



Asamblea General

Distr. general
28 de diciembre de 2010
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos

16º período de sesiones

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,
incluido el derecho al desarrollo**

Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias

Adición

Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas

Resumen

En su resolución 14/10 de 18 de junio de 2010, titulada "Desapariciones forzadas o involuntarias", el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Grupo de Trabajo que elaborara un informe para presentarlo ante el Consejo de Derechos Humanos en su 16º período de sesiones. Sobre la base de la legislación vigente y de la jurisprudencia correspondiente, se destacan las mejores prácticas con el fin de ayudar a los Estados a mejorar su actual legislación y elaborar nuevas disposiciones sobre la desaparición forzada. En las conclusiones figura una lista de esas mejores prácticas que deberían seguir todos los Estados.

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1–8	3
II. Tipificación como delito de la desaparición forzada.....	9–20	4
A. Tipificación de la desaparición forzada de conformidad con el Estatuto de la Corte Penal Internacional.....	13–15	5
B. Tipificación de la desaparición forzada como delito autónomo	16–20	6
III. Elementos constitutivos del delito	21–32	7
A. Privación de libertad.....	22–24	7
B. Autores del delito	25–27	8
C. Negativa a reconocer la privación de libertad u ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida.....	28	9
D. Sustracción de la persona desaparecida de la protección de la ley e intención de los autores	29–32	9
IV. Carácter permanente del delito y consecuencias para el derecho penal	33–34	10
V. Participación en la desaparición forzada.....	35–38	11
VI. Sanciones	39–46	12
VII. Garantías contra la impunidad	47–61	13
A. Amnistía	48–51	14
B. Obediencia debida a órdenes superiores.....	52–54	15
C. Prescripción.....	55–56	16
D. Tribunal competente para enjuiciar las desapariciones forzadas.....	57–58	18
E. Principios de jurisdicción universal y de <i>aut dedere aut judicare</i>	59–61	18
VIII. Conclusiones	62	19

I. Introducción

1. El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias realizó en el pasado análisis que le llevaron a la conclusión de que pocos Estados habían tipificado la desaparición forzada como delito separado en su legislación interna. Habida cuenta de la gran importancia que ha otorgado siempre a esta cuestión, y puesto que en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas ("la Declaración")¹ se dispone que cada Estado parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal, el Grupo de Trabajo decidió elaborar un estudio sobre el trato de las desapariciones forzadas en la legislación penal de Estados de todo el mundo.

2. A raíz de esa decisión, el 22 de marzo de 2005 se remitió a los Estados un primer cuestionario por medio de una nota verbal de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Se recibieron respuestas de unos pocos Estados, lo que sólo permitió al Grupo de Trabajo formular conclusiones limitadas.

3. En 2008 el Grupo de Trabajo decidió reiterar su petición, por lo que el 18 de diciembre de 2009 el ACNUDH envió a todos los Estados una nota verbal en la que se solicitaban sus opiniones sobre la cuestión y se les presentaba una lista de preguntas.

4. En su resolución 14/10 de 18 de junio de 2010, titulada "Desapariciones forzadas o involuntarias", el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Grupo de Trabajo que elaborara un informe, para presentarlo ante el Consejo de Derechos Humanos en su 16º período de sesiones, sobre las mejores prácticas en la represión de las desapariciones forzadas de las legislaciones penales nacionales, basándose en las aportaciones que se habían solicitado a los Estados miembros.

5. El presente informe se ha preparado en cumplimiento de la mencionada resolución y tiene por objeto destacar las mejores prácticas en relación con el trato penal de la desaparición forzada y formular recomendaciones que puedan servir a los Estados para reforzar su legislación vigente y elaborar nuevas disposiciones referentes a la desaparición forzada. El Grupo de Trabajo quisiera expresar su más profunda gratitud a los Estados que respondieron al cuestionario por la detallada información facilitada².

6. Las respuestas recibidas permitieron al Grupo de Trabajo concluir que de 2005 a 2010 los Estados realizaron progresos importantes en cuanto a la promulgación de disposiciones relativas a la desaparición forzada. De esas experiencias nacionales pueden extraerse numerosos ejemplos que pueden resultar de utilidad para los Estados que se propongan promulgar nuevas leyes o revisar las vigentes en el futuro próximo.

7. Antes de centrar su atención en esas prácticas seguidas en el ámbito del derecho penal, el Grupo de Trabajo quisiera felicitar a los Estados en los que el derecho inderogable de todas las personas a no ser objeto de desaparición forzada está consignado en la

¹ Resolución 47/133 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 1992.

² Respondieron al primer cuestionario (2005) los siguientes Estados: Bélgica, Bolivia, Bulgaria, Canadá, China, Colombia, Filipinas, Finlandia, Grecia, Líbano, Omán, República de Corea, Ucrania y Yemen. Respondieron al segundo cuestionario (2009) los siguientes Estados: Alemania, Argentina, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Camerún, Chad, Colombia, Costa Rica, Egipto, El Salvador, Eritrea, Eslovenia, Estonia, Federación de Rusia, Francia, Ghana, Guatemala, Iraq, Japón, Jordania, Kazajstán, Kirguistán, Letonia, Líbano, Madagascar, Malasia, Mauricio, Nicaragua, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, República Checa, República de Corea, República de Moldova, Serbia, Suiza, Tailandia, Togo, Uruguay y Venezuela (República Bolivariana de). Los textos íntegros de las comunicaciones pueden solicitarse a la secretaría.

Constitución³. Aunque ello no afecte directamente a la cuestión de la sanción penal de la desaparición forzada, el Grupo de Trabajo considera importante que ese derecho se reconozca plenamente como derecho humano en la propia Constitución, pues así se establece claramente que debe ser respetado por todas las instituciones del Estado en todas sus actividades.

8. El cuestionario enviado por el Grupo de Trabajo abarca seis esferas: tipificación como delito de la desaparición forzada en la legislación nacional (parte I); definición de los elementos constitutivos del delito (parte II); carácter permanente del delito y consecuencias para el derecho penal (parte III); modalidades de participación en el delito de desaparición forzada (parte IV); sanciones aplicables (parte V); y garantías contra la impunidad de los autores (parte VI).

II. Tipificación como delito de la desaparición forzada

9. En el artículo 4 de la Declaración se dispone que "todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad". En 1995 el Grupo de Trabajo aprobó un comentario general sobre esa disposición, en el que señaló que la obligación de tipificar la desaparición forzada como delito separado en la legislación penal interna "se aplica a todos los Estados, independientemente de que se den o no efectivamente en ellos casos de desaparición forzada. No basta que los gobiernos se refieran a figuras penales preexistentes relativas a la privación forzada de la libertad, la tortura, la intimidación, el uso excesivo de la violencia, etc. Para dar cumplimiento al artículo 4 de la Declaración, debe tipificarse como delito separado el propio acto de desaparición forzada, según se prevé en la Declaración"⁴. El Grupo de Trabajo ha reiterado ese criterio en diversas ocasiones.

10. Aunque la ausencia de una figura penal separada no exime a los Estados de investigar y castigar los actos de desaparición forzada, la obligación de tipificar la desaparición forzada como delito punible en la legislación nacional es un poderoso instrumento para acabar con la impunidad. El Tribunal Supremo de Nepal señaló que "en ausencia de leyes pertinentes no es posible llevar a cabo una investigación auténtica, eficaz ni práctica... Para abordar eficazmente este problema es urgentemente necesario promulgar una ley en la que se establezca que el acto de desaparición forzada constituye un delito y se defina la desaparición de conformidad con la definición contenida en la Convención Internacional"⁵.

11. Algunos Estados reconocen que todavía no han incorporado a su legislación nacional el delito de desaparición forzada, pero aducen que su legislación establece salvaguardias frente a diversos delitos vinculados al de desaparición forzada o estrechamente relacionados con él, como los de secuestro, detención ilegal, privación ilegal de libertad, trata, constricción ilegal y abuso de poder. Sin embargo, la existencia de una pluralidad fragmentada de delitos no refleja la complejidad y el carácter particularmente grave de la desaparición forzada. Los delitos mencionados pueden formar parte de un tipo de desaparición forzada, pero ninguno de ellos es suficiente para abarcar todos los elementos constitutivos de esa figura delictiva, y en muchos casos no conllevan sanciones que tengan en cuenta la extrema gravedad de ese delito, por lo que no llegan a garantizar una protección completa.

³ Bolivia (art. 15.IV), Colombia (art. 12), Ecuador (arts. 66, 80 y 120.13), Paraguay (art. 5) y Venezuela (art. 45).

⁴ E/CN.4/1996/38, párr. 54. Véase también A/HRC/7/2, párr. 26 (párrafo 3 del comentario general sobre la definición de desaparición forzada).

⁵ Tribunal Supremo de Nepal, sentencia de 1º de julio de 2007, conclusión b.i).

12. Del análisis de las respuestas recibidas de los Estados se desprende que se han hecho grandes progresos en unos pocos años. En la mayoría de los casos, el impulso para la tipificación del delito de desaparición forzada parece haber sido la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su consiguiente transposición a la legislación interna. Además, paralelamente o como alternativa, algunos Estados han introducido en su legislación nacional la figura de la desaparición forzada como delito autónomo.

A. Tipificación de la desaparición forzada de conformidad con el Estatuto de la Corte Penal Internacional

13. Un número considerable (45) de los Estados analizados⁶ ha tipificado efectivamente como crimen de lesa humanidad la desaparición forzada cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento del ataque, según la definición de los crímenes contra la humanidad y de la desaparición forzada que figura en el artículo 7 del Estatuto de Roma. El Grupo de Trabajo acoge con satisfacción esos avances positivos que permiten castigar específicamente el delito de desaparición forzada en aplicación de determinadas leyes nacionales.

14. Durante su reciente misión en Bosnia y Herzegovina, que es uno de los Estados que han introducido en su legislación la figura delictiva de la desaparición forzada en virtud del

⁶ Alemania (artículo 7.1.7 del Código de delitos contra el derecho internacional); Argentina (artículo 9 de la Ley N° 26.200, de 5 de enero de 2007); Australia (artículo 268.21 del Código Penal, de 1995 y anexo 1 de la Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 2002); Azerbaiyán (artículo 110 del Código Penal); Bélgica (artículo 136 *ter* del Código Penal); Bosnia y Herzegovina (artículo 172 del Código Penal); Burkina Faso (artículo 314 del Código Penal); Burundi (artículos 196 y 197 del Código Penal); Canadá (artículo 4 y anexo de la Ley sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, de 2000); Chile (Ley 20.357 de 18 de julio de 2009); Chipre (artículo 4 de la Ley N° 23(III)/2006 de 28 de julio de 2006); Congo (artículos 6.k y 8 de la Ley N° 8, de 31 de octubre de 1998); Costa Rica (artículo 379 del Código Penal); Croacia (artículo 157-A del Código Penal); Eslovenia (artículo 101 del Código Penal); España (artículo 607 *bis* del Código Penal); Filipinas (artículo 6 de la Ley de la República N° 9851, por la que se definen y sancionan los delitos contra el derecho internacional humanitario, el genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, se organiza la jurisdicción, se designan tribunales especiales y se adoptan disposiciones conexas, de 11 de diciembre de 2009); Finlandia (capítulo 11 del Código Penal); Francia (artículo 212.1 del Código Penal); Indonesia (artículo 9 de la Ley N° 26 de 2000 por la que se establece el Tribunal Especial de Derechos Humanos); Iraq (artículo 12 de la Ley sobre el Tribunal Penal Supremo del Iraq, de 18 de octubre de 2005 —sólo para los delitos cometidos entre el 17 de julio de 1968 y el 1° de mayo de 2003); Irlanda (artículos 6 y 10 de la Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 2006); Kenya (artículo 6 de la Ley sobre delitos internacionales, de 2008); Lituania (artículo 100 del Código Penal); Macedonia (artículo 403 del Código Penal); Malí (artículo 29 del Código Penal); Malta (artículo 54-C Código Penal); Montenegro (artículo 427 Código Penal); Noruega (artículo 102 del Código Penal); Nueva Zelanda (artículo 10 de la Ley sobre los delitos internacionales y la Corte Penal Internacional, de 2000); Países Bajos (artículo 4 de la Ley sobre delitos internacionales, de 2003); Panamá (artículo 432 del Código Penal); Portugal (artículo 9 de la Ley N° 31 de 22 de julio de 2004); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (artículo 50 de la Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 2001); República Checa (artículo 401 del Código Penal); República de Corea (artículo 9 de la Ley sobre la sanción de los delitos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de 2007); Rumania (artículo 175 del Código Penal); Rwanda (artículo 6 de la Ley sobre el genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, de 2003); Samoa (artículo 6 de la Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 2007); Senegal (artículo 431-2 del Código Penal); Serbia (artículo 371 del Código Penal); Sudáfrica (parte 2 de la Ley sobre la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 2002); Suiza (artículos 264a del Código Penal y 109e del Código Penal Militar); Timor-Leste (artículo 124 del Código Penal); Trinidad y Tabago (artículo 6 de la Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 2006); y Uruguay (artículo 18 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006).

Estatuto de Roma, el Grupo de Trabajo comprobó con satisfacción que se habían impuesto varias condenas por ese delito. Esas sentencias recogen la especificidad de tales actos, que no describen adecuadamente otros conceptos, como los de "asesinato" o "tortura". Por consiguiente, el Grupo de Trabajo alienta a que más Estados ratifiquen el Estatuto de Roma y transpongan a su legislación interna los delitos contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incluido el delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.

15. No obstante, el Grupo de Trabajo considera oportuno reiterar las reservas que ya ha formulado (véase su comentario general sobre la definición de desapariciones forzadas)⁷ sobre la definición concreta de desaparición forzada que figura en el Estatuto de Roma. A ese respecto, el Grupo de Trabajo recomienda que la definición de desaparición forzada del Estatuto de Roma sea interpretada por las autoridades nacionales a la luz de la definición más apropiada que figura en el artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

B. Tipificación de la desaparición forzada como delito autónomo

16. La experiencia indica que en muchos casos las desapariciones forzadas no se producen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población. Por consiguiente, si la desaparición forzada se tipifica en el ordenamiento jurídico interno sólo como delito cometido en ese contexto concreto, muchos actos de desaparición forzada quedarán fuera del alcance de la legislación penal nacional y de la jurisdicción de los tribunales nacionales.

17. El Grupo de Trabajo ha señalado que "[c]omo las desapariciones forzadas se suelen dar aisladamente y no necesariamente como parte de un ataque sistemático destinado a sustraer a la víctima de la protección de la ley durante un período prolongado de tiempo [...], hay que seguir trabajando para incluir las desapariciones forzadas en todos los códigos penales nacionales con su sanción adecuada y poner a sus autores a disposición de la jurisdicción nacional y universal"⁸.

18. Aunque no permita invocar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, un acto aislado de desaparición forzada sigue siendo un delito internacional y una violación flagrante de los derechos humanos, que conlleva la responsabilidad penal de los autores, en virtud de varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Por consiguiente, los Estados no pueden limitar el castigo de la desaparición forzada sólo a los casos en que constituya un crimen de lesa humanidad en el sentido dimanante del Estatuto de la Corte Penal Internacional de Justicia, sino que deben incluir en la definición del delito todos los actos de desaparición forzada.

19. A este respecto cabe mencionar diversas buenas prácticas. Dos Estados han introducido en su legislación nacional dos figuras delictivas separadas: una dimanante de la definición contenida en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, y otra correspondiente a las desapariciones forzadas que no se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil⁹. Otros Estados, en cambio, tienen tipificada en su legislación una sola figura delictiva, que es suficientemente amplia para abarcar cualquier caso de desaparición forzada, se haya cometido como acto aislado o como

⁷ A/HRC/7/2, párr. 26.

⁸ E/CN.4/2002/79, párr. 365.

⁹ Panamá (artículos 150 y 432 del Código Penal); y Uruguay (artículos 18 y 21 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006). En el caso del Uruguay, la desaparición forzada, aunque tipificada como delito autónomo (y no en el contexto del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional), se califica de crimen contra la humanidad.

parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil¹⁰. Algunos de esos Estados han optado por considerar la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, aunque no se cometa en el contexto de un ataque generalizado o sistemático¹¹.

20. Todas esas prácticas guardan conformidad con el artículo 4 de la Declaración, por lo que pueden ser adoptadas por los Estados que se propongan introducir en su legislación disposiciones referentes a las desapariciones forzadas.

III. Elementos constitutivos del delito

21. Desde 1995, el Grupo de Trabajo ha clarificado que los Estados no están obligados a seguir estrictamente la definición del delito contenida en la Declaración, pero deben asegurarse "de que el acto de la desaparición forzada se defina de forma que lo distinga claramente de otros delitos afines", como la privación forzada de libertad, el rapto, el secuestro, la detención en régimen de incomunicación, etc. Toda definición debe contener como mínimo los tres elementos acumulativos siguientes: a) privación de libertad contra la voluntad de la persona interesada; b) participación de agentes gubernamentales, al menos indirectamente por aquiescencia; y c) negativa a revelar la suerte o el paradero de la persona interesada¹².

A. Privación de libertad

22. Toda desaparición forzada comienza por la privación de libertad de la víctima. El Grupo de Trabajo señaló que "[c]onforme a la definición de desapariciones forzadas que figura en la Declaración, el delito en cuestión comienza con el arresto, detención o traslado contra su voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal. Es decir que la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que ésta revista, y no limitarse a los casos de privación ilegal de libertad"¹³.

23. Por consiguiente, la definición del delito en la legislación nacional debe abarcar todas las posibles situaciones comprendidas en el concepto general de "privación de libertad". No procede, por ejemplo, utilizar sólo el concepto de "secuestro", que se refiere exclusivamente a un tipo determinado de privación ilegal de libertad.

24. Las buenas prácticas pueden consistir en leyes que utilicen el concepto de "privación de libertad de la víctima"¹⁴ o, mejor todavía, "privación de libertad en cualquier forma"¹⁵. También pueden cumplir su propósito las expresiones "detención legal o ilegal de una

¹⁰ Armenia (artículo 392 del Código Penal); Bolivia (artículo 292 *bis* del Código Penal); Colombia (artículo 165 del Código Penal); El Salvador (artículo 364 del Código Penal); Guatemala (artículo 201 *ter* del Código Penal); México (artículo 215-A del Código Penal); Nicaragua (artículo 488 del Código Penal); Paraguay (artículo 236 del Código Penal); Perú (artículo 320 del Código Penal); Uruguay (artículo 21 de la ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006); y Venezuela (artículo 180-A del Código Penal).

¹¹ Armenia (artículo 392 del Código Penal); El Salvador (artículos 364 a 366 del Código Penal); Guatemala (artículo 201 *ter* del Código Penal); Nicaragua (artículo 488 del Código Penal); y Perú (artículo 320 del Código Penal).

¹² E/CN.4/1996/38, párr. 55.

¹³ A/HRC/7/2, párr. 26 (párrafo 7 del comentario general sobre la definición de la desaparición forzada).

¹⁴ (Bolivia (artículo 292 *bis* del Código Penal).

¹⁵ Colombia (artículo 165 del Código Penal); Guatemala (artículo 201 *ter* del Código Penal); Panamá (artículo 150 del Código Penal); y Uruguay (artículo 21 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006).

persona", a condición de que se interpreten en forma amplia para abarcar todas las formas de privación de libertad en cualquier lugar, y no sólo en centros de detención oficiales de las autoridades competentes (aunque actúen ilegalmente)¹⁶. Las definiciones inspiradas en el Estatuto de Roma utilizan la misma formulación del párrafo 2 i) del artículo 7, es decir, "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas", que debe interpretarse de manera suficientemente amplia para que abarque todos los tipos de privación de libertad.

B. Autores del delito

25. En su comentario general sobre la definición de desaparición forzada, el Grupo de Trabajo recordó que "[p]or lo que respecta a los autores del delito, [...] a efectos de su labor, las desapariciones forzadas sólo se consideran tales cuando el acto en cuestión lo cometen agentes estatales o particulares o grupos organizados (por ejemplo grupos paramilitares) que actúan en nombre o con el apoyo directo o indirecto del Gobierno o con su consentimiento o aquiescencia"¹⁷. En los casos en que la legislación penal nacional no sancionaba los actos cometidos por personas que actuaran en nombre o con el apoyo directo o indirecto del Gobierno sin que hubieran recibido necesariamente órdenes o instrucciones de agentes del Gobierno para cometer el delito, el Grupo de Trabajo consideraba que la definición era incompleta y debía modificarse en consecuencia¹⁸. El Grupo de trabajo ha señalado asimismo que "está de acuerdo con las disposiciones del artículo 3 de la Convención Internacional en el sentido de que los Estados tomarán las medidas apropiadas para investigar los actos equiparables a las desapariciones forzadas cometidos por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado y procesar a los responsables"¹⁹.

26. Existen, pues, buenas prácticas derivadas de la aplicación del Estatuto de Roma, que prevé la represión de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad cuando sea cometido "por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia", redacción que abarca una muy amplia gama de casos de desaparición forzada. Lo mismo cabe decir de la definición de la desaparición forzada como delito autónomo, que prevé la posibilidad de que lo cometa "cualquier persona"²⁰. No obstante, el Grupo de Trabajo recuerda que esas definiciones tan amplias no deben interpretarse de manera que quede diluida la responsabilidad del Estado, y deben tener en cuenta la especificidad del delito de desaparición forzada resultante de los demás elementos constitutivos, y en particular el hecho de que ese delito da lugar a la sustracción de la víctima de la protección de la ley.

27. También son positivas, y más acordes con la formulación de la Declaración, las leyes nacionales que limitan la categoría de autores potenciales a las personas que tienen alguna relación, cualquiera que sea su carácter, con el Estado, siguiendo, por ejemplo, la formulación del artículo 2 de la Convención Internacional²¹.

¹⁶ El Salvador (artículo 364 del Código Penal); Nicaragua (artículo 488 del Código Penal); y Venezuela (artículo 180-A del Código Penal).

¹⁷ A/HRC/7/2, párr. 26 (párrafo 1 del comentario general sobre la definición de la desaparición forzada).

¹⁸ A/HRC/7/2/Add.2, párr. 30.

¹⁹ A/HRC/7/2, párr. 26 (párrafo 2 del comentario general sobre la definición de la desaparición forzada).

²⁰ Colombia (artículo 165 del Código Penal). Véase también Paraguay (artículo 236 del Código Penal: "El que con fines políticos..."). Sin embargo, el elemento de intención específica parece limitar innecesariamente el alcance de la definición. Véanse *infra* consideraciones al respecto.

²¹ Bolivia (artículo 292 *bis* del Código Penal); y El Salvador (artículo 364 del Código Penal).

C. Negativa a reconocer la privación de libertad u ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida

28. Según las definiciones de la desaparición forzada en el derecho internacional, uno de los elementos constitutivos del delito es la negativa a reconocer la privación de libertad o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida. Este elemento es lo que distingue la desaparición forzada de otros delitos, como el de detención arbitraria²². Las buenas prácticas de los Estados entrañan la tipificación como delito de la desaparición forzada con arreglo a la definición establecida en el Estatuto de Roma ("la aprehensión, la detención o el secuestro de personas [...], *seguido de* la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas") y a la vez como figura delictiva autónoma, incluyendo ese elemento en la definición²³. Otras formulaciones resultan igualmente aceptables, a condición de que se interpreten de manera que abarquen todos los casos contemplados en la Declaración, la Convención Internacional y el Estatuto de Roma, es decir, incluyendo la negativa a reconocer la privación de libertad y la negativa a informar o el ocultamiento de información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida²⁴.

D. Sustracción de la persona desaparecida de la protección de la ley e intención de los autores

29. Todas las definiciones de desaparición forzada en el derecho internacional indican que la víctima es sustraída de la protección de la ley. Esa peculiaridad de la desaparición forzada entraña la suspensión del goce de todos los demás derechos humanos y libertades de la víctima, a la que se coloca en una situación de total indefensión. Ese aspecto se relaciona con el derecho al reconocimiento como persona ante la ley, que es un requisito previo para el goce de todos los demás derechos humanos.

30. En el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración se establece que todo acto de desaparición forzada *tiene por consecuencia* la sustracción de la víctima de la protección de la ley.

31. Con objeto de interpretar la definición del delito de la manera que pueda proporcionar más protección frente a la desaparición forzada, el Grupo de Trabajo "admite casos de desaparición forzada sin exigir que la información en que una fuente denuncia un caso demuestre o presuma la intención del autor de sustraer a la víctima de la protección de la ley"²⁵.

32. Se observan buenas prácticas en los Estados que incluyen ese elemento de "sustracción de la víctima de la protección de la ley" como *consecuencia* de los otros elementos constitutivos, de conformidad con la Declaración y con la posición del Grupo de Trabajo²⁶.

²² Véase Corte Suprema de Justicia del Perú, Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 de 13 de noviembre de 2009, párrs. 9.B y 10.

²³ Bolivia (artículo 292 *bis* del Código Penal); Colombia (artículo 165 del Código Penal); El Salvador (artículo 364 del Código Penal); Guatemala (artículo 201 *ter* del Código Penal); Uruguay (artículo 21 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006); y Venezuela (artículo 180-A del Código Penal).

²⁴ Véase Nicaragua (artículo 488 del Código Penal): "... y no dé razones sobre su paradero".

²⁵ A/HRC/7/2, párr. 26 (párrafo 5 del comentario general sobre la definición de la desaparición forzada).

²⁶ Bolivia (artículo 292 *bis* del Código Penal); Colombia (artículo 165 del Código Penal); Venezuela (artículo 180-A del Código Penal, que contiene una formulación más restrictiva, pero que puede interpretarse en conformidad con la Declaración: "impidiendo [a las víctimas] el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales").

IV. Carácter permanente del delito y consecuencias para el derecho penal

33. El artículo 17.1 de la Declaración establece que "todo acto de desaparición forzada será considerado delito permanente mientras los autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos". En su observación general sobre la desaparición forzada como delito permanente, el Grupo de Trabajo señaló que "[l]as desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos. El acto comienza en el momento del secuestro y se extiende por todo el período de tiempo en que el crimen tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información relativa a la suerte o al paradero de la persona desaparecida".

34. Las respuestas al cuestionario enviado por el Grupo de Trabajo indican la existencia de mejores prácticas en ese ámbito. En particular, algunos Estados definen explícitamente en su legislación penal la desaparición forzada como delito permanente, continuo o continuado²⁷, lo que ha permitido a los tribunales imponer condenas en casos de desaparición forzada en los que la comisión del delito había empezado antes de que éste fuera tipificado como tal en la legislación nacional²⁸. En otros casos, aunque la desaparición forzada no se haya definido como delito permanente, los tribunales nacionales han aplicado ese criterio al juzgar casos de desaparición forzada y resolver sobre la pertinencia en ellos del principio de no retroactividad²⁹. Otros Estados en los que la desaparición forzada no se tipifica como delito separado, reconocen sin embargo el concepto de delito permanente³⁰, lo que puede facilitar su aplicación a los actos de desaparición forzada. En un Estado, la desaparición forzada se ha tipificado como delito separado, pero no se le ha aplicado

²⁷ Guatemala; Uruguay; y Venezuela. Nicaragua indicó en su legislación se utiliza el concepto de delito continuado (artículo 83 del Código Penal) y que la desaparición forzada se considera un delito continuado.

²⁸ Véanse, entre otras decisiones, Tribunal Primero de Sentencia de Chiquimula (Guatemala), fallo de 3 de diciembre de 2009 (causa *Marco Antonio Sánchez Samayoa y otros*); Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Chimaltenango (Guatemala), fallo N° C-26-2-2006 de 7 de septiembre de 2009; Corte de Constitucionalidad de Guatemala, resolución de 7 de julio de 2009; Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, fallo de 10 de agosto de 2007.

²⁹ Véanse, entre otras decisiones, Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, fallo de 9 de junio de 2010 (causa *Alfonso Plazas Vega*); Corte Suprema de Justicia del Perú, Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116, de 13 de noviembre de 2009, párrs. 14 y 15; Corte Suprema de Justicia del Perú, fallo de 20 de marzo de 2006 (Exp. 111-04, D.D. *Cayo Rivera Schreiber*); Corte Constitucional del Perú, fallo de 18 de marzo de 2004 (Exp. 2488-2002-HC/TC), párr. 26; Suprema Corte de Justicia de México, fallo de 20 de julio de 2004 (P./J.49/2004); Corte Constitucional del Perú, fallo de 9 de diciembre de 2004 (Exp. 2798-04-HC/TC), párr. 22; y Corte Constitucional de Colombia, fallo de 31 de julio de 2002 (N° C-580/02).

³⁰ Alemania, respecto de la prisión ilegal; Egipto, donde la prisión arbitraria se considera un delito permanente durante todo el período en que la víctima permanece privada de su libertad; Eritrea, respecto de delitos tales como el de secuestro; Estonia; Francia; Japón, respecto del delito de "detención y reclusión ilegal" y "secuestro"; Jordania, respecto de la "privación ilegal de libertad"; Kazajstán, respecto del "secuestro"; Letonia; Líbano; Madagascar; Mauricio; Polonia, respecto del delito de privación de libertad; Portugal explica que, aunque el concepto de delito permanente se recoge en la legislación portuguesa (artículo 30, párr. 2, del Código Penal), la desaparición forzada se incluiría más bien entre los "delitos prolongados", es decir, los delitos que se cometen mediante varios actos o mediante un acto que puede prolongarse en el tiempo (por ejemplo, detención ilegal); República de Corea, respecto del arresto y la reclusión ilegales y otros delitos; República de Moldova, respecto de la privación ilegal de libertad y la toma de rehenes, pero no del secuestro; Qatar, respecto del secuestro; Serbia (artículo 61 del Código Penal); Tailandia; y Togo.

todavía la noción de delito "permanente", aunque se definen como permanentes otros delitos relacionados con la violación de la libertad personal, como el de secuestro³¹.

V. Participación en la desaparición forzada

35. Las diferentes formas de participación en la comisión de la desaparición forzada, como complicidad, responsabilidad por órdenes o instrucciones, instigación, consentimiento, aquiescencia y ocultamiento activo, también serán delitos punibles en la legislación penal nacional. Eso tiene especial importancia en relación con la responsabilidad penal de las personas participantes en la cadena de mando. Por lo general en la comisión de una desaparición forzada están implicadas muchas personas, y no todas ellas tienen necesariamente conocimiento del paradero o la suerte de la víctima³².

36. Aunque la Declaración no contiene una disposición detallada al respecto, el párrafo 1 del artículo 6 de la Convención Internacional establece que los Estados tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: "a) a toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma; b) al superior que: i) haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y iii) no haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento"³³.

37. En numerosos Estados existen buenas prácticas dimanantes de la aplicación en su legislación interna del Estatuto de Roma, y en particular de sus artículos 25 y 28, en los que figura una detallada enumeración de las formas de responsabilidad, comparable a la del artículo 6 de la Convención Internacional³⁴. Sin embargo, en esas disposiciones sólo se

³¹ El Salvador: Tribunal Primero de Sentencia de San Miguel, causa N° 0301-82-2004, fallo de 3 de agosto de 2004.

³² Corte Suprema de Justicia del Perú, Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116, de 13 de noviembre de 2009, párr. 11: "La Corte Suprema de Justicia del Perú declaró que "[E]l deber de informar es fundamental para la tipificación de la conducta delictiva. [...] Mientras perdura el estado de desaparición de la persona, a todos los agentes que estén en la potestad y en las condiciones de conocer lo acontecido les es exigible este deber. No es necesario que los autores o partícipes intervengan desde el comienzo de la ejecución para que respondan penalmente".

³³ En el artículo 6, 1 c) de la Convención Internacional se establece que: "[e]l inciso b) *supra* se entiende sin perjuicio de las normas de derecho internacional más estrictas en materia de responsabilidad exigibles a un jefe militar o al que actúe efectivamente como jefe militar".

³⁴ Alemania (artículos 4, 13 y 14 del Código de delitos contra el derecho internacional); Australia (artículo 268115 del Código Penal, de 1995); Bosnia y Herzegovina (artículo 180.2 del Código Penal); Canadá (artículo 5 de la Ley sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, de 2000); Chile (artículos 35 a 35 de la Ley N° 20357, de 18 de julio de 2009); Congo (artículo 10 de la Ley N° 8, de 31 de octubre de 1998); Croacia (artículo 167-A del Código Penal); Eslovenia (artículo 104 del Código Penal); España (artículo 615 *bis* del Código Penal); ex República Yugoslava de Macedonia (artículo 416.B del Código Penal); Filipinas (artículos 8 y 10 de la Ley de la República N° 9851, por la que se definen y sancionan los delitos contra el derecho internacional humanitario, el genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, se organiza la jurisdicción, se designan tribunales especiales y se adoptan disposiciones conexas, de 11 de diciembre de 2009); Finlandia (artículos 12 y 13 del capítulo 11 del Código Penal); Indonesia (artículos 41 y 42 de la Ley N° 26/2000); Iraq (artículo 15 de la Ley sobre el Tribunal Penal Supremo del Iraq, de 18 de octubre de 2005); Malta

aborda la responsabilidad de las personas que hayan cometido el delito de desaparición forzada en tanto que crimen de lesa humanidad, en las condiciones y con arreglo a la definición concreta del artículo 7 del Estatuto³⁵.

38. En cuanto a la desaparición forzada como delito autónomo, un Estado establece un régimen amplio aplicable específicamente a quienes inciten o induzcan a la comisión de una desaparición forzada, intenten cometerla, o sean cómplices o participen en ella³⁶. Otro Estado, con un criterio más general, contempla la responsabilidad de "quienes participen en el delito o lo oculten"³⁷.

VI. Sanciones

39. En el párrafo 1 del artículo 4 de la Declaración se dispone que "todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad"³⁸.

40. El Grupo de Trabajo halló en conformidad con la Declaración una pena de 25 a 40 años de prisión por el delito de desaparición forzada³⁹. Se observan buenas prácticas a este respecto en un número limitado de Estados⁴⁰.

41. En algunos Estados, la pena prevista por la legislación nacional no parece a primera vista apropiada para castigar la desaparición forzada como delito autónomo, aunque en algunos casos se otorgue un margen discrecional considerable al juez o jurado que han de pronunciar el veredicto, incluida la posibilidad de apreciar posibles circunstancias agravantes⁴¹. Más apropiadas son en general, aunque no siempre, las penas previstas para castigar la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad según la definición del Estatuto de Roma. Sin embargo, el Grupo de Trabajo considera que, si la desaparición forzada es abominable en tanto que crimen de lesa humanidad, también como delito autónomo reviste extrema gravedad y merece una condena consiguientemente severa.

42. En el párrafo 2 del artículo 4 de la Declaración se dispone que "[l]as legislaciones nacionales podrán establecer circunstancias atenuantes para quienes, habiendo participado en actos que constituyan una desaparición forzada, contribuyan a la reparación con vida de

(artículo 54-E del Código Penal); Montenegro (artículo 440 del Código Penal); Noruega (artículo 109 del Código Penal); Países Bajos (artículo 9 de la Ley sobre delitos internacionales, de 2003); Panamá (artículo 445 del Código Penal); Portugal (artículo 6 de la Ley de 22 de julio de 2004); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (artículo 65 de la Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 2001); República de Corea (artículo 5 de la Ley sobre la sanción de los delitos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de 2007); Rwanda (artículo 18 de la Ley N° 33 *bis*, de 2003); Samoa (artículo 10 del Código Penal Internacional 2007); Serbia (artículo 384 del Código Penal); Suiza (artículos 264k y 264l del Código Penal y artículos 20 y 114 del Código Penal Militar); Timor-Leste (artículo 136 del Código Penal); y Uruguay (artículo 10 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006).

³⁵ En el Uruguay las desapariciones forzadas se consideran siempre crímenes de lesa humanidad, aun cuando no se cometan en las condiciones establecidas en el Estatuto de Roma.

³⁶ Colombia (artículos 340, 348, 441, 446, 449 y 450 del Código Penal).

³⁷ Venezuela (artículo 180-A del Código Penal).

³⁸ Véase asimismo el artículo 7 de la Convención Internacional.

³⁹ A/HRC/4/41/Add.1, párr. 33. Véase también E/CN.4/2006/56/Add.1, párr. 27.

⁴⁰ Colombia (320/540 meses de prisión y hasta 480/600 de prisión de concurrir circunstancias agravantes, más una sanción pecuniaria y 160/360 meses de inhabilitación para ocupar cargos públicos); y Guatemala (25/40 años de prisión, e incluso pena de muerte: véase *infra*).

⁴¹ Bolivia (de 5 a 15 años de prisión y hasta 30 años si concurren circunstancias agravantes); Perú ("no menos de 15 años de prisión" e inhabilitación para los funcionarios públicos); y Uruguay (de 2 a 25 años de prisión).

la víctima o den voluntariamente informaciones que permitan esclarecer casos de desaparición forzada"⁴².

43. El Grupo de Trabajo determinó que la legislación penal que "dispone medidas de atenuación punitiva sólo en el caso de que los perpetradores cooperen en la liberación de la víctima o en la recuperación de los restos de la víctima, según el caso" cumple los requisitos del párrafo 2 del artículo 4 de la Declaración⁴³.

44. Diversos Estados establecen circunstancias agravantes o atenuantes concretas para la desaparición forzada⁴⁴, y otros remiten a las circunstancias genéricas previstas en el Código Penal, si las hubiere. Cuando se contemplan circunstancias agravantes concretas, estas consisten, por ejemplo, en que se haya infligido grave daño físico o psicológico a la víctima, en que ésta pertenezca a un grupo especialmente vulnerable, en que el autor del delito sea funcionario público, o en que la desaparición forzada se defina como delito permanente⁴⁵. En otros Estados se considera circunstancia agravante el hecho de que el delito se cometa a lo largo de un período prolongado⁴⁶. En cuanto a las circunstancias atenuantes, se cuentan entre ellas el hecho de que la víctima sea puesta en libertad al cabo de cierto tiempo o el de que la persona de que se trate facilite información que permita esclarecer el caso o identificar a los autores.

45. En lo que respecta a las sanciones accesorias, el Grupo de Trabajo ha sostenido que la legislación nacional referente a la desaparición forzada debe prever medidas de inhabilitación administrativa para los autores del delito⁴⁷. Por consiguiente, algunos Estados contemplan expresamente la inhabilitación de los funcionarios públicos condenados por un delito de desaparición forzada⁴⁸.

46. Esa obligación de establecer sanciones penales apropiadas se establece sin perjuicio de la de garantizar que las víctimas obtengan plena reparación civil. El Grupo de Trabajo recordó que "además de las sanciones penales aplicables, los presuntos autores de las desapariciones forzadas estarán sujetos a la responsabilidad civil general"⁴⁹.

VII. Garantías contra la impunidad

47. En su informe de 1994 (E/CN.4/1994/26), el Grupo de Trabajo se refirió específicamente a la cuestión de la impunidad, recordando a los Estados su obligación de no elaborar ni promulgar leyes que tuvieran por efecto otorgar inmunidad a los autores de desapariciones. En informes posteriores se ha reiterado esa preocupación. Entre la comisión

⁴² Véase también el párrafo 2 del artículo 7 de la Convención Internacional.

⁴³ E/CN.4/2006/56/Add.1, párr. 27.

⁴⁴ Bolivia (artículo 292 *bis* del Código Penal); Colombia (artículos 166 y 167 del Código Penal); Guatemala (artículo 201 *ter* del Código Penal); México (artículo 215-B del Código Penal); Panamá (artículos 150 y 151 del Código Penal); Uruguay (artículos 15 y 21.3 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006); y Venezuela (artículo 180-A del Código Penal).

⁴⁵ Por ejemplo, Nicaragua (artículo 83 del Código Penal).

⁴⁶ Por ejemplo, República Checa (artículo 42.m del Código Penal).

⁴⁷ A/HRC/7/2/Add.1, párrs. 39 y 66 c). En el artículo 5 de la Declaración se establece que, además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deberán comprometer la responsabilidad civil de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de ese Estado conforme a los principios del derecho internacional.

⁴⁸ Colombia (artículo 165 del Código Penal); El Salvador (artículo 366 del Código Penal); México (artículos 215-C y 215-D del Código Penal); Nicaragua (artículo 488 del Código Penal); Perú (artículo 320 del Código Penal); y Uruguay (artículo 12 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006).

⁴⁹ A/HRC/7/2/Add.1, párrs. 39 y 66 c).

de desapariciones forzadas y la impunidad se crea un círculo vicioso. Como han señalado el Grupo de Trabajo y la Comisión de Derechos Humanos, la impunidad es a la vez una de las causas subyacentes de las desapariciones forzadas y uno de los principales obstáculos para el esclarecimiento de esos delitos⁵⁰. A ese respecto, el Grupo de Trabajo constata la existencia de diversas buenas prácticas en Estados que han contribuido a poner fin a una situación de impunidad en sus respectivos territorios.

A. Amnistía

48. En el artículo 18 de la Declaración se dispone que "[l]os autores o presuntos autores [de una desaparición forzada] no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal"⁵¹. El Grupo de Trabajo formuló una interpretación detallada de esa disposición en su observación general sobre el artículo 18 de la Declaración⁵². En ella se indicaban los casos en que una amnistía se consideraría contraria al artículo 18 y se aportaban ejemplos de "medidas similares" que también procedía prohibir. Se señalaba asimismo que, "cuando se interpreta junto con otras disposiciones de la Declaración, el artículo 18 permite medidas limitadas y excepcionales que conduzcan directamente a la prevención y cesación de las desapariciones, como se prevé en el artículo 3 de la Declaración, incluso si, *prima facie*, pudiera parecer que estas medidas tienen el efecto de una ley de amnistía o medida similar que pudiera conducir a la impunidad", y se hacía una enumeración detallada de los tipos de medidas que podían adoptarse (véase, en particular, el párrafo 8 de la observación general).

49. Las mejores prácticas corresponden a Estados que excluyen explícitamente el delito de desaparición forzada de la aplicación de leyes de amnistía o medidas similares, independientemente de que el acto se defina o no como crimen de lesa humanidad⁵³. Algunos otros Estados limitan la exclusión a los casos de desaparición comprendidos en la definición de crímenes de lesa humanidad⁵⁴. A este respecto, el Grupo de Trabajo considera conveniente insistir de nuevo en que, si la desaparición forzada en tanto que crimen de lesa humanidad es un delito abominable, también reviste también extrema gravedad la desaparición forzada como delito autónomo, por lo que debe excluirse de la aplicación de cualquier medida de amnistía que no cumpla las condiciones establecidas por el Grupo de Trabajo en su observación general sobre el artículo 18.

50. En algunos Estados no existe ninguna restricción que impida la aplicación de una amnistía a los actos de desaparición forzada⁵⁵. El Grupo de Trabajo recomienda a esos Estados que adopten las mejores prácticas y excluyan la desaparición forzada de la aplicación de leyes de amnistía o medidas similares⁵⁶. En cualquier caso, esos Estados

⁵⁰ Véase, entre otras cosas, la resolución 2001/46 de la Comisión de Derechos Humanos, de 23 de abril de 2001.

⁵¹ E/CN.4/1996/38, párrs 57 y 58.

⁵² E/CN.4/2006/56, párr. 49. Véase también el párrafo 8 del comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con la desaparición forzada (A/HRC/16/48, párr. 39).

⁵³ Colombia (artículo 14 de la Ley N° 589, de 2000), Ecuador (artículos 80 y 120 de la Constitución), Nicaragua (artículo 130 del Código Penal); Panamá (artículo 115 del Código Penal), Uruguay (artículo 8 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006) y Venezuela (artículos 180-A del Código Penal y 29 de la Constitución). En Guatemala la propia ley de amnistía excluye de su ámbito de aplicación el delito de desaparición forzada (artículo 8 del Decreto N° 145-1996 – Ley de Reconciliación Nacional, de 1996).

⁵⁴ Burundi (artículos 170 y 171 del Código Penal) e Iraq (artículo 15.6 de la Ley sobre el Código Penal Supremo del Iraq, de 18 de octubre de 2005).

⁵⁵ Bosnia y Herzegovina, Eritrea, Eslovenia y República Checa.

⁵⁶ Estonia explicó su posición de que no se aplicaría ninguna medida de amnistía a las desapariciones forzadas, a pesar de que no existe ninguna disposición que contemple esa exclusión.

deben abstenerse de promulgar una ley de amnistía o adoptar cualquier medida similar que no se ciña a las condiciones establecidas por el Grupo de Trabajo en su observación general sobre el artículo 18.

51. En diversos otros Estados se han revisado leyes de amnistía o medidas similares preexistentes, se ha limitado su ámbito de aplicación o incluso se las ha declarado ilegales *ex post facto*, lo que ha permitido la apertura o reapertura de juicios por delitos cometidos en el pasado, incluidos casos de desaparición forzada no resueltos⁵⁷.

B. Obediencia debida a órdenes superiores

52. Todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que tratan de la desaparición forzada establecen claramente que ninguna orden ni instrucción de ninguna autoridad pública, ya sea esta civil, militar o de otra índole, podrá ser invocada para justificar una desaparición forzada⁵⁸. El Grupo de Trabajo subrayó que ese principio debe ser debidamente recogido en la legislación nacional⁵⁹. Ninguno de los instrumentos internacionales mencionados prevé que pueda considerarse como circunstancia atenuante el hecho de actuar en cumplimiento de órdenes superiores. Aunque se introdujera en la legislación nacional la posibilidad de reducir la pena por esa circunstancia, esa reducción tendría que ser limitada: de permitirse una reducción demasiado grande, esta contravendría la obligación de imponer "penas apropiadas" que se establece, entre otras disposiciones, en el artículo 4 de la Declaración.

⁵⁷ En la Argentina, en 2003 el Parlamento declaró nulas y sin efecto las dos leyes de amnistía mencionadas, y el 14 de junio de 2005 la Corte Suprema de Justicia las declaró inconstitucionales, permitiendo así la apertura o reapertura de procesos por delitos cometidos por los militares en los años setenta, incluidos miles de desapariciones forzadas (véase Corte Suprema de Justicia, causa S.1767.XXXVIII, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, etc., fallo de 14 de junio de 2005.) El 13 de julio de 2007, la Corte Suprema de Justicia aprobó una decisión por la que declaró sin efecto el perdón de 1990 en un caso concreto, estableciendo así un precedente importante. Véase Corte Suprema de Justicia, causa *Santiago Omar Riveros*, fallo de 13 de julio de 2007. En Chile, la Corte Suprema de Justicia adoptó diversas decisiones por las que se excluía la aplicación a los crímenes de lesa humanidad del Decreto Ley de amnistía de 1978. La Corte Suprema determinó asimismo que la doctrina del "delito permanente de secuestro" impediría en principio la aplicación de cualquier medida de amnistía o plazo de prescripción a los casos de desaparición forzada. En El Salvador, en un fallo de 26 de septiembre de 2000, la Corte Suprema de Justicia determinó que el Decreto de 20 de marzo de 1993 por el que se otorgaba amnistía a todos los que hubieran participado en la comisión de delitos antes del 1º de enero de 1992 no podía ser declarado inconstitucional, pero los jueces estaban facultados para evitar su aplicación en determinados casos concretos, lo que había ocurrido en una ocasión, en una causa relativa a ejecuciones extrajudiciales (véase informe del Grupo de Trabajo sobre El Salvador, párr. 64). En este caso, sin embargo, el Grupo de Trabajo ha exhortado a la Asamblea Legislativa a que enmiende el Decreto para ponerlo en conformidad con las consideraciones formuladas en el párrafo 8 de la observación general del Grupo de Trabajo sobre el artículo 18 de la Declaración (véase A/HRC/7/2/Add.2, párr. 90). En el Iraq, el párrafo 6 del artículo 15 de la Ley sobre el Tribunal Penal Supremo del Iraq dispone que los decretos de amnistía anteriores a la entrada en vigor de la ley no se aplicarán a las personas acusadas de cometer alguno de los delitos contemplados en ésta.

⁵⁸ Véanse el artículo 6 de la Declaración; el artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y los artículos 6.2 y 23.2 de la Convención Internacional. Todas las disposiciones mencionadas establecen asimismo que deberán prohibirse todas las órdenes o instrucciones que dispongan, autoricen o alienten desapariciones forzadas; y que no se castigará a ninguna persona que se niegue a cumplir una orden de esa índole. En relación con esa cuestión véase también el artículo 33 del Estatuto de Roma.

⁵⁹ A/HRC/7/2/Add.1, párr. 35.

53. De las respuestas recibidas del Grupo de Trabajo se desprende que diversos Estados cuentan ya en su legislación nacional con disposiciones en las que se establece que ninguna orden ni instrucción de ninguna autoridad pública, ya sea esta civil, militar o de otra índole, podrá ser invocada para justificar una desaparición forzada, por lo general cuando esta se define como crimen de lesa humanidad⁶⁰. En otros Estados, el hecho de cumplir órdenes suele eximir de responsabilidad, a menos que la orden fuera "manifiestamente ilegal"⁶¹ o excediera de las atribuciones del superior⁶², o su cumplimiento entrañara la comisión de un delito por el subordinado⁶³. En relación con estos Estados, el Grupo de Trabajo sugiere la conveniencia de que se indique, mediante interpretación judicial o modificación legislativa, que la orden de cometer un delito de desaparición forzada o participar de alguna manera en él es "manifiestamente ilegal" o delictiva.

54. Por último, algunos otros Estados mantienen el principio de que el hecho de actuar en cumplimiento de una orden es una circunstancia eximente para el subordinado. El Grupo de Trabajo recomienda a esos Estados que modifiquen su legislación en este aspecto para ponerla en conformidad con el derecho internacional, siguiendo las buenas prácticas de otros Estados.

C. Prescripción

55. La indicación de que los casos de desaparición forzada no prescriben constituye una garantía contra la impunidad. Así debe establecerse siempre cuando el delito se comete en un contexto en el que constituye un crimen de lesa humanidad. En otros casos, si los Estados deciden establecer plazos de prescripción, debe disponerse claramente en la legislación nacional que esos plazos no empezarán a contar hasta que se esclarezca la suerte o el paradero de las víctimas.

56. Se observan mejores prácticas en los Estados en los que las desapariciones forzadas no están sujetas a prescripción⁶⁴. En otros Estados se ha establecido que no prescriben en

⁶⁰ Colombia (artículo 32 del Código Penal); Uruguay (artículo 9 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006); y Venezuela (artículos 180-A del Código Penal y 25 y 45 de la Constitución). El mismo principio se aplica en relación con los crímenes de lesa humanidad en: Alemania (artículo 3 del Código de delitos contra el derecho internacional); Bélgica (artículos 70 y 136-octies del Código Penal); Bosnia y Herzegovina (artículo 180.3 del Código Penal); Burundi (artículo 31 del Código Penal); Canadá (artículo 14 de la Ley sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, de 2000); Filipinas (artículo 12 de la Ley de la República N° 9851, por la que se definen y sancionan los delitos contra el derecho internacional humanitario, el genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, se organiza la jurisdicción, se designan tribunales especiales y se adoptan disposiciones conexas, de 11 de diciembre de 2009); Francia (artículo 213-4 del Código Penal); Iraq (artículo 15.5 de la Ley sobre el Tribunal Penal Supremo del Iraq, de 18 de octubre de 2005); Portugal; Suiza (artículo 264 del Código Penal); Uruguay (artículo 9 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006); y Venezuela (artículo 180-A del Código Penal).

⁶¹ Camerún (artículo 83 del Código Penal); Costa Rica (artículo 36 del Código Penal); Eritrea (artículo 70 del Código Penal de transición de Eritrea); Federación de Rusia (artículo 42, párrafo 2, del Código Penal); Francia (art. 122, párr. 4); Jordania; Letonia (artículo 34 del Código Penal), aunque no puede alegarse obediencia debida cuando se trata de crímenes de lesa humanidad; Madagascar; y República de Moldova (artículo 364, párrafo 6, del Código Penal).

⁶² Kirguistán (artículo 7, párrafo 6, de la Ley de la función pública).

⁶³ Egipto (artículo 63 del Código Penal); República Checa (artículo 48, artículo 2, de la Ley sobre los soldados profesionales, N° 221/1999); y Serbia (artículo 13, párrafo 3, de la Ley sobre el ejército serbio, de 2007).

⁶⁴ Ecuador (artículo 80 de la Constitución); El Salvador (artículo 34 del Código de Procedimiento Penal para los procedimientos, aunque se aplica sólo a las desapariciones forzadas que empezaran a cometerse después del 20 de abril de 1998; y artículo 99 del Código Penal para las sanciones);

general los crímenes de lesa humanidad⁶⁵, lo que en la mayoría de los casos comprende las desapariciones forzadas, en particular cuando el crimen de lesa humanidad es el resultado de la aplicación del Estatuto de Roma. Otros Estados informaron de que su legislación establece plazos de prescripción, incluso en algunos casos para la desaparición forzada⁶⁶. Algunos de ellos, sin embargo, aplican la buena práctica consistente en interpretar la prescripción a la luz del principio por el que la desaparición forzada constituye un delito permanente, lo que entraña que el plazo de prescripción sólo empieza a contar a partir del momento en que deja de cometerse el delito⁶⁷.

Nicaragua (artículo 131 del Código Penal); Panamá (artículo 120 del Código Penal); Paraguay (artículos 5 de la Constitución y 102 del Código Penal), Uruguay (artículo 7 de la Ley N° 18.026, de 4 de octubre de 2006); y Venezuela (artículos 180-A del Código Penal y 29 de la Constitución).

⁶⁵ Alemania (artículo 5 del Código de delitos contra el derecho internacional); Argentina (artículo 11 de la Ley N° 26200, de 5 de enero de 2007); Azerbaiyán (artículos 75.5 y 80.4 del Código Penal); Bosnia y Herzegovina (artículo 19 del Código Penal); Burkina Faso (artículo 317 del Código Penal); Burundi (artículos 150 y 155 del Código Penal); Chile (artículo 40 de la Ley N° 20357, de 18 de julio de 2009); Congo (artículo 14 de la Ley N° 8, de 31 de octubre de 1998); Croacia (artículos 18 y 24 del Código Penal); Eslovenia (artículo 95 del Código Penal); España (artículos 131.4 y 133.2 del Código Penal); Estonia (artículo 81 del Código Penal); Filipinas (artículo 11 de la Ley de la República N° 9851, por la que se definen y sancionan los delitos contra el derecho internacional humanitario, el genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, se organiza la jurisdicción, se designan tribunales especiales y se adoptan disposiciones conexas, de 11 de diciembre de 2009); Finlandia (artículos 1 y 6 del capítulo 8 del Código Penal); Francia (artículo 213-5 del Código Penal); Indonesia (artículo 46 de la Ley N° 26/2000); Kazajstán (capítulo 4 del Código Penal); Malí (artículo 32 del Código Penal); Malta (artículo 54-I del Código Penal); Montenegro (artículo 129 del Código Penal); Países Bajos (artículo 13 de la Ley sobre delitos internacionales); Polonia (artículo 101 del Código Penal); Portugal (artículo 7 de la Ley N° 31, de 22 de julio de 2004); República Checa (artículo 35 del Código Penal); República de Corea (artículo 6 de la Ley sobre el castigo de los delitos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de 2007); República de Moldova; Rumania (artículos 138 y 146 del Código Penal); Rwanda (artículo 20 de la Ley N° 33 *bis*, de 2003); Serbia (artículo 108 del Código Penal); Suiza (artículos 101 del Código Penal y 59 del Código Penal Militar); y Timor-Leste (artículo 117 del Código Penal).

⁶⁶ Bélgica (diez años para los delitos); Chad (diez años); Costa Rica (de tres a diez años, artículos 30 a 35 del Código de Procedimiento Penal); Egipto (de uno a diez años, según el delito de que se trate, artículo 15 del Código Penal, aunque "determinados delitos, entre ellos la detención injustificada, no prescriben (artículos 117, 126, 127, 282 y 309 del Código Penal); Eritrea (de 3 a 25 años, según la sanción prevista para el delito de que se trate, artículos 225 a 238 del Código Penal de transición); Estonia (de 5 a 10 años, pero los crímenes de lesa humanidad no prescriben, véase *supra*); Kazajstán (de 2 a 20 años, pero los delitos contra la seguridad de la humanidad no prescriben, véase *supra*); Madagascar (en cuanto a las sanciones por delitos, 20 años; en cuanto a los procedimientos penales, de uno a diez años, según la sanción prevista para el delito de que se trate); Polonia (30 años para el homicidio y 20 años para otros delitos); República de Moldova (de 2 a 25 años, artículo 60 del Código Penal, pero los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad no prescriben, véase *supra*); Qatar (de tres a diez años, según el delito de que se trate); y Togo (diez años).

⁶⁷ Bélgica; Líbano, que no ha tipificado en su legislación un delito diferenciado de desaparición forzada, pero explica que, de introducirse esa figura delictiva, la desaparición forzada se consideraría un delito permanente, por lo que los plazos de prescripción empezarían a contarse a partir de la fecha en que concluyera la privación de libertad, es decir, cuando la persona secuestrada recobrara su libertad personal; Tailandia, que, aunque tampoco ha tipificado como delito diferenciado la desaparición forzada, señala que los delitos relacionados con la detención o privación de libertad de una persona se consideran actos permanentes, por lo que los plazos de prescripción se contarían a partir de la fecha en que dejaron de cometerse el delito; y Polonia.

D. Tribunal competente para enjuiciar las desapariciones forzadas

57. El Grupo de Trabajo ha señalado que la tipificación de la conducta delictiva en la legislación penal "se refiere a los códigos penales de los países, que han de ser aplicados por los tribunales ordinarios competentes y no por ninguna jurisdicción especial, en particular la militar (párrafo 2 del artículo 16 de la Declaración), ni por organismos o tribunales administrativos"⁶⁸. Ha reiterado asimismo que "las personas responsables del delito de desaparición forzada sólo podrán ser juzgadas por las jurisdicciones de derecho común competentes, en cada Estado, con exclusión de toda otra jurisdicción especial, en particular la militar"⁶⁹.

58. Algunos Estados establecen expresamente en su legislación nacional que la desaparición forzada no podrá ser considerada nunca como delito cometido en acto de servicio, y los tribunales militares no tienen jurisdicción sobre ella⁷⁰. Otros Estados han establecido que la desaparición forzada sólo puede ser juzgada por los tribunales ordinarios competentes⁷¹.

E. Principios de jurisdicción universal y de *aut dedere aut judicare*

59. Como garantía fundamental contra la impunidad, las legislaciones internas deben contemplar la aplicación, en los casos de desaparición forzada, del principio de jurisdicción universal, además del de *aut dedere aut judicare*, o en combinación con él. Ello permite a los Estados llevar ante la justicia a todas las personas presuntamente responsables de desapariciones forzadas que se encuentren en su territorio.

60. Diversos Estados informaron de que contaban en su legislación interna con disposiciones que permitían la aplicación de los principios de jurisdicción universal y/o *aut dedere aut judicare*⁷². En algunos Estados se aplica el principio de *aut dedere aut judicare*, por lo menos para algunos delitos internacionales, pero no el de jurisdicción universal⁷³. En por lo menos dos Estados el derecho procesal reconoce el principio de jurisdicción universal, pero no el de *aut dedere aut judicare*⁷⁴. En un número reducido de Estados se aplican a todos los actos de desaparición forzada alguno de los dos principios o ambos⁷⁵. En muchos casos esos principios se han incorporado al ordenamiento jurídico con referencia expresa sólo a los crímenes de lesa humanidad o, en una formulación más general, a los delitos sujetos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional⁷⁶. Un Estado informó de que

⁶⁸ E/CN.4/1996/38, párr. 56.

⁶⁹ A/HRC/7/2/Add.1, párrs. 38 y 66 iv). Véanse también, entre otros, artículo 14 de la Declaración; artículo 11.3 de la Convención Internacional; E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, párr. 599; y E/CN.4/1993/25, párr. 46.

⁷⁰ Colombia (artículos 1 a 3 del Código Penal Militar); Uruguay (artículo 11 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006); y Venezuela (artículos 29 y 261 de la Constitución).

⁷¹ Paraguay y Perú.

⁷² Otros Estados, en cambio, no reconocen expresamente esos principios: Eritrea; Kirguistán; Madagascar; República de Moldova, en cuya legislación no rige la jurisdicción universal, aunque nada se dice sobre el principio de *aut dedere aut judicare*.

⁷³ Bosnia y Herzegovina, Colombia, Egipto y Mauricio.

⁷⁴ Nicaragua y República de Corea.

⁷⁵ El Salvador (artículo 10 del Código Penal); Guatemala (artículo 5 del Código Penal); Nicaragua (artículo 16 del Código Penal); Japón; Panamá (artículos 19 y 20.4 del Código Penal); y Uruguay (artículos 3 a 5 de la Ley N° 18026, de 4 de octubre de 2006).

⁷⁶ Alemania (artículo 1 del Código de delitos contra el derecho internacional); Argentina (artículos 3 y 4 de la Ley N° 26200, de 5 de enero de 2007); Australia (artículo 268117 de la Ley del Código Penal, de 1995); Azerbaiyán (artículos 12.3 y 13.3 del Código Penal); Bélgica (artículo 12 *bis* de la sección preliminar del Código de Procedimiento Penal); Bosnia y Herzegovina (artículo 12 del Código Penal); Burundi (artículo 10 del Código Penal); Canadá (artículos 6 y 8 de la Ley sobre crímenes de

en su legislación no se menciona explícitamente el principio de jurisdicción universal, pero este está muy presente en dos aspectos, a saber, el ejercicio de la jurisdicción sobre el genocidio y los delitos que ese Estado está obligado a reprimir en virtud de sus obligaciones dimanantes de tratados⁷⁷. Además, aunque en el Código de Procedimiento Penal de ese mismo Estado no se hace referencia al principio de *aut dedere aut judicare*, este se suele observar en virtud de la legislación vigente, y la jurisprudencia tiende a aplicarlo.

61. Sin embargo, varios Estados observaron que, puesto que la desaparición forzada no está tipificada como delito separado en su legislación penal, los principios de jurisdicción universal y de *aut dedere aut judicare* no se aplican a ese delito como tal, aunque puedan aplicarse a otros actos relacionados con la desaparición forzada⁷⁸, lo que confirma la importancia fundamental que para impedir la impunidad tiene la introducción de la desaparición forzada como figura delictiva diferenciada.

VIII. Conclusiones

62. **El Grupo de Trabajo desea manifestar su agradecimiento a todos los Estados que han respondido a su cuestionario, proporcionando así una base jurídica fiable para su estudio sobre las mejores prácticas. Aunque en el propio informe se expondrán detalladamente las mejores prácticas, el Grupo de Trabajo considera conveniente destacar algunas de esas prácticas, que deberían adoptar todos los Estados:**

a) Ratificar e incorporar a la legislación nacional los instrumentos internacionales pertinentes, en particular el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas;

b) Introducir en la legislación nacional una figura delictiva separada de desaparición forzada lo suficientemente amplia para que abarque las desapariciones

lesa humanidad y crímenes de guerra, de 2000); Chipre (artículo 6 de la Ley N° 23 (III)/2006); Croacia (artículo 14 del Código Penal); Eslovenia (artículos 11 y 13.2 del Código Penal); España (Ley orgánica N° 1/2009, de 4 de noviembre de 2009); Filipinas (artículo 17 de la Ley de la República N° 9851, por la que se definen y sancionan los delitos contra el derecho internacional humanitario, el genocidio y otros crímenes de lesa humanidad, se organiza la jurisdicción, se designan tribunales especiales y se adoptan disposiciones conexas, de 11 de diciembre de 2009); Finlandia (artículos 7 y 8 del capítulo 1 del Código Penal); Irlanda (artículo 12 de la Ley sobre la Corte Penal Internacional, de 2006); Kenya (artículo 6 de la Ley sobre delitos internacionales, de 2008); Lituania (artículo 7 del Código Penal); Malta (artículo 5 del Código Penal); Montenegro (artículos 135 a 137 del Código Penal); Países Bajos (artículo 2 de la Ley sobre delitos internacionales 2003); Nueva Zelanda (artículo 8 de la Ley sobre delitos internacionales y la Corte Penal Internacional, de 2000); Portugal (artículo 5 de la Ley N° 31, de 22 de julio de 2004); Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (artículos 54 y 60 de la Ley del Código Penal Internacional, de 2001); República de Corea (artículo 3 de la Ley sobre la sanción de los delitos de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de 2007); Rumania (artículo 13 del Código Penal); Samoa (artículo 13 de la Ley del Código Penal Internacional, de 2007); Senegal (artículo 431.6 del Código Penal); Serbia (artículos 9 y 10 del Código Penal); Sudáfrica (artículo 4 de la Ley sobre la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 2002); Suiza (artículo 264m del Código Penal); Timor-Leste (artículo 8 del Código Penal); y Trinidad y Tabago (artículo 8 de la Ley del Código Penal Internacional, de 2006).

⁷⁷ Brasil.

⁷⁸ Bulgaria, Camerún, Costa Rica, Francia, Kazajstán (donde la aplicación de ambos principios está sujeta a los tratados internacionales en los que el Estado es parte) y República Checa.

forzadas cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, pero también los actos aislados;

c) Introducir en la definición del delito como mínimo los tres elementos acumulativos siguientes: i) privación de libertad de la víctima; ii) participación de agentes gubernamentales, por lo menos indirectamente por aquiescencia; y iii) negativa a revelar la suerte y el paradero de la persona desaparecida;

d) Incluir el elemento de "sustracción de la víctima de la protección de la ley" como *consecuencia* de los otros elementos constitutivos;

e) Definir el delito de desaparición forzada como delito permanente;

f) Establecer en relación con las desapariciones forzadas un amplio régimen de responsabilidad individual, que abarque la responsabilidad superior;

g) Establecer sanciones apropiadas que tengan en cuenta la extrema gravedad del delito, se defina este o no como crimen de lesa humanidad;

h) Establecer las circunstancias atenuantes o agravantes pertinentes, así como las sanciones accesorias apropiadas;

i) Excluir de la aplicación de leyes de amnistía o medidas similares el delito de desaparición forzada, se defina este o no como crimen de lesa humanidad;

j) Disponer que no pueda invocarse ninguna orden ni instrucción para justificar una desaparición forzada, se defina esta o no como crimen de lesa humanidad;

k) Disponer la imprescriptibilidad del delito de desaparición forzada, se defina este o no como crimen de lesa humanidad;

l) Disponer que la desaparición forzada no puede considerarse nunca como delito cometido en acto de servicio, y que los tribunales militares y otros tribunales especiales carecen de jurisdicción en casos de desaparición forzada;

m) Establecer los principios de jurisdicción universal y de *aut dedere aut judicare* en relación con el delito de desaparición forzada, se defina este o no como crimen de lesa humanidad.
