se ha avanzado en lograr que la responsabilidad penal de los responsables jerárquicos o autores intelectuales del hecho sea analizada por los órganos judiciales correspondientes. Por supuesto, tampoco se han aplicado las sanciones que hubieran correspondido a nivel administrativo. Precisamente, otro punto relevante a la hora de analizar el deber de diligencia por parte del Estado argentino, tiene que ver con el desarrollo de las investigaciones administrativas, más allá de aquellas de naturaleza penal.

En este sentido, la investigación que lleva adelante el Estado no debe limitarse únicamente al hecho puntual de la desaparición sino también incluir a los contextos más amplios, de violencia, hostigamiento y privación de derechos. (Herrera, 2013)

Conforme lo sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Arancibia Clavel" -Fallos: 327: 3312-:

La ratificación por parte de la República Argentina de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, representa tan sólo la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, encontrándose el Estado Argentino comprometido internacionalmente en la protección de los derechos humanos desde el inicio del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional pues, delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos, serán considerados crímenes contra la humanidad en tanto agravian el derecho de gentes prescripto en el artículo 118 de la Constitución Nacional.

Para concluir y como corolario el juez interviniente tiene el deber y la obligación de investigar y producir toda la prueba que se le presente y ofrezca e incluso de inspeccionar en forma personal aquel o aquellos lugares en donde se presuma o indiquen que pueda estar el desaparecido forzosamente. Quebrantar éste deber y obligación de investigar la situación de

desinformación o negativa a brindarla respecto al paradero actual de la víctima, implicaría incurrir por parte del juez, en delitos tipificados penalmente y, por parte del Estado Argentino, en responsabilidad internacional ante la comunidad jurídica internacional.

Referencias

Aguirre, E. L. (2016). Estado de la legislación argentina en materia de protección de víctimas de guerra y otros conflictos armados. *Derecho a replica*.

Recuperado de <http://www.derechoareplica.org/index.php/derecho/308-estado-de-la-legislacion-argentina-en-978>

Ambos, K. y Bohm M. L. (2009). *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e*

Internacional. Recuperado de

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_03.pdf

Centro de Justicia y el Derecho Internacional (2012). *La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. Guía para defensores y defensoras de derechos humanos*. Recuperado de <https://www.cejil.org/es/guia-defensores-y-defensoras-derechos-humanos-proteccion-derechos-humanos-sistema-interamericano-2da>

Colombato, L. C., (2013). *Guía de lectura Sistema Universal de Derechos Humanos*. Cátedra de Derecho Internacional Público FCEyJ-UNLPam, pp.1-3.

Comité contra la desaparición forzada, 5º período de sesiones- Evaluación sobre Argentina, Informe Alternativo del Centro de Estudios Legales y Sociales–CELS-. Constitución de la Nación Argentina, ley 24.430, sancionada 15/12/1994 y promulgada

3/1/1995. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Convención Americana de Derechos Humanos Ley N° 23.054, Aprobación de la citada

Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. Adoptada en

Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Recuperado de

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

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, Ley N° 19865 Apruébase la

"Convención de Viena sobre el derecho de los tratados". Recuperado de

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000->

[219999/217116/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217116/norma.htm)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs.

Honduras.

Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia

de 18 de

septiembre de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Torres Millacura y otros Vs.

ARGENTINA. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de

2011. Serie C No 229.

Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la
Asamblea

General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Recuperado
de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Estatuto de Roma de la corte penal internacional. Aprobado en

Roma, Italia el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de
Plenipotenciarios de las Naciones Unidas

sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Recuperado de
<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/0033>

Fernández B. y Encina D. (2017, 31 de Agosto). Desaparición Forzada de Personas:
 una

herida que vuelve a sangrar. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/08/doctrina45697.pdf>

Heredia V. y Heredia J. (2013, 13 de Noviembre). Art 142 ter Desaparición Forzada
 de Personas. *Revista Pensamiento Penal*. Recuperado de
<http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37756-art-142-ter-desaparicion-forzada-personas>

Herrera, H. (2016, 31 de Octubre). El delito de desaparición forzada de personas y su
 incorporación al Código Penal Argentino a través de la Ley 26.679. *Revista
 Pensamiento Penal*. Recuperado de
<http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44319-delito-desaparicion-forzada-personas-y-su-incorporacion-al-codigo-penal-ley-26679>

Informe sobre la desaparición de Iván Torres, s.f. Recuperado de
[file:///C:/Users/orne/Downloads/informe_caso_ivan_torres%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/orne/Downloads/informe_caso_ivan_torres%20(2).pdf)

Jauchen, E. M. (2005). *Derechos del Imputado*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-
 Culzoni

Ley 24.584. Apruébase la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes
 de

guerra y de los crímenes de lesa humanidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30354/norma.htm>

Ley 26.298 Apruébase la Convención Internacional para la Protección de las Personas contra

las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 2006. Sancionada: Noviembre 14 de 2007. Promulgada: Noviembre 28 de 2007. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/130000-134999/134990/norma.htm>

Maldonado Conde, J. C., (2010). *El delito de desaparición forzada de personas como protección de los derechos humanos*. Recuperado de <http://www.servicio.cid.uc.edu.ve>

Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana N° 6: desaparición forzada*. Recuperado de

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33824.pdf>

Salvioli, F. (1997). *Postulados emergentes de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en relación al derecho internacional público*. (tesis de maestría).

Universidad Nacional de La Plata Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, Buenos Aires.

Sentencia Arancibia clavel, Fallos 327:3294

Vidal, C. (2005). *La Desaparición forzada en el contexto Interamericano*.

Recuperado de

http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0081.pdf