

# EL DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS Y LA POSIBLE AFECTACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: UNA MIRADA INTEGRADORA

Sebastián Félix García Amuchástegui<sup>1</sup>

**Sumario: I. Introducción. II. La desaparición forzada de personas. Concepto. a) Bien jurídico protegido. b) La estructura típica: tipo objetivo, tipo subjetivo. III ¿Afectación del principio de legalidad?. IV. Conclusión. V. Bibliografía.**

**RESUMEN:** *El objeto del presente trabajo es determinar si la aplicación directa por parte de los tribunales nacionales, de la normativa internacional ratificada por nuestro país en relación a la figura de desaparición forzada de personas, conlleva o no la violación flagrante del principio de legalidad material prevista en nuestra Constitución Nacional como en otros instrumentos internacionales.*

**PALABRAS CLAVE:** *desaparición forzada de personas – Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas – instrumentos internacionales - legislación nacional.*

**ABSTRACT:** *The purpose of this study is to determine if direct application by national courts, the international instruments ratified by our country in relation to the figure of forced disappearance of persons, is associated or not to the flagrant violation of the principle of legality at it is in our Constitution and in other international instruments.*

**KEY WORDS:** *enforced disappearance of persons - international - national law - the principle of legality.*

## I. Introducción.

La República Argentina a partir de la recuperación democrática operada en el año 1983, comenzó un lento pero firme camino en orden a la protección de los derechos fundamentales otrora conculcados en su máxima expresión, todo ello como corolario de la ratificación de los más importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Dichos instrumentos a la par de consagrar derechos esenciales a favor de las personas y obligaciones para los Estados, establecieron ciertas figuras penales, algunas de las cuales no se encontraban previstas de manera expresa y con anterioridad en el ordenamiento jurídico argentino.

En tal sentido la ratificación por parte de la República Argentina de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>2</sup>, adoptada en Belém do Pará, República Federativa de Brasil, el 09 de junio de 1994, aporó cierta luz sobre lo que debía entenderse por desaparición forzada de personas, con el consiguiente cumplimiento de los requisitos de previsión y publicidad normativa. Sin embargo, y pese a ello, en la actualidad nuestro país adolece en el orden interno de una norma que tipifique de manera completa la

<sup>1</sup> Abogado. Adscripto a la cátedras de Derecho Penal II y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. E-mail: amuchasteguisseba@hotmail.com.

<sup>2</sup> A partir del dictado de la Ley 24.556 (B.O. 18/10/95), otorgándosele jerarquía constitucional mediante Ley 24.820 (B.O. 29/05/1997).

figura de desaparición forzada de personas, la cual, al decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una de las más graves y crueles violaciones a los derechos humanos, pues “ (...) *no solo produce una privación arbitraria de la libertad sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido, colocándola a su vez en un estado de completa indefensión, acarreado por consiguiente la violación de otros bienes jurídicos protegidos (...)*”<sup>3</sup>.

La ausencia de tipificación de la figura comentada llevó a algunos tribunales nacionales a juzgar, el accionar llevado a cabo durante el terrorismo de Estado de la década del 70' a la luz de figuras penales incorporadas a nuestro Código Penal (v.gr. Privación ilegítima de la libertad) lo cual para muchos no lució como adecuado para prevenir y sancionar la práctica de las desapariciones<sup>4</sup>. A contraposición de esta tesis se pronunciaron otros, los cuales basados en la presunción de operatividad de los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, propugnaron la aplicación directa de su normativa, rechazando de esta manera la necesidad de una legislación interna que de fuerza operativa a los Tratados de Derechos Humanos.

Esta dicotomía será analizada en el presente trabajo, teniendo como objetivo principal el intentar desentrañar el interrogante de si es aplicable en nuestro derecho interno la figura de desaparición forzada de personas previstas en el ordenamiento jurídico internacional ratificado por nuestro país, más allá de que a misma no se encuentre tipificada por una norma interna, o si ello conlleva la violación flagrante del principio de legalidad previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional como asimismo en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (Art. 11.2 DUDH, Art. 9 CADH y Art. 15.1 PIDCP) ratificados por nuestro país.

## II. La desaparición forzada de personas. Concepto

Se hace necesario brindar una aproximación al concepto que en la actualidad tanto la doctrina como los instrumentos internacionales brindan en relación a la figura penal sometida a estudio, sobre todo si se tiene presente que uno de los requisitos que debe cumplimentar la norma jurídica es el referido al requisito de ley estricta, lo cual exige un cierto grado de precisión en la ley penal, cuestión está que debería tenerse presente al momento del dictado de una ley que abarque en forma suficiente la figura penal sometida a estudio<sup>5</sup>.

En tal sentido la ya citada Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece en su art. II que (para los efectos de dicha Convención) se considera desaparición forzada “ (...) *la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes (...)*”.

Otro de los instrumentos internacionales ratificados por la República Argentina que se refieren a la figura de desaparición forzada de personas es el Estatuto de Roma<sup>6</sup> de

<sup>3</sup> CIDH: Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia del 1/10/1999.

<sup>4</sup> Ya que en definitiva no se entiende como un delito que al decir de la Corte Interamericana implica un conjunto de violaciones a diferentes derechos consagrados en la Convención sea juzgado aplicando una figura penal que no engloba en si misma todos los aspectos de las conductas reprochables.

<sup>5</sup> Sobre todo en lo que respecta a la determinación de los bienes jurídicos que la desaparición forzada de personas afecta.

<sup>6</sup> El cual fue adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, siendo ratificado por la República Argentina el 08 de febrero de 2001.

la Corte Penal Internacional, el cual en su art. 7 tipifica los 11 tipos de actos que se consideran “crímenes de lesa humanidad”<sup>7</sup>, incluyendo entre los mismos a la desaparición forzada de personas a la cual define como la detención o secuestro de personas por un Estado o una organización política o con su autorización, consentimiento o aquiescencia, junto con la negativa a reconocer la privación de la libertad o a proporcionar información sobre la suerte que han corrido los “desaparecidos” con la intención de privarlos de la protección de la ley durante un largo tiempo. Sobre lo estipulado en el Estatuto, es necesario aclarar que cuando el mismo se refiere a la Desaparición Forzada de Personas como “un crimen de lesa humanidad”, lo hace en el sentido de que el delito en cuestión no se presenta de forma aislada o circunstancial, sino, por el contrario, de manera sistemática o generalizada.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>8</sup> -interprete calificado del Pacto de San José de Costa Rica como asimismo de otros instrumentos internacionales que le confieren competencia material<sup>9</sup> ha sostenido que la desaparición forzada de personas constituye un “delito continuado”<sup>10</sup> que afecta de manera compleja los derechos humanos más esenciales, implicando por consiguiente un claro abandono de los valores que emanan de la dignidad humana.

En lo que respecta al ámbito doctrinario se han ensayado algunas definiciones en torno a la figura de desaparición forzada, si bien la mayoría de ellas siguiendo los lineamientos establecidos por los instrumentos internacionales<sup>11</sup> anteriormente descriptos. En tal sentido se ha sostenido que por Desaparición Forzada de Personas debe entenderse “*el secuestro llevado a cabo por agentes del Estado o grupos organizados de particulares que actúan con su apoyo o tolerancia, y donde las víctimas desaparecen*”<sup>12</sup> todo ello ante la negativa de las autoridades de aceptar algún tipo de responsabilidad en el hecho o de dar cuenta del paradero de la víctima.

Del análisis de la normativa precedentemente citada a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como una propuesta de lege ferenda se

---

7 En este punto se debe hacer una salvedad. Y es la referida a que, tal cual lo señala el Dr. Juan Carlos Vega “...el primer registro histórico en lo que respecta a los delitos de lesa humanidad aparece en el Estatuto de Londres del año 1945 que constituye el Tribunal de Nüremberg. Tres clases de crímenes existen para este Estatuto de Londres: a) crímenes de guerra, b) crímenes contra la paz y c) crímenes específicos contra la humanidad. Allí se definen a estos últimos como los que conllevan el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación o la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos. Se trata de crímenes tan antiguos como la humanidad, pero su configuración jurídica aparece recién después de la Segunda Guerra Mundial...”. (VEGA, Juan Carlos, “Los Crímenes de Lesa Humanidad en el Derecho Argentino”. Dirección URL: [www.colegioabogadosdf.com.ar/doctrina.php](http://www.colegioabogadosdf.com.ar/doctrina.php), (consulta: 20/05/2010).

8 Se debe tener presente que para que la decisión de la Corte sea obligatoria para un Estado en el caso concreto, sea necesario que previamente dicho Estado haya reconocido o aceptado la competencia contenciosa de la Corte y esto último es lo que llevó a cabo la República Argentina el 05/09/1984.

9 Como lo es la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

10 Caso Hermanas Serrano Cruz, Excepciones Preliminares, (...), párr. 105.

11 Es preciso destacar que en el ámbito interno se encuentran ciertas normas que se refieren a la cuestión sometida a estudio, pero haciéndolo en lo que aquí interesa de manera indirecta. Entre las mismas se destacan la ley n° 24.321 (sancionada: el 11/05/1994 y promulgada: 08/06/1994) y la ley n° 24.411 (sancionada: el 07/12/1994 y promulgada: el 28/12/1994). La primera de ellas contiene una definición de Desaparición Forzada de Personas y si bien dicha norma está destinada principalmente a regular la declaración de ausencia por desaparición forzada de personas, la definición propuesta nos sirve para delimitar los contornos precisos de la figura en estudio. Es así que en su artículo 2, la norma comentada establece que a los efectos de la dicha ley se entiende por desaparición forzada de personas cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido de la desaparición de la víctima, o si está hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada, bajo cualquier otra forma, del derecho a la jurisdicción. A la par de dicha norma pero con un contenido que satisface los requisitos mínimos del principio de legalidad (en lo que respecta a la definición de las conductas reprochables y a la determinación del margen punitivo correspondiente principalmente en lo que respecta al delito de genocidio) se encuentra la ley 26.200 (sancionada el 13/12/2006 y promulgada el 05/01/2007). Esta norma tuvo como finalidad implementar el Estatuto de Roma como asimismo 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. Esta ley estableció, entre otras cosas, las penas aplicables en la República Argentina en el supuesto de comisión de los delitos de lesa humanidad previstos en el Estatuto de Roma.

12 MALDONADO CONDE, Julio Cesar, El delito de desaparición forzada de personas como protección de los derechos humanos (en línea). Dirección URL: <http://www.servicio.cid.uc.edu.ve>, consultado el 12/05/2010

puede precisar que el delito de desaparición forzada de personas “(...) queda configurado cuando se concretan las siguientes circunstancias: 1) aprehensión de uno o más individuos llevada a cabo en operativos protagonizados por fuerzas armadas o de seguridad o quienes vistiendo de civil actúan con la autorización, el respaldo, la tolerancia de la autoridad estatal, 2) la negativa del gobierno de asumir responsabilidad en el hecho y de llevar a cabo las diligencias necesarias para esclarecer lo sucedido, 3) el rechazo sistemático de las fuerzas actuantes de proveer información sobre la víctima 4) la prolongación indefinida de una situación nebulosa, fronteriza sobre la vida o la muerte (...)”<sup>13</sup>.

### a) Bien jurídico protegido

Siguiendo los lineamientos establecidos por la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede señalar que el delito de desaparición forzada de personas es un delito de ofensa compleja o pluriofensivo, toda vez que le corresponde como objeto de la ofensa tanto el bien jurídico libertad de la víctima cuanto otros bienes jurídicos como lo son la seguridad corporal, la vida humana entre otros. En la desaparición forzada de personas concurren simultáneamente diversas violaciones a distintos derechos, tales como la protección contra la tortura o los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad, el derecho a un proceso imparcial y público y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la igual protección ante la ley<sup>14</sup>.

Sin perjuicio de ello, una posición minoritaria afirma que el delito en cuestión afecta primordialmente la libertad de locomoción de las personas<sup>15 16</sup> y es por ello que el reciente proyecto de ley presentado a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación prevé la incorporación del mencionado delito dentro del título V del Libro Segundo de nuestro Código Penal referido a los “Delitos contra la libertad”, más precisamente como artículo 142 ter<sup>17</sup> (capítulo I: delitos contra la libertad individual).

---

13 Ver BARCESAT Eduardo, MORENO OCAMPO Luis, “La desaparición, Crimen contra la Humanidad”, APDH, Edición 1987, citado por MACHADO, Carlos Fernando, “Habeas Corpus por desaparición forzada de personas”, Doctrina suplemento coleccionable de tribuno, 2001, p. 751.

14 COMISION de DERECHOS HUMANOS, en 59° período de sesiones. Tema 11 b) del programa provisional, E/CN.4/2003/71 pto. 16 pág. 5, citado por Páez, Adrián en su comentario a la norma 23.098 publicado en: ADLA2006-D, 4453 La Ley on line.

15 Este parecería ser el criterio seguido por el entonces Procurador General de la Nación Nicolás Eduardo Becerra en su dictamen pronunciado en relación a la causa Simón, Julio y otros 14/06/2005 (C.S.J.N) en la cual sostuvo “...que el delito de privación ilegítima de la libertad contiene una descripción típica lo suficientemente amplia como para incluir también, en su generalidad, aquellos casos específicos de privación de la libertad que son denominados desaparición forzada de personas. Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto, como lo es el de privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada. Lo anterior significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del delito -más genérico- de los arts. 141 y, particularmente, 142 y 144 bis y ter del Cód. Penal...”.

16 El Dr. Ricardo C. Núñez sostenía que las figuras delictivas pueden clasificarse en tipos de ofensa simple y de ofensa compleja. “...Al tipo de ofensa compleja le corresponde como objeto de la ofensa, más de un bien jurídico. Pero, el título del delito es determinado por el bien jurídico que el legislador considera prevaleciente”...”. (Cfr. Núñez, Ricardo C, Manuel de Derecho Penal. Parte General, 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 145).

17 “Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al agente del Estado, persona o miembros 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, obstaculizando o impidiendo así el ejercicio de los recursos legales o de las garantías procesales pertinentes. Asimismo dicho proyecto establece una disminución en la pena cuando los autores o partícipes liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida”.

## **b) La estructura típica. Tipo objetivo.**

### **Acciones constitutivas del delito.**

En cuanto a las diversas formas en la que se puede materializar la desaparición forzada de personas, la doctrina es conteste en señalar como modos comisivos al arresto, la detención, traslado o cualquier otra forma que implique privación de libertad. En cualquiera de estos casos es fundamental que la actividad se realice en contra de la voluntad de la persona capturada. Esta privación de la libertad debe ir acompañada de otro modo comisivo, como lo es la negativa de los sujetos activos a brindar información acerca del lugar de detención o paradero de la o las víctimas. De otro modo, si los agentes del Estado (en su caso) brindan la información necesaria para la localización de la persona desaparecida no se configurará el delito de desaparición forzada.

### **Sujeto Activo**

En lo que respecta al sujeto activo pueden ser tanto: los agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, como grupos organizados que actúen en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, o particulares que igualmente actúen en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento<sup>18</sup>.

### **Sujeto pasivo**

Puede ser cualquier persona que al momento de llevarse a cabo la conducta punible pueda expresar su voluntad, ya que se entiende que el consentimiento del ofendido excluye la antijuricidad siempre que proceda de persona capaz de comprender la materialidad del acto y no adolezca de vicio alguno.

### **Tipo subjetivo**

Se requiere el dolo directo. La figura en estudio supone que la privación de libertad (en sus diversas formas) se ejerza ilegalmente. Esto implica que la ilicitud debe ser tanto objetiva (el acto es contrario a la ley) como subjetiva (el autor obra a sabiendas de que su conducta es arbitraria)<sup>19</sup>. En última instancia lo que se pretende con este obrar es lograr un estado de absoluta indefensión, al negársele a la víctima y a sus familiares el ejercicio de recursos legales que puedan proteger al sujeto pasivo de los abusos y arbitrariedades de sus "desaparecedores". Además se les niega también el acceso a las garantías de un proceso justo, al impedir todo tipo de defensa<sup>20</sup>.

### **Consumación**

Conforme lo establece en su art. III al Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas "(...) *el delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (...)*".

## **III. ¿Afectación del principio de legalidad?**

Como se desprende de lo mencionado precedentemente, la figura de desaparición forzada de personas se encuentra prevista en el ordenamiento internacional de manera

---

18 Si grupos organizados o algunos particulares proceden a la detención o privación de la libertad de una persona o de un conjunto de ellas, pero actúan de manera independiente, es decir, por iniciativa propia, sin hacerlo en nombre del gobierno, sin su apoyo directo o indirecto, sin su autorización o asentimiento, no se podrá hablar de la comisión del delito de la Desaparición Forzada de Personas.

19 DI RENZI, Luis R, Manual de Derecho Penal Parte Especial dirigido por Ricardo Levene (h), Víctor de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1978, p. 249.

20 Cfre. MALDONADO CONDE, "El delito de (...)", op. cit. p. 9.

pacífica y contundente, siendo su nota definitoria el estar comprendida dentro de los denominados delitos de lesa humanidad, siempre y cuando dicho accionar se realice dentro de una práctica sistemática de desapariciones forzadas. En tal sentido nuestro país, como ya se adelantó, cuenta tanto con instrumentos internacionales de “jerarquía constitucional” como con normas internas que se refieren en distinta medida y con distinta finalidad a la figura sometida a estudio. Sin embargo, ninguna de estas normas tipifica de manera acorde con el principio de legalidad previsto en nuestro ordenamiento interno la figura delictiva de desaparición forzada de personas, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que la aplicación lisa y llana de dicho delito por nuestros tribunales locales, importaría la violación flagrante del principio de legalidad material.

Es así que nos encontramos a resumidas cuentas ante dos situaciones, ante dos criterios que en apariencia se confrontan y que podemos resumir de la siguiente manera:

- por un lado la República Argentina ha ratificado y asignado jerarquía constitucional a determinados instrumentos internacionales (ya mencionados precedentemente) los cuales en su mayoría gozan de la presunción de operatividad, prescribiendo los mismos el deber irrevocable de la República Argentina de prevenir tales conductas como asimismo la obligación de perseguir y juzgar a los autores de las mismas, estableciendo en lo que aquí interesa la figura de desaparición forzada de personas pero sin definir la correlativa pena para tan aberrantes conductas.
- por otro lado nos encontramos con el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) consagrado en nuestra Carta Magna (art. 18 C.N) como asimismo en los tratados internacionales con jerarquía constitucional ratificados por la República Argentina (V.gr: art. 11.2 DUDH, art. 9 CADH y art. 15.1 PIDCP)<sup>21</sup> por medio del cual se establece que solo la “(...) *ley crea delitos y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley haya declarado en forma expresa y previamente (...)*”, sosteniendo autorizada doctrina que “(...) *la legalidad del delito y de la pena se establece para que el habitante tenga la posibilidad de conocerlas, por ende, no se satisface por completo el principio de culpabilidad con la posibilidad de conocimiento del injusto, sino que también se exige el de su punibilidad (...)*”<sup>22</sup>.

En definitiva los interrogantes que surgen de estas cuestiones son los siguientes: si la ley debe establecer previamente las penas en que incurrirá el sujeto en caso de realización de las conductas previstas en el supuesto de hecho: 1) ¿Es posible la aplicación directa en nuestro ordenamiento interno de las figuras penales establecidos en los instrumentos internacionales que no establecen las mencionadas penas a pesar de que dichos instrumentos internacionales gozan de la presunción de operatividad<sup>23</sup>?; 2) ¿Es factible aplicar la normativa internacional sobre desaparición forzada de personas ratificada por la República Argentina a los hechos sucedidos durante la dictadura militar y por consiguiente con anterioridad a la entrada en vigor de los instrumentos internacionales?.

Con respecto al primer interrogante se podría sostener en principio que la aplicación directa de la normativa internacional que establece el delito de desaparición forzada de personas, sin la consiguiente fijación de la pena para tales conductas, implicaría la violación del principio de legalidad toda vez que no se podría admitir que juzgado un

21 LASCANO, Carlos J (h) y otros, Derecho Penal Parte General Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, 2005, p.112.

22 ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro y SLOKAR Alejandro, Derecho Penal, Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 646.

23 Para el Dr. Bidart Campos “...las normas de los tratados de derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional – pero especialmente si las tienen – se deben interpretar partiendo de la presunción de que son operativas, o sea, directamente aplicables por todos los órganos de poder de nuestro Estado. Cada artículo que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativo, por lo menos en los siguientes sentidos (...) c) con el efecto de investir directamente con la titularidad del derecho o la libertad a todas las personas sujetas a la jurisdicción argentina, quienes pueden hacer exigible el derecho o la libertad ante el correspondiente sujeto pasivo...” (BIDART CAMPOS, Germán J. “Relación entre el DIDH y el derecho argentino”, La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, 1ª ed, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 84.

accionar bajo el criterio o los parámetros establecidos en la normativa internacional se impusiera una pena aplicando la analogía jurídica (con la ya consabida prohibición de la misma en materia penal: analogía in malam partem) u otro medio. Para paliar esa situación algunos autores entendieron que no exista problema alguno de tipicidad y por consiguiente de legalidad, pues en definitiva los casos de desaparición forzada de personas englobarían supuestos de privación ilegal de libertad en concurso con torturas o con otra figura prevista en nuestro ordenamiento local como el caso de homicidio agravado por alevosía, es decir delitos que siempre merecieron las penalidades más graves de nuestras leyes positivas<sup>24</sup>.

Con respecto al segundo interrogante la cuestión es distinta. Según lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado la afirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad<sup>25</sup>. En este punto cabe hacer mención a los argumentos esgrimidos por la Sala II de la Cámara Nacional Federal en lo Criminal y correccional en el caso “Astiz”<sup>26</sup>, en donde se sostuvo “(...) *que el principio de legalidad previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional, en cuanto establece la máxima “nullum crimen, nulla poena sine lege” prevalece en el derecho interno, pero resulta inaplicable a los delitos contra la humanidad – como en el caso, de desaparición forzada de personas durante el período comprendido en los años 1976-1984, de naturaleza imprescriptible, en función de la preeminencia que establece el derecho de gentes receptado por el art. 118 de la ley fundamental y asimismo reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...)*”.

En resumidas cuentas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que no hay problema alguno respecto de la aplicación retroactiva de las normas del derecho internacional jerarquizadas constitucionalmente en 1994, en cuanto “ (...) *al momento de la comisión de los hechos del terrorismo de Estado estaba vigente la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad. Es decir, que los tribunales argentinos no harían de modo alguno una aplicación ex post facto de las normas internacionales (...)*”<sup>27</sup> y por consiguiente no se violaría el principio de legalidad, ya que en definitiva este principio debe ser entendido dentro del marco de las normas de ius cogens, la cual constituye la más alta fuente del derecho internacional.

#### IV. Conclusión

La reforma constitucional operada en el año 1994 vino a significar un avance decisivo en lo que respecta a la promoción y protección de los derechos humanos toda vez que, a partir de la incorporación mediante el art. 75 inc. 22 de nuestra carta magna, de los más importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos a los

---

24 Así lo sostuvo el Dr. Eugenio Zaffaroni en el considerando 14 de su voto en la causa Simón Julio H. y otros (14/06/2002) CSJN.

25 Asimismo se dispuso que “... el instituto de la prescripción importa que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia por el transcurso del tiempo; sin embargo la excepción a esta regla está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad (...). Si bien la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no estaba vigente al momento de los hechos, cabe su aplicación retroactiva en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, razón por la que no se estaría forzando el presupuesto de la prohibición de la retroactividad de la ley penal...”, confirmando así de alguna manera, lo ya sostenido en anteriores pronunciamientos en cuanto a la superioridad del derecho internacional frente al derecho interno (Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, causa N° 259— 24/08/2004 — Fallos: 327:3312)

26 C.C y C.F “Causa Nro. 16.071 Astiz Alfredo s/ nulidad -4-5-2000.

27 VEGA, Juan Carlos, “Los Crímenes (...) op. cit. 03”

cuales se les asignó jerarquía constitucional, se posibilitó, no sólo una efectiva protección de los derechos conculcados sino a su vez un mayor conocimiento de estas normas por parte de la opinión pública, el mundo académico, la clase política y la sociedad en general, conformándose así una suerte de “bloque de constitucionalidad”, en donde las mentadas convenciones se ubicaron en la cúspide del sistema normativo argentino.

Si bien el avance en esta materia fue significativo, la omisión de contar en el ámbito interno con un tipo penal que comprenda en forma acabada todos los aspectos que involucra la desaparición forzada de personas es, a simple vista, una cuestión que causa honda preocupación. Mitiga esta sensación el acertado criterio, según mi parecer, impuesto por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, lo cual se presenta acorde con la más importante normativa de derechos humanos como con lo establecido por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

La necesidad de que el delito de desapariciones forzadas de personas sea juzgado por los tribunales locales a partir de una normativa interna acorde a los criterios internacionales, no es solo una cuestión que se deriva de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país sino que ello conduce a entender el derecho como una herramienta eficaz y no meramente formal para lograr en el caso concreto el juzgamiento (en todos sus aspectos) de las conductas analizadas en el presente trabajo.

El adecuado equilibrio que debe mediar en todo Estado de Derecho entre el mentado principio de legalidad y los demás principios imperantes, exige a todas luces la inmediata incorporación a nuestro Código Penal de la figura sometida a análisis ya que no podemos olvidar que el principio de legalidad penal se vincula a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado.

## V. Bibliografía.

- BIDART CAMPOS, Germán J. “Relación entre el DIDH y el derecho argentino”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- DI RENZI, Luis R, *Manual de Derecho Penal Parte Especial* dirigido por Ricardo Levene (h), Víctor de Zavalia Editor, Buenos Aires, 1978.
- LASCANO, Carlos J (h) y otros, *Derecho Penal Parte General libro de estudio*, Advocatus, Córdoba, 2005.
- MACHADO, Carlos Fernando, “Habeas Corpus por desaparición forzada de personas”, *Doctrina suplemento coleccionable de tribuno*, 2001.
- MALDONADO CONDE, Julio Cesar, *El delito de desaparición forzada de personas como protección de los derechos humanos*, en página Web: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Carabobo. Venezuela.
- NUÑEZ, Ricardo C, *Manuel de Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición actualizada por Roberto E. Spinka y Félix González, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999.
- VEGA, Juan Carlos, *Los Crímenes de Lesa Humanidad en el Derecho Argentino*, Dirección URL:[www.colegioabogadosdf.com.ar/doctrina.php](http://www.colegioabogadosdf.com.ar/doctrina.php).
- ZAFFARONI, Eugenio R., ALAGIA, Alejandro, SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.