

“NN”

Una breve aproximación al delito de desaparición forzada de personas

Víctor Hugo Benítez y Gisella Madelein de Franceschi¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Antecedentes; III.- El tipo penal de desaparición forzada de personas; IV.- Antecedentes de la figura; V.- El bien jurídico protegido en el delito de desaparición forzada de personas (Art. 142 ter); VI. - El tipo objetivo del delito de desaparición forzada de personas; VII.- El tipo subjetivo del delito de desaparición forzada de personas; VIII.- El momento consumativo; IX.- Penalidad; X.- Agravantes; XI.- Atenuante por ser autores o partícipes colaboradores o delatores; XII.- Bibliografía

RESUMEN: El nombre del presente ensayo pretende ser un disparador para que el lector conozca los antecedentes y la dinámica del tipo penal de Desaparición Forzada de Personas en el correcto contexto de la figura. La sigla NN posee un fuerte peso lingüístico y simbólico que nos remonta inmediatamente a la figura del *desaparecido* como esquema central del terrorismo de Estado que asoló a la población civil durante la última Dictadura cívico - militar - eclesiástica que padeció la Argentina en el periodo comprendido entre los años 1976 y 1983. Como aporte menor al tema me propongo realizar una aproximación breve a los antecedentes de la sigla NN, y

¹**Víctor Hugo Benítez:** Abogado, Doctorando, Investigador y Profesor por concurso de Derecho Penal Parte Especial, Cátedra “A” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

Gisella Madelein de Franceschi: Abogada, Ayudante de Cátedra de Derecho Procesal Penal, Cátedra “A” (Curso: Prof. Marcelo Escarlón; Titular: Prof. Dr. Luis Ramón González) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la UNNE.

su relación con la dinámica del Delito de Desaparición Forzada de Personas, no solo como delito de Lesa Humanidad² sino como uno de los tipos penales previstos en el Libro II, Título V, Art. 142 *ter* del Código Penal Argentino.

PALABRAS CLAVE: Desaparición forzada – desaparecido - derecho penal - Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Crímenes de lesa humanidad

I.- Introducción

Antes de ingresar de lleno en la exégesis de la conducta y sus elementos característicos, nos tomaremos un minuto para compartir en primera persona una anécdota que se relaciona estrechamente con el tema a analizar. Corría el año 1982 y nuestro grupo de amigos se conformaba de compañeros del segundo grado de primaria del colegio “Instituto Ezequiel Martínez Estrada” de la pequeña localidad de Benavídez, partido de Tigre, provincia de Buenos Aires. Nuestros juegos consistían en largos paseos en bicicleta que se repartían entre competir en vertiginosas carreras de velocidad, sortear obstáculos peligrosísimos como zanjas y terraplenes, y de vez en cuando tratar de cazar pajaritos con gomeras que nosotros mismos nos construimos. En estos paseos era obligado pasar por el Cementerio de la ciudad, lo que nos generaba una enorme ansiedad dónde se mezclaban la necesidad de aventuras y el miedo a lo desconocido. Nuestro amigo Marcelo nos llevaba siempre ahí porque su padre era empleado municipal encargado del Cementerio local. Siempre nuestras andanzas se mezclaban con historias que su padre le había contado y alguna otra que él mismo había inventado. Un día nos llevó a ver unas tumbas que tenían una particularidad, las mismas no tenían ningún nombre o identificación que permitiera saber quién yacía allí. Que no haya nombre en la tumba hacia volar aún más nuestra imaginación y despertaba una inocente pero morbosa curiosidad. Obviamente esperábamos ansiosos que Marcelo nos contara alguna lúgubre historia de fantasmas sobre estas tumbas que no tenían nombre. Ese día nos contó lo que le había dicho su padre: “... dice mi papá que las tumbas son de

² Cfr. Tratado de Roma, Art. 7º inciso (i). El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998. El Estatuto entró en vigor el 1º de julio de 2002.

terroristas que se enfrentan a la policía - afirmó - y cuando los matan los entierran sin nombre, son NN.”³. Así conocí por primera vez la existencia de esa palabra.

La humanidad ha sido testigo de horrores inimaginables a lo largo de su historia, pero en los últimos siglos, y con más énfasis en el siglo XX, esos horrores se han envilecido por haber adoptado éstos la característica de conformar un plan sistemático y perfectamente orquestado para la destrucción del hombre a manos del hombre. La crueldad, la violencia y el desconocimiento a los derechos esenciales de la persona humana se han visto a lo largo de la historia, pero se han sofisticado sus mecanismos en los últimos tiempos, teniendo nuestro país una triste historia reciente. La sistematización de la crueldad es fruto de este siglo, numerosos ejemplos pueden nombrarse en donde el Estado ha instaurado la crueldad, la violencia y la muerte contra un grupo social determinado como una política pública. Estos horrores que durante el siglo pasado alcanzaron el más alto grado de sofisticación recién han sido confrontados por la comunidad internacional después de finalizada la Segunda Guerra Mundial.

Los instrumentos multilaterales de protección de los Derechos Humanos hoy constituyen un conjunto de normas universalmente aceptados en el mundo occidental. El conjunto de las naciones ha suscrito numerosos tratados de protección de Derechos Humanos e incluso ha declinado la jurisdicción penal a un órgano Internacional en caso de delitos gravísimos que agreden a la humanidad en su conjunto. Empero toda la normativa internacional que conforma un bloque de Tratados Internacionales de protección de Derechos Humanos, con jerarquía Constitucional en nuestro caso (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), no son suficientes para articular una respuesta eficaz contra las violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos que hasta el día de hoy se siguen cometiendo⁴. Las razones para esto son diversas, y excederían el acotado marco teórico del presente ensayo, pero de una cosa podemos estar persuadidos que la salida al laberinto que nos propone la

³ En el listado oficial de Detenidos Desparecidos de la última Dictadura Cívico Militar en la Argentina, dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, más precisamente en la página 779 del Registro Unificado de Víctimas del terrorismo de Estado puede identificarse a numerosas víctimas de Desaparición Forzada cuya exhumación e identificación fue realizada en el Cementerio de Benavídez, partido de Tigre, provincia de Buenos Aires, bajo la denominación N. N. (Ej. CONADEP 3912 y 6154 entre tantos otros).

⁴ En nuestro continente son paradigmáticos los casos de Colombia, Haití, y recientemente la masacre de Senkata durante el golpe de Estado que depuso al gobierno constitucional en la República Plurinacional de Bolivia.

violencia institucional es profundizar el camino del respeto de los Derechos Humanos.

II.- Antecedentes

La sigla NN., constituye una nomenclatura universalmente aceptada para señalar a las personas de las cuales se desconoce su identidad. La Desaparición Forzada de Personas, tanto en su versión como delito contra la humanidad como en su faz de delito común, comienza como una privación de la libertad que concluye con la muerte de la víctima. Empero previo al fatal destino de la víctima, ésta debió ser privada de todas las garantías y prerrogativas que la ley le otorga, complementándose esto con la negativa de reconocer esa privación de la libertad y de dar información de su paradero. Es ante esta negativa a reconocer la privación de libertad o de dar Información que nace el estatus jurídico de *desaparecido*. La experiencia nos ha demostrado que las sistemáticas desapariciones forzadas concluyen con la muerte y el entierro de las víctimas en tumbas sin señalar y que en la costumbre se denominan como NN.

El diccionario de la Real Academia Española de la lengua define las siglas NN (así sin puntos) como referente a una *persona desconocida de la que no se tiene ningún dato*⁵. Esta definición lingüística se identifica etimológicamente con el brocado latín *nomen nescio* significativo de aquello de lo cual se desconoce el nombre. Esta remisión etimológica es la aceptada por la autoridad reguladora de la lengua española pero llamativamente no es la única.

Las iniciales NN se interpretan como *sin nombre* en español, pero también como sin nombre en inglés (*No name*). En la antigua Roma, se usaba como un nombre hipotético: “*Numerio Negidio*”. *Numerio* es un *praenomen* real pero similar a la forma verbal latina; “Pago”, y “*Negidio*”, es la forma verbal de “Rechazo”, por lo tanto, *Numerio Negidio* es equivalente a “*Me niego a pagar*”. En los textos romanos la negativa a pagar una deuda se dejaba consignada como NN.

También la sigla NN se utiliza como nombre del imputado en el proceso judicial haciendo referencia a que los autores del ilícito permanecen desconocidos. Otras variantes en español son: “Fulano”, “Mengano”, “Zutano”; los dos primeros: Fulano y Mengano (proviene del árabe *fulān* فلان (que significa similar al español) y *منكان* man kān (literalmente “quién”) haciendo una referencia genérica a cualquier

⁵ <https://dle.rae.es/NN>

sujeto. En todos los idiomas y en diferentes países el acrónimo NN suele utilizarse como un seudónimo⁶.

Pero es en el siglo XX, y posteriormente a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, que la sigla NN cambia completamente su sentido siendo presa de las circunstancias que se produjeron durante ese conflicto bélico.

En el campo de Concentración de *Hinzert*, situado cerca del municipio de Hinzert-Pöler en Renania-Palatinado, Alemania (a 30 km de la frontera con Luxemburgo), existe una placa conmemorativa en recuerdo de víctimas francesas deportadas durante la ocupación alemana de Francia. En dicha placa las víctimas son identificadas como “*NN - Deportierten*” (Deportados-NN) en clara alusión Decreto nazi de Noche & Niebla (*Nacht und Nebel*).

También se puede leer al pie de dicha placa la frase: *Kein Hass, aber auch Kein Vergessen* (Sin odio, pero también sin olvido)⁷.

El 7 de diciembre de 1941 se firman las "*Instrucciones para el enjuiciamiento de los delitos contra el imperio o las fuerzas de ocupación en los territorios ocupados*" (en alemán: *Richtlinien für die Verfolgung von Straftaten gegen das Reich oder die Besatzungsmacht in den besetzten Gebieten*). El documento se compone de una serie de directrices formuladas por el régimen Nacional Socialista alemán para el tratamiento y enjuiciamiento de los delitos políticos cometidos contra los nazis. Estos crímenes inexistentes solo servían como justificación para la captura, deportación y muerte de opositores políticos o personas potencialmente peligrosas para los intereses del III *Reich*. Se utilizó el decreto para reprimir y eliminar efectivamente a los opositores políticos del régimen en los territorios ocupados, así como a los combatientes enemigos del movimiento de resistencia y los prisioneros de guerra aliados durante la Segunda Guerra Mundial.

Según los teóricos nazistas, el decreto resultaba de especial importancia porque implicaba una "*innovación fundamental*" en la forma de combatir la resistencia militar y política en los territorios ocupados. Una característica básica de la directiva *Nacht und*

⁶ Cfr. CASADO VELARDE, Manuel, Las formas fulano, mengano, zutano, perengano y su funcionamiento como ordenadores del discurso, en AAVV “Lengua y discurso, Homenaje al Prof. Vidal Lamíquiz”, Arco / Libros, Madrid, 2000, pp. 183-195.

⁷ En Argentina esta frase puede relacionarse simbólicamente con el pedido de Memoria Verdad y Justicia, llevado adelante por las Organizaciones de Derechos Humanos en nombre de las víctimas del Terrorismo de Estado durante la última Dictadura Cívico - Militar (1976 - 1983).

Nebel es que permite la aplicación secreta de sentencias de muerte, sin dejar testimonio ni evidencia sobre la situación y su terminación, por lo que las dos palabras Noche (*Nacht*) y Niebla (*Nebel*) fueron utilizadas de forma eufemística. El nombre hace referencia a las canciones de la ópera de Richard Wagner⁸ "El oro del Rin", primera de las cuatro operas que componen el ciclo *El anillo del nibelungo*.

Para aplicar este decreto se autorizaba el aislamiento y deportación de los presos del Tercer Reich del país ocupado. El sentido de la directiva es no transmitir ninguna información sobre el destino o lugar del fallecimiento cuando sea necesario. En el campo de concentración de *Struthof-Natzweiler* se albergó a muchos de esos prisioneros, cuyos uniformes tenían las iniciales N. N^o. Así también en los registros de las detenciones y deportaciones puede distinguirse que a quienes serían destinatarios del decreto de Noche y Niebla se los identificaba con la sigla NN al lado de su nombre. Indudablemente realizar estos actos a escondidas o en secreto tenía como único fin privar a las víctimas de la protección de sus derechos que surgen de la Convención de Ginebra. Posteriormente este elemento será fundamental para estructurar el tipo penal de Desaparición Forzada como crimen de Guerra y Crimen de Lesa Humanidad. Esto se termina de confirmar cuando el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg declaró que el decreto *Nacht und Nebel* constituía un crimen de guerra y condenó a morir en la horca a su firmante, Wilhelm Keitel, mariscal de la Wehrmacht. Varios jueces, fiscales y otros altos funcionarios alemanes del sistema de justicia nazi también fueron juzgados en relación al decreto por el tribunal militar de Estados Unidos en el juicio de Nuremberg.

Podríamos afirmar que los antecedentes etimológicos de la sigla NN han quedado superados por los acontecimientos vividos por la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, confirmando que el lenguaje y el sentido de las palabras cobran vida propia conforme se desarrolla la historia. Hoy día no podemos asociar la sigla NN más que a la triste historia que subyace detrás de ésta. Ya no existe posibilidad racional de desligar la sigla con el nefasto decreto nazi que costó la vida

⁸ Es conocida la admiración y fascinación que tenía Hitler por la música de Richard Wagner.

⁹ Durante la última Dictadura Cívico Militar argentina (1976 - 1983), en el campo de concentración y exterminio denominado "El Olimpo", un camionero al cual le habían encomendado trasladar un camión lleno de cadáveres hasta la bodega de un avión se atrevió a preguntar "¿Dónde los llevan?"; "Van a la niebla de ninguna parte", le contestaron. Reportaje del diario español El País titulado "El Olimpo del Horror" que puede leerse en este enlace https://elpais.com/diario/2006/01/01/eps/1136100410_850215.html?prm=copy_link

de tantas personas y que continuó aplicándose como práctica sistemática durante conflictos armados o períodos dictatoriales a lo largo del siglo pasado.

Empero, aunque cueste reconocerlo, el Siglo XXI no ha estado exento de estas prácticas. No solo estas prácticas de desapariciones forzadas se cometen con la acción directa o la aquiescencia del Estado, sino que son llevadas adelante de manera sistemática por Grupos Paramilitares o Parapoliciales (Un ejemplo es Colombia, que comenzara en la década de los 80s y que continua hasta hoy) y organizaciones Narco - Terroristas (el ejemplo más cruento son los carteles de la droga en México).

Puede comprenderse así que el horror y la crueldad de estas prácticas han tornado el sentido del lenguaje llevándonos a reconocer que los antecedentes etimológicos de la sigla se han perdido en el olvido ante la estrecha relación que existe entre la sigla NN y las prácticas de desaparición forzada de personas.

La comunidad internacional reaccionó ante estas prácticas adoptando como Delito contra la Humanidad la Desaparición Forzada de personas. Pero también este delito ha sido sancionado por nuestro país como un delito en el Libro II, Título V, Capítulo I, art. 142 *ter* del Código Penal Argentino. Seguidamente analizaremos los contornos y la dinámica de este tipo penal.

III.- El tipo penal de desaparición forzada de personas

El 13 de abril de 2011 se sancionó la Ley 26.679, la cual fue promulgada el 6 de mayo y publicada el 9 del mismo mes y año. Dicha ley incorporó el delito de Desaparición Forzada de Personas al Código Penal Argentino con una redacción similar a la estructura que describe el Estatuto de Roma (Corte Penal Internacional) como delito de lesa humanidad.

El texto de la ley describe el delito en el Libro II, Título V “Delitos contra la Libertad”, Capítulo I “Delitos contra la Libertad Individual”, artículo 142 *ter* en los siguientes términos:

“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.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre. La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.”

IV.- Antecedentes de la figura

Al analizar los antecedentes de la sigla NN en el apartado II, afirmamos que la misma ha perdido su sentido histórico - etimológico. Luego de los hechos cometidos por el régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial, el sentido que se le dan a estas letras queda ineludiblemente ligado al Decreto de Noche y Niebla (*Nacht und Nebel*), firmado el 7 de diciembre de 1941 por Wilhelm Keitel mariscal de la Wehrmacht. Pues bien, es este decreto el que conforma el antecedente jurídico directo del Delito de Desaparición Forzada de Personas. Este delito es incorporado luego de los Juicios de Nuremberg al protocolo anexo al Tratado de Roma que conforma el Estatuto organizativo de la Corte Penal Internacional, conocido como Estatuto de Roma.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁰ establece la jurisdicción suplementaria de la Corte sobre los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión. Declara estos delitos imprescriptibles y dolosos, siendo la Corte el tribunal con competencia universal para juzgarlos conforme lo suscrito el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte penal internacional.

El artículo 7° del Estatuto de Roma describe taxativamente el catálogo de Delitos de Lesa Humanidad, expresando que resultan ser aquellos que se cometan como *parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*. Los delitos de Lesa Humanidad poseen características que los diferencian de los delitos comunes, es decir que difieren en elementos centrales con aquellos que conforman el catálogo punitivo nacional. Pero también poseen elementos que coinciden con un delito común como el dolo (No existen delitos de Lesa Humanidad culposos), establece causales eximentes de responsabilidad penal

¹⁰ [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

similares al derecho penal común, admite también el error de hecho como de derecho, siempre que haga desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen –delito–, y admite la obediencia debida, excepto para los delitos de genocidio y de desaparición forzada de personas. Pero la jurisprudencia que fue elaborando la Corte Penal Internacional (CPI) ha distinguido elementos que deben estar presentes en este tipo de delitos para que puedan ingresar en la competencia internacional de la CPI y que marcan una evidente diferencia con conductas similares del derecho penal ordinario. Así un delito de Lesa Humanidad se diferencia con los delitos del derecho común en primer lugar por su *imprescriptibilidad* que surge de la interpretación del *ius gentium* como lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Priebke*¹¹. También se distinguen estos hechos porque constituyen un *ataque generalizado o sistemático*, lo que excluye los hechos aislados por más que los mismos sean de gran magnitud.

Estos hechos descriptos en el art. 7° del Estatuto de Roma, son dirigidos desde el Estado o desde un grupo que posea control territorial de hecho, contra *una población civil*. El término *población civil* debe entenderse como todo grupo indeterminado de personas no combatientes. A esto hace referencia el termino *civil*, como forma de diferenciar estos delitos de los crimines de guerra o delitos alcanzados por la jurisdicción nacional ordinaria.

El Tribunal Internacional Criminal para la ex Yugoslavia en “Prosecutor vs Tadic” afirmó que la expresión *civil* debe interpretarse *de modo que incluya una definición amplia del término*¹².

Se suma a estos requisitos que el autor tenga *conocimiento de aquel ataque*, lo que podría asimilarse al elemento subjetivo de estos hechos identificable como el dolo de la conducta (*mens rea*). Por último, un delito de Lesa Humanidad requiere para su configuración que lo sea de *conformidad con una política de cometer ese ataque o para promover esa política*. Este elemento es conocido en la jurisprudencia internacional como *policy*

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición”, causa N° 16.063/94, sentencia del 2/11/1995. La CSJN en la causa “Simón” dijo que “que el derecho internacional consagrado en nuestra Constitución Nacional hacía vigente un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio, independientemente del consentimiento expreso de las naciones. La imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, al momento de la dictadura cívico-militar, era parte del derecho consuetudinario o costumbre internacional y por lo tanto obligatoria” (CSJN “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad”, del 14 de junio de 2005).

¹² <https://www.icty.org/en/case/tadic>

rule (*Regla o cláusula política*) que exige que haya sido el Estado el que haya organizado su estructura para cometer los crímenes como una política estatal. Piénsese un Estado que dentro de la multiplicidad de políticas públicas que lleva adelante (Salud, Educación, Seguridad, etc.), incluye como una política más el sistemático y generalizado ataque a una población civil. Esto implica que desde el Estado se ponen en coordinación todos sus instrumentos para llevar adelante un ataque de esa magnitud. Este elemento es de trascendental importancia para caracterizar a un delito de Lesa Humanidad y excluirlo de crímenes de gravedad inusitada y de amplia magnitud que no escapan a la jurisdicción común. Si el crimen es de gran magnitud y se dirige intencionadamente contra una población civil solo será un delito de Lesa Humanidad si este es perpetrado por el Estado como si fuese una política pública, no siendo necesario que esta sea una política oficial o expresa, ya que en la mayoría de los casos estas políticas suelen ser secretas o clandestinas.

El mejor ejemplo es el *Decreto de Noche y Niebla* que establecía como una política estatal la deportación de opositores al régimen nazi estableciendo en dicha norma todos los procedimientos públicos necesarios para llevar adelante dichos crímenes. La cláusula política o *policy rule* constituye un dato clave para distinguir los delitos de Lesa Humanidad de aquellos hechos que, por más aberrantes que puedan ser, no escapan de la jurisdicción ordinaria. Este elemento impide considerar como delito de Lesa Humanidad, por ejemplo, a los hechos perpetrados en la Argentina por las organizaciones armadas en los años 70s. Estas organizaciones no poseían el control total o parcial del Estado, ni tampoco podían cometer las conductas que se le atribuyan como una política estatal. Por lo que dichos delitos no poseen las características de ser imprescriptibles¹³.

El inciso i) del artículo 7º del Estatuto de Roma describe el delito de Desaparición Forzada de Personas como delito de Lesa Humanidad de la siguiente manera:

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

¹³ Lo mismo sucede con los crímenes cometidos por ETA (Euskadi Ta Askatasuna, “País Vasco y Libertad” en idioma euskera) en España o el IRA (Irish Republican Army) en Inglaterra, que podrían incluirse dentro del vidrioso concepto de Terrorismo, pero que al no estar incluido en el Estatuto de Roma carecen de las consecuencias y efectos es éste.

Al presente tipo penal internacional le son aplicables los elementos generales descriptos en el párrafo anterior. El concepto del Estatuto contiene elementos que no se encuentran presentes en el delito del art. 142 *ter* del Código Penal Argentino. El elemento subjetivo conformado por *la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado* encuentra su antecedente en el decreto de Noche y Niebla, que pretendía excluir a los “*NN - Deportierten*” de la protección de la Convención de Ginebra. Este elemento se encuentra ausente en el delito ordinario.

El Estatuto de Roma forma parte del ordenamiento jurídico nacional mediante la sanción de la Ley 26.200¹⁴. La Ley 26.200, introdujo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional al derecho interno - aprobado por las Naciones Unidas el 17 de julio de 1998 - habiendo sido aprobado por el Estado argentino mediante Ley 25.390¹⁵ que depositó el 8/02/2001 en poder del Secretario general de las Naciones Unidas sus instrumentos de ratificación. El art. 1º de dicha ley establece que la presente ley tiene como objeto implementar las disposiciones del Estatuto de Roma y regular las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la Corte Penal Internacional en el ejercicio de las funciones encomendadas a este organismo por el citado instrumento y su normativa complementaria, mediante la atribución de competencia a los órganos estatales y el establecimiento de procedimientos internos adecuados, en lo no previsto en el Estatuto de Roma y sus normas complementarias, en particular las Reglas de Procedimiento y Prueba. Mediante esta norma se incorpora al ordenamiento nacional el Estatuto y la competencia de la Corte Penal Internacional.

Se aclara en dicha ley que la expresión “crimen” debe entenderse como “delito”, y el término “reclusión” al que refiere el instrumento internacional debe entenderse como “prisión” a los efectos de preservar la coherencia y sistematización de la legislación nacional. Se establece la competencia de la justicia federal para investigar los delitos que se detallan en el instrumento (art. 5º) y supletoriamente el Código Penal, el Código Procesal Penal de la Nación y en sus leyes complementarias (art. 6º). Estableció como pena para el delito de desaparición forzada de personas como delito de lesa humanidad, la prisión de 3 a 25 años y, en caso de la muerte de la persona, la pena de prisión perpetua (art. 9º).

A nivel regional y como antecedente directo de la sanción del art. 142 *ter* del Código Penal nos encontramos con la Convención Interamericana sobre la

¹⁴ B.O., Sancionada el 13 de diciembre de 2006 y promulgada de hecho el 5 de enero de 2007.

¹⁵ B.O., Sancionada el 30 de noviembre de 2000 y promulgada de hecho el 8 de enero de 2001.

Desaparición Forzada de Personas¹⁶ (CIDFP). La tipificación del delito de Desaparición Forzada es un mandato constitucional que venía postergándose desde el año 1997, dado que mediante la Ley 24.820 se promovió la constitucionalización de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas [CIDFP] siendo finalmente aprobada por Ley 24.556. Desde el año 1997 la Argentina tenía la obligación de incorporar a su ordenamiento penal nacional la figura de la Desaparición Forzada de Personas. Los hechos que se vivieron durante la última dictadura cívico - militar en la Argentina (1976 - 1983), se suman a desapariciones forzadas ocurridas durante los periodos democráticos, que no califican como delito de Lesa Humanidad, pero que son hechos aberrantes y gravísimos que comprometen al Estado por la violación de los Derechos Humanos de las víctimas. Esto se desprende del texto de la propia CIDFP al decir que:

“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 (Art. III)”¹⁷.

V.- El bien jurídico protegido en el delito de desaparición forzada de personas (art. 142 ter del cp)

Conforme la ubicación sistemática del delito en el Código Penal el mismo corresponde a los Delitos contra la Libertad (Libro II, Título V), más precisamente contra la Libertad Individual (Capítulo I), aunque la mayoría de la doctrina entiende que estamos en presencia de un delito *pluriofensivo*¹⁸. Esto implica que amén de ser la

¹⁶ Aprobada por la 24ª Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la Ciudad de Belén, Brasil, el 9/06/1994.

¹⁷ En el caso “Iván Eladio Torres vs Argentina” la Comisión Interamericana de Derechos Humanos elaboró el Informe de Fondo 114/09 el 28/10/2009 y concluyó, entre otras cuestiones, que el Estado de Argentina era responsable por la violación al artículo III de la CIDFP y recomendó al Estado adoptar, entre otras, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la DFP en Argentina. El Estado de Argentina no cumplió ni esta ni las otras recomendaciones dispuestas por la CIDH en su Informe 114/09; por ello, el 18/04/2010 la CIDH presentó su demanda contra Argentina (Cfr. Heredia Verónica y Heredia José R., en Código Penal Comentado de la Asoc. Pensamiento Penal de libre acceso en el sitio <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37756.pdf>).

¹⁸ Se denominan delitos pluriofensivos a aquellos que con la acción del sujeto se afectan o ponen en peligro una multiplicidad de Bienes Jurídicos penales, siendo la regla general la afectación

Libertad Personal, en su faz física o ambulatoria del sujeto, el Bien jurídico predominante, debe reconocerse que mediante la acción del autor también se afectan o ponen en peligro otros bienes jurídicos de similar relevancia.

La Libertad Humana no es en sí un Bien Jurídico sino una característica consustancial de la persona humana. El ser humano es libre porque es ser humano y lo es desde el momento mismo en que se transforma en una individualidad. Por ello, no existe norma que pueda garantizar la Libertad humana porque dicho bien no puede ser afectado. Por más que una norma declare la ausencia de libertad de uno o más sujetos esta ley no surtirá ningún efecto ni privará de este bien consustancial a la víctima. Esto es por que como no se puede dejar de ser persona tampoco se puede dejar de ser libre. Toda ley que pretenda anular la libertad de una persona será una ley inútil, inconstitucional y por sobre todo inconvenional.

Por ello debemos entender a la Libertad como un *poliedro*¹⁹ de muchas caras que conforma un bien consustancial de la persona y es abarcativo de todas las manifestaciones de ésta que puedan pensarse. Así podemos pensar en la libertad ambulatoria o de movimiento, en la libertad de reunión, en la libertad de expresión, en la libertad sexual, etc... Son todas estas las caras de una misma figura que son alcanzadas de manera directa o indirecta por la acción del sujeto, y que a su vez conforman los bienes jurídicos que se regulan en el Título V del Código Penal argentino.

En el caso particular es la Libertad ambulatoria o de movimientos el bien jurídico primordialmente afectado por el delito de Desaparición Forzada de Personas, entendida esta como el derecho de todo sujeto a autodeterminarse en el espacio y a desplazarse por éste sin injerencias arbitrarias.

Es cierto que el delito de Desaparición Forzada comienza siempre con una privación de la libertad ambulatoria, que puede ser legítima o ilegítima, pero continua con padecimientos que sufre la víctima que importan conductas que afectan otros bienes jurídicos como la Integridad Física (Lesiones, Tortura, Vejaciones y/o Apremios Ilegales), el Honor (Injurias y Calumnias), la Integridad Sexual (Abusos

principal a un Bien Jurídico específico el cual es tomado por el legislador para ubicarlo sistemáticamente en el Código Penal.

¹⁹ Un poliedro es una figura geométrica con tres dimensiones constituido por un número finito de caras que, a su vez, son polígonos.

Sexuales), la Vida Humana (Homicidio), etc., que en definitiva afectan la Dignidad de la Persona.

VI.- El tipo objetivo del delito de desaparición forzada de personas

Como dijéramos más arriba el delito de Desaparición Forzada comienza siempre como una privación de la libertad ambulatoria de una o más personas. Para el delito en cuestión el legislador eligió repetir la conducta genérica de *privare de la libertad a una o más personas* que coincide sistemáticamente con la figura básica prevista en el art. 141 del Código Penal (*el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal*). El tipo no exige una conducta tasada, sino que la conducta *privar de la libertad a una o más personas* puede realizarse de cualquier manera, ya sea mediante arresto, detención, traslado u otra forma que implique la limitación arbitraria de la auto determinación espacial del sujeto pasivo. Así se desprende del texto legal cuando refiere a que la privación de la libertad puede cometerse *de cualquier forma*.

En el delito no exige como elemento normativo del tipo que la privación de la libertad sea ilegítima, dado que la Desaparición puede comenzar como una privación legítima de libertad y posteriormente, al sumarse los demás elementos exigidos por la norma, tornarse en una privación ilegítima de la libertad de víctima que desemboque en una Desaparición Forzada. Por ello la Desaparición Forzada puede ser legítima *ab initio*, y tornarse ilegítima *a posteriori*.

El sujeto activo debe obrar siempre en contra de la voluntad del sujeto pasivo, dado que el consentimiento de éste excluye la tipicidad de la conducta por ser un bien jurídico disponible por su titular.

La acción central de *privar de la libertad a una o más personas* es complementada con conductas omisivas consistentes en *la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad, o de informar sobre el paradero de la persona*; las cuales son necesarias para conformar una tipicidad compleja de conductas activas y omisivas sucesivas que requiere la configuración de todas ellas para lograr la consumación delictiva. En definitiva, estamos en presencia de un delito de doble tramo donde el primer tramo se limita a una privación de la libertad y el segundo tramo corresponde a las omisiones a dar información o reconocer dicha privación, o la omisión de informar el paradero de la persona. Soler²⁰ identifica este tipo de delitos como *plurisubsistentes* que son aquellos que consisten en el concurso sucesivo de una acción

²⁰ SOLER, Sebastian, Derecho Penal Argentino, Tº V, Ed. Tea. Bs. As., 1996, pág. 499.

y de una omisión que requieren de la consumación de ambas conductas para su agotamiento. Estos delitos se diferencian de los delitos *unisubsistentes* que son aquellos que se agotan con una sola conducta (*activa u omisiva*).

El segundo tramo de la acción se complementa con omisiones impropias que son necesarias para la completa configuración del tipo. Si no hay falta de información, negativa a admitir que se ha privado de libertad o falta de información sobre el paradero de los privados de libertad, el delito no se consuma. La mera privación de la libertad personal, incluso si esta es ilegítima, no constituirá delito.

Por la característica del sujeto, la información sobre la privación de libertad que se omite debe ser información oficial no siendo suficiente el anoticiamiento informal por parte de un funcionario público o un particular que actúa con su autorización o aquiescencia. Una información extraoficial puede contribuir a la aparición de la víctima, pero no califica como *información* a los efectos del tipo.

La *negativa a reconocer* la privación de la libertad puede ser expresa o tácita, siendo el silencio del autor configurativo de la conducta de negarse a dar información. Será autor de esta conducta el funcionario que se niegue a dar afirmación sin importar el motivo que alegue, como aquel funcionario que no responde o calla ante el requerimiento de quién pretende conocer la situación de la víctima. Si la institución u objeto obligado a informar el arresto o detención no lo hace en la forma, condiciones y tiempo prescrito por el ordenamiento jurídico se configurará la falta de información. La *negativa a informar* sobre el paradero de la víctima encuentra su fundamento en la obligación del Estado de dar publicidad a sus actos como correlato del sistema republicano de gobierno. Finalmente, junto con lo anterior, cuando la persona o institución jurídicamente obligada no brinde información precisa y asertiva sobre la ubicación, situación y condición jurídica de la persona secuestrada, el delito se verá perfectamente configurado. Una información incorrecta o imprecisa sobre el paradero de la víctima no alcanza para eliminar la tipicidad de la conducta.

El grado de complejidad del tipo puede llevarnos a situaciones donde las reglas de la participación criminal jueguen un papel preponderante para deslindar las responsabilidades de los autores y su aporte al injusto. El delito de Desaparición Forzada por lo general se comete desde estructuras burocráticas estatales que puede concluir en que, quien prive de la libertad a la víctima, no sea el mismo sujeto que está obligado a dar la información, reconocer la privación, o informar sobre el paradero del sujeto pasivo. Por ello deberá indagarse cuál es el grado de participación de cada uno de los sujetos que convergen en el plan delictivo preconcebido. Por

tanto, la privación puede ser realizada por particulares con la aquiescencia, consentimiento o autorización previa del Estado, y la segunda parte del tipo penal ser cometida por aquel funcionario legalmente autorizado a dar la información sobre el hecho. Esta es comúnmente la dinámica del delito.

El sujeto activo del primer tramo delictivo es en principio el Funcionario Público, como se desprende expresamente del texto de la norma. Éste es aquel que representa la voluntad estatal frente a los administrados y cuyo concepto surge del art. 77 tercer párrafo del Código Penal que refiere a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente. El Código Penal trata al funcionario y al empleado público como sinónimos, pero sin confundir este último con aquel sujeto que se relaciona con el Estado bajo una modalidad de dependencia laboral regida por las normas relativas al empleo público. Ambos, el funcionario y el empleado público representan y expresan la voluntad estatal a los efectos penales. También la norma identifica como posible sujeto activo de este tramo a la *persona o miembro de un grupo de personas*. La frase empleada en pos de guardar similitud con los instrumentos internacionales le ha restado coherencia y sistematización al tipo. En el caso el legislador abandono las formas tradicionales usadas por el Código para identificar a los autores. Así hubiera sido preferible para preservar la sistematización que se utilizaran giros idiomáticos como *el que, aquel que o aquellos que*, dado que se corresponden a las formas tradicionales de la legislación penal nacional. Cuando la norma refiere a *persona o miembro de un grupo de personas* quiere indicar que la imputación se dirige a los denominados *grupos de tareas, grupos paramilitares o parapoliciales* que actúan comúnmente en la comisión de este tipo de delitos. Pero como dijéramos la utilización de esos términos no ha sido feliz y podría ocasionar en el caso particular distintas formas de interpretación, promoviendo con ello amplios márgenes de inseguridad jurídica.

Empero, para que la persona o miembro de un grupo de personas pueda ser autor, la norma con fundamento en los tratados internacionales, exige que éste actúe *con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado*. Esto implica que la persona o grupo de personas debe tener indefectiblemente una relación con el Estado, nacional, provincial o municipal; o con miembros de éste que representen su voluntad. Esta relación puede estructurarse como una *autorización*, es decir un permiso, oficial o extraoficial, expreso o tácito, que comunique fehacientemente la anuencia o conformidad con el accionar de la persona. El *apoyo* implica un soporte, sustento o sostén de carácter material o moral que promueve o facilita el accionar de

la persona o miembro de un grupo de personas en las conductas descriptas por la norma. La *aquiescencia* hace referencia al consentimiento prestado por el Estado que puede ser tácito (dejar hacer) o expreso (asentir). La forma tácita de la *aquiescencia* puede identificarse con la “zona liberada” de la cual se benefician las personas o miembros de grupo de personas (grupos de tareas) para cometer las privaciones de libertad. Cuando una fuerza de seguridad libera la zona para que los grupos actúen sin interferencia, el Estado presta su consentimiento (*aquiescencia*) para que estos hechos se cometan.

La doctrina discutió si el texto de la norma permite que el delito lo cometa un particular. A esto debemos contestar negativamente, dado que el particular solo puede ser autor si actúa en relación con el Estado bajo las formas que describe la ley (*autorización, apoyo o aquiescencia*). Esto implica que estamos hablando de un tipo especial de autoría que no permite que el delito lo cometa cualquier persona o miembro de grupo de personas.

El sujeto activo del segundo tramo delictivo debe ser un funcionario público que cargue con la obligación legal de dar información sobre la situación y paradero de la víctima. Hablamos de un funcionario competente. Por la mecánica delictiva, - es decir, si existe una falta de información posterior a la privación o la negativa a admitir que la persona ha sido privada de libertad, o, se niega a informar el paradero de la persona -, nos permite inferir que la norma penal se refiere a aquellos miembros del Estado que están obligados por ley a denunciar, informar o reconocer una privación de libertad. Comúnmente y conforme las diferentes legislaciones procesales será la Policía o fuerza de seguridad federal semejante, el Ministerio Público, El juez unipersonal o colegiado y todo otro funcionario competente para proporcionar este tipo de información. Nada hace sugerir que la obligación de informar sea una función exclusiva del Poder Ejecutivo, por más que un sector de la doctrina parecería aceptar esa posibilidad. El término Estado expresado en la ley es omnicompreensivo de todo estamento público que de manera directa o indirecta sea competente para informar sobre una privación de libertad. En base a esto, sólo entonces se podrá considerar sujeto activo del delito a funcionarios pertenecientes al Poder Ejecutivo y los miembros de los órganos competentes del Estado en la medida en que apoyen, avalen o autoricen realizar tal comportamiento.

En definitiva, lo que se pretende sancionar es una actividad delictiva orquestada por el propio Estado para privar de la libertad a las víctimas, que pasan a transformarse en el tristemente célebre estatus jurídico de *desaparecido*. La sanción grave que estos delitos conlleva se justifica también por los terribles padecimientos

que sufren los familiares de los desaparecidos que tienen que acudir a sus agentes estatales para lograr la información que los lleve al paradero de la víctima. Lo verdaderamente cruel es que estos agentes estatales que deben informar sobre la privación de la libertad son quienes forman parte de una organización para estos fines. Es decir que quienes deben proteger y velar por la seguridad de las víctimas son quienes abusando del poder estatal perpetran y encubren estos aberrantes hechos del conocimiento público. Estas acciones violan flagrantemente lo dispuesto por el art. 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos incorporada al art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución reformada en 1994.

VII.- El tipo subjetivo del delito de desaparición forzada de personas

El delito en su faz subjetiva es doloso y solo admite el dolo directo o de primer grado. Esto es así porque resulta difícil imaginar una privación de la libertad provocada de manera culposa o con dolo eventual. El accionar del sujeto debe estar movido por la intención y el conocimiento de que lleva adelante la privación de la libertad como primer tramo delictivo, y posteriormente, la omisión de reconocer o brindar información también será dolosa amén que puede ser cometida por un sujeto distinto al que realizó la acción del primer tramo. En este caso se aplicarán las reglas comunes de la participación criminal del art. 45 del Código Penal Argentino.

El tipo de Desaparición forzada como delito de Lesa Humanidad posee un elemento subjetivo del tipo que se añade al dolo básico de la figura. Este elemento subjetivo del tipo consistente en *con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*²¹ configura al delito internacional en un tipo subjetivamente configurado y de resultado cortado. Es decir que en el ámbito internacional el autor comete una conducta compleja de privar de la libertad y negarse a reconocer la privación o dar información del paradero con la finalidad subjetiva de dejar a la víctima fuera del amparo de la ley por un período prolongado, no siendo necesario la consecución de este fin para que el delito se vea configurado.

El delito de Desaparición Forzada del art. 142 *ter* del Código Penal no posee este elemento subjetivo por lo que la figura no requiere ninguna finalidad ulterior de parte del o los autores para consumar el delito. Esta omisión que caracteriza

²¹ La CIDFP en su artículo II refiere con distinta redacción a dicho elemento subjetivo en los siguientes términos: con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. La redacción difiere, pero el sentido de ambas normas es el mismo.

históricamente a la figura inexplicablemente se encuentra ausente en el ordenamiento nacional.

VIII.- El momento consumativo

Conforme lo dispone el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988, Capítulo VII, este delito “es permanente, por cuanto se consuma no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida”²². La CIDFP en su artículo III hace referencia en idénticos términos a que *dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*. Amén de la importancia de estas fuentes el tipo penal del art. 142 *ter* no podría interpretarse en otro sentido dado que el legislador argentino recurrió a la misma fórmula verbal para regular este delito que el que utilizó en la forma genérica de la Privación Ilegítima de la Libertad del art. 141 del Código Penal, por lo que con esta sola coincidencia sistemática podemos arribar a la misma conclusión. La Desaparición Forzada de Personas - como la Privación Ilegítima de la Libertad genérica - es un delito continuado y de efectos permanentes. Por lo que la prescripción recién comenzará a correr desde el momento en que la víctima deje de poseer el estatus de desaparecido.

El carácter *plurisubsistente*²³ del delito implica que el mismo no se consuma con la mera privación de la libertad, sino que se requiere para alcanzar la competitividad típica que el autor o autores omitan dar información, reconocer la privación o informar sobre el paradero de la víctima desaparecida.

Resulta difícil pensar la tentativa del delito dado que los actos previos a este proceder serán constitutivos de otros delitos (Privación Ilegítima de la Libertad (Art. 141 CP), Secuestro (Art. 142 bis CP), Retención Indevida del detenido o preso (Art. 143 inc. 1º CP), Prolongación Indevida de la detención (Art. 143 inc. 2º CP), etc.) o de meros actos preparatorios, que como tal, son impunes en nuestro ordenamiento legal²⁴.

²² OEA/CP-CAJP, Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP- 925/93 rev.1, de 25.01.1994, p. 10).

²³ Ver nota 19.

²⁴ TAZZA, A., <http://penaldosmdq.blogspot.com/2013/03/el-delito-de-desaparicion-forzada-de.html>

IX.- Penalidad

El tipo penal impone una pena elevada que oscila entre los diez (10) y veinticinco (25) años de prisión con la pena accesoria de *inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada*. La imposición de una pena de inhabilitación confirma que el tipo solo puede ser cometido por un funcionario público o por particulares que actúan con autorización o consentimiento del Estado. Conforme lo dispone la Ley 26.200 la competencia para juzgar estos delitos le corresponde a la justicia o tribunales federales, siendo la acción de carácter pública conforme lo dispone el art. 71 del Código Penal Argentino.

X.- Agravantes

Las agravantes del delito se pueden clasificar por el resultado que provoca la conducta (muerte) o conforme las circunstancias particulares de la víctima (Preñez, minoridad, discapacidad o senectud). En ambas agravantes la consecuencia jurídica es la misma y consiste en la aplicación de una pena más elevada alcanzando la cúspide punitiva con la prisión perpetua. Pero en general se clasifican de manera similar a las agravantes correspondientes a delitos circundantes (Privación Ilegítima de la Libertad, Secuestro, etc.) por la *muerte* de la víctima y bajo cuatro criterios clasificatorios bien diferenciados: *Preñez, minoridad, senectud y discapacidad*, entre otros. La nota común de estos supuestos es la vulnerabilidad de la víctima que reduce la posibilidad de repeler la agresión a la libertad ambulatoria.

En el primer supuesto el delito se agrava *si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad*.

Cuando la norma refiere a que *resultare* la muerte sistemáticamente nos indica que la muerte de la víctima no es una consecuencia querida por el autor, sino un resultado *preterintencional* que no responde al plan criminal del sujeto. No podemos interpretar el texto de la norma en otro sentido dado que cuando el legislador pretendió regular el resultado muerte como una consecuencia querida por el autor lo ha expresado con fórmulas similares a las que se desprenden del art. 142 bis ante penúltimo párrafo que reza: *“la pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida”*. Si el legislador pudiendo utilizar esta fórmula se decantó por usar el verbo *resultare*, nos está diciendo que la muerte no ha sido dolosa ni querida intencionalmente por el autor, sino, que resultó como

consecuencia de la privación de la libertad. Otra interpretación podría afectar principios constitucionales como la prohibición de analogía *in malam parte*. Por otro lado, es de destacar también que el legislador ha utilizado otros giros verbales similares para referirse a delitos culposos o que no son cometidos con dolo. Sumado a esto, cuando el legislador ha querido referirse a una muerte dolosa ha utilizado la palabra *homicidio*, o *intencionalmente* y no la palabra *muerte* sin ningún grado más. Por ejemplo, al regular el delito de Latrocinio en el art. 165 del Código Penal (si con motivo u ocasión de un robo *resultare un homicidio*) el legislador no utiliza la palabra *muerte* sino el término *homicidio*. Esto nos lleva a colegir que cuando el legislador utiliza la palabra *muerte* para referirse a un homicidio doloso siempre adiciona la palabra *intencionalmente* o un término similar. Es indudable que la incorrecta redacción del tipo penal pone en crisis el principio de proporcionalidad de las penas ya que asigna la consecuencia jurídico penal más grave a un resultado no querido por el autor. De lege ferenda se impone modificar esta agravante y brindarle una redacción similar al artículo 142 bis ante penúltimo párrafo del Código Penal Argentino.

La agravante se justifica por la hiperprotección que el legislador le brinda a un grupo vulnerable de víctimas. En el caso particular hace referencia a la *mujer embarazada* que es aquella que está cursando el proceso de gestación en cualquier estadio, y posterior a la anidación del ovulo fecundado en el útero. El especial estado de vulnerabilidad que provoca la gravidez constituye, junto a la protección del feto, la justificación de la agravación de la conducta. Nótese que el término *mujer embarazada* resulta anacrónico en el estado actual de la legislación nacional. A partir de la reforma operada por la ley 27.610, sancionada el 30/12/2020 y promulgada el 14 de enero de 2021, se despenalizó el delito de Aborto con consentimiento, introduciendo el concepto de “persona gestante” como sustitutivo del término *mujer embarazada*. Este término se relaciona con lo regulado por la ley 26.743 de Identidad de Género. Restaría analizar si una persona con capacidad de gestar, que no se auto percibe mujer, debería ser incluida dentro de la agravante. Entendemos que en el caso particular se presentarán serias discusiones teóricas que deberán ser resueltas prudencialmente por la jurisprudencia. En nuestra opinión toda persona con capacidad de gestar, se auto perciba mujer o no, queda abarcada por la agravante, dado que el legislador tuvo en miras la protección de ese particular estado de vulnerabilidad que provoca la preñez, más allá del género con el cual se auto perciba la persona embarazada.

El segundo sujeto vulnerable alcanzado por la agravante es el menor de dieciocho (18) años cuyo fundamento se encuentra en la Convención sobre los

Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 23.849²⁵, y cuyo art. 1° reza *para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.* El legislador considera un sujeto vulnerable al menor por la ausencia de un completo desarrollo físico, emocional y de la personalidad. La acción ataca directamente el sano y correcto desarrollo personal del menor.

Cuando el legislador refiere a *una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad* como circunstancias subjetivas de agravación de la conducta tiene en cuenta la vulnerabilidad que poseen las personas valetudinarias. El límite de 70 años tiene como fundamento lo dispuesto en por Código Penal (art. 10 inc. d) y las normas penitenciarias (Ley 24.660) como límite etario para gozar de la prisión bajo la modalidad domiciliaria. El tipo penal debería referir al límite de edad que establece la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Adultas Mayores (aprobada por ley 27.360²⁶), la cual en su art. 2° “Definiciones”, párrafo 12° afirma que se entiende por “Persona mayor”: *“Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.”*

La condición de persona valetudinaria, que implica una persona que no puede valerse por sí misma sin la asistencia de un tercero (progenitor, tutor, enfermero, etc.), justifica la agravante; dado que existe una mayor carga de injusto si la conducta se comete en perjuicio de una persona con discapacidad. La ley 26.378 sancionada en mayo de 2008 incorpora al ordenamiento nacional la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/ RES/ 61/ 106, el día 13 de diciembre de 2006. En esta Convención se protege y se consagra la igualdad de las personas con discapacidad para promover su inclusión y el respeto a sus derechos. Esta convención también funciona como fundamento de la agravante.

Por último, la norma configura un agravante más por la condición del sujeto pasivo cuando *la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.* Aquí el sujeto pasivo del delito es el niño nacido durante el cautiverio de la madre. La agravante aquí descripta tiene su antecedente en el plan sistemático de Sustracción de Menores de hijos de desaparecidos durante la última dictadura cívico - militar argentina comprendida entre los años 1976 y 1983. Esta práctica ya fue utilizada por

²⁵ Sancionada el 27 Septiembre de 1990 y promulgada el 6 de Octubre del mismo año.

²⁶ B.O. Ley 27.360 publicada el 31/5/2017.

el régimen nazi durante la Segunda Guerra Mundial con la *germanización* de los niños de condición aria provenientes de los territorios ocupados. En el marco de su objetivo de potenciar la raza aria, los jefes nazis se propusieron incorporar a su territorio a personas que, por sus características físicas, eran identificados por ellos como alemanes étnicos, es decir, como miembros de la supuesta raza superior aria. Estas premisas también se aplicaron al tratamiento de niños y adolescentes que habitaban en los territorios invadidos durante la Segunda Guerra Mundial²⁷.

En el caso particular argentino, la dictadura militar mantuvo verdaderas maternidades clandestinas donde las desaparecidas eran obligadas a parir en cautiverio y sus hijos eran entregados a familias para su adopción regular o irregular. Muchas de esas familias correspondían a los propios genocidas apropiadores que macabramente alteraban la identidad de los niños para criarlos como botín de guerra. La norma equipara la consecuencia penal por la Desaparición de la mujer embarazada como por la del hijo que ésta dé a luz durante su cautiverio. La norma consagra una continuación de las consecuencias del delito hacia el hijo nacido de una mujer que sufrió la desaparición forzada cuando todavía estaba embarazada.

XI.- Atenuante por ser autores o partícipes colaboradores o delatores

El último párrafo del tipo penal regula una forma atenuada de imputación en los casos que *los autores o partícipes liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida*. En caso de verificarse la colaboración para la liberación de la víctima o la información que permita su efectiva aparición, la *escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo*. Es un caso claro de delación premiada.

Podemos identificar como antecedente directo de esta regulación lo que dispone la CIDFP en su artículo III, al decir que *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*. Es innegable que la comunidad internacional ha convenido privilegiar en las regulaciones nacionales a aquellos autores y partícipes colaboradores y delatores con una reducción en la escala

²⁷ Para profundizar el tema sugiero el artículo de PERELLÓ, Carolina, La sustracción de menores como estrategia política durante el régimen nacional- socialista en Alemania, (2017), que puede consultarse en el siguiente link <https://cdsa.academica.org/000-019/134.pdf>.

punitiva. Ello es así porque la vida e integridad física del desaparecido constituye el bien prioritario a preservar. En el caso, se privilegia la vida e integridad de la víctima por sobre la persecución penal.

Para que opere la atenuante debe tratarse de autores o partícipes, sin indicar la norma a que grado específico de participación se refiere. Entendemos en un análisis literal que el concepto debe tomarse en sentido amplio, incluyendo a todos los partícipes (primarios o necesarios, y secundarios) regulados por el art. 45 y 46 del Código Penal. Los instigadores y encubridores quedan excluidos de la atenuante porque no han *participado en actos que constituyan una desaparición forzada*.

La atenuante procede siempre y cuando los autores y partícipes *hubieren participado en actos* que constituyan una desaparición forzada. La utilización de la palabra *actos* nos hace pensar que los autores y partícipes deben haber realizado un aporte material a la consumación del delito. En este sentido el acto por el cual contribuyen a que se produzca la *liberación de la víctima* también debe ser material. La colaboración intelectual o psíquica consiste en *suministrar informaciones* para que la víctima aparezca con vida. Estas informaciones pueden consistir en datos, hechos o la identidad de personas relacionadas con el cautiverio de la víctima. Las informaciones pueden ser de cualquier tipo siempre y cuando sean conducentes al resultado requerido por la norma. El resultado debe ser siempre el mismo, que la víctima sea liberada con vida.

XII.- Competencia

La competencia federal en el tratamiento del delito de Desaparición Forzada de Personas en Argentina surge formalmente con la sanción de la Ley 26.679. La misma modifica el Código Penal, incorporando la figura delictiva en el art. 142 ter; e incorpora en el CPPN, precisamente en el art. 33 inc. 1, apartado “e”, la competencia federal de este delito -entre otros artículos-.

Los bienes jurídicos afectados por el delito son de tal importancia que, trascienden el ámbito local o provincial, y requieren de la intervención de la justicia federal para que garantice una protección efectiva y homogénea a nivel nacional. Un aspecto fundamental que justifica la competencia federal es la frecuente implicación de agentes estatales en la comisión de estos delitos. La desaparición forzada, según su definición, involucra la participación directa o indirecta de funcionarios públicos o fuerzas de seguridad, quienes actúan con el apoyo, consentimiento o aquiescencia del Estado. Esta característica especial del delito obliga a que su investigación y

juzgamiento recaigan en la justicia federal, garantizando un grado de imparcialidad y objetividad que podría verse comprometido en el ámbito local o provincial, particularmente si las autoridades locales están vinculadas a los perpetradores o, si existiesen intereses políticos que pudieran interferir en el debido proceso.

Además, la trascendencia internacional del delito de desaparición forzada refuerza su tratamiento federal. En tanto crimen de lesa humanidad, conforme al Estatuto de Roma, estos hechos están sujetos a principios internacionales que requieren su persecución de manera prioritaria e imprescriptible. El carácter federal de la competencia permite que Argentina cumpla con sus obligaciones internacionales en la materia, contribuyendo a la lucha global contra la impunidad y asegurando que se investiguen adecuadamente las desapariciones, independientemente de la jurisdicción local donde hayan ocurrido.

XIII.- Bibliografía

- CASADO VELARDE, Manuel, *Las formas fulano, mengano, zutano, perengano y su funcionamiento como ordenadores del discurso*, en AAVV “Lengua y discurso, Homenaje al Prof. Vidal Lamíquiz”, Arco / Libros, Madrid, 2000, pp. 183-195.
- CREUS, Carlos, *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tº 2*, 6ta. edición, Ed. Astrea, 1998.
- HEREDIA Verónica y HEREDIA José R., en *Código Penal Comentado de la Asoc. Pensamiento Penal de libre acceso en el sitio: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cp_c37756.pdf*.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *EL injusto típico en la teoría del delito*, Ed- Mave, Corrientes, 2000.
- SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Tº V*, Ed. Tea. Bs. As., 1996, pág. 499.
- TAZZA, Alejandro, <http://penaldosmdq.blogspot.com/2013/03/el-delito-de-desaparicion-forzada-de.html>.
- ZAFFARONI, E. R., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ed Ediar, Buenos Aires, 1980.