

3.

Derecho penal

EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS
Y EL DERECHO PENAL BRASILEÑO
[“The Crime of Enforced Disappearance of Persons and
the Brazilian Criminal Law”]

PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA*
Universidad Federal de Rio Grande do Sul, Brasil

RESUMEN

El trabajo examina el hecho de la desaparición forzada de personas ante el Derecho penal brasileño; y verifica que él no encuentra tipificación legal penal en ese Derecho. Debido a ello, la jurisprudencia penal brasileña ha encontrado dificultades, sobre todo en los casos de extradición, en el que el Estado requeriente tiene tipificado dicho delito en su ordenamiento interno y solicita la extradición con base en él. El estudio es conducido, en especial, a través de un fallo judicial.

PALABRAS CLAVE: Desaparición forzada de personas – Derecho penal brasileño.

ABSTRACT

This article examines forced disappearance of people according to the criminal Law of Brazil; and establishes that this concept has not been legally classified in the Brazilian legal system. Due to the foregoing, the Brazilian criminal jurisprudence has found difficulties, especially in extradition cases, where the requiring State has characterized said offense in their internal legal system and extradition is requested based on it. This study was conducted specially based on a legal judgment

KEYWORDS: Forced disappearance of people – Criminal law of Brazil.

* Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal del Rio Grande del Sur, Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Univates. Doctorando en Ciencias Criminales y Magíster en Ciencias Criminales. Investigador del Consejo Nacional de Pesquisa Científica y Tecnológica. Dirección Postal: Rua 24 de Outubro, 111, Conj. 501 (Edificio 5.^a Av. Center) - Moinhos de Vento Porto Alegre/RS - Brasil - CEP 90510-002 Correo electrónico: pablo@advocaciapenal.adv.br

I. DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO Y EL DERECHO APLICABLE

1. *El fenómeno de la desaparición forzada.*

La desaparición forzada de personas es una de las más atroces violaciones a los derechos humanos. En Latinoamérica, como práctica sistemática y generalizada, surgió en la década del 60¹ y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de sus agentes. El inicio de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas que se siguieron, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México. A partir de la década del 70 surgió la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de crear conciencia en los Estados de la gravedad de la práctica y de impedir su desarrollo².

La adopción de la *Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* materializa dicha preocupación. Este instrumento internacional de carácter no convencional fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución N° 47/133, de 18 de diciembre de 1992³.

En nuestro contexto, la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*, adoptada en la ciudad de Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de

¹ Así, por ejemplo, PARAYRE, Sonia, *La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia ratione temporis de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, en *Revista IIDH*, 29 (1999) p. 26; además, véase: VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna, *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal Peruano* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004), p. 40.

² Véase VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna, cit. (n. 1), p. 40.

³ Véase CAMACHO GÓMEZ, Juan José, *La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional*, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, 66 (2007), p. 29. La *Declaración de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* dice que existe desaparición forzada cuando “se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”. Véase también, con un panorama legal hasta la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*, CARRASCO DAZA, Constancio, *La desaparición forzada de personas en la legislación mexicana*, en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, 4 (2006), pp. 91 ss.

la Asamblea General, constituye un instrumento jurídico propio de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que contribuye a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio y proporciona un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho. Dicho aspecto es señalado en el propio preámbulo de la Convención y deja muy claro sus intentos. En el artículo primero se encuentra la normativa que establece el compromiso asumido por los Estados que suscribieron la Convención⁴.

De todos modos, la Convención no deja en claro las medidas ni la forma en que éstas se deben llevar a cabo. Lo que resulta de esto es que los Estados deben estar preparados para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas y eso sólo es posible en cuanto el Estado toma las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención.

Sin embargo, no todos los aspectos podían quedar sin directivas y, por eso, la Convención estableció en el artículo 2 la definición de desaparición forzada. Así dispone el referido artículo: *“Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la 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”*.

En cuanto a eso es importante señalar que, como afirma Modolell González, la consecuencia fundamental de acudir a esta fuente se vincula con la obligación que tienen los Estados parte de tipificar internamente el referido crimen con base en el artículo 2 de la Convención⁵. Dicho de otro modo, de acuerdo a ella los Estados Partes deben adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición

⁴ Artículo 1: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.*

⁵ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de Derechos Humanos*, en AMBOS, Kai (coordinador), *Desaparición forzada de personas* (Bogotá, Temis, 2009), p. 181.

forzada de personas e imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad⁶.

2. *El problema del Derecho aplicable.*

Como se ha dicho, la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* exige a los Estados Partes adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas⁷.

Pues bien, cumple señalar que la suscripción de la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* por el Brasil fue efectuada en febrero de 2007 y a pesar de las directrices legales respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada, no se encuentra dicha tipificación en el ordenamiento jurídico brasileño. La ausencia de tipo penal propio para tal delito en el ámbito doméstico brasileño es debido, ante todo, a dos razones: a la cuestión relativa a si el delito de desaparición forzada no es abarcado por el tipo penal del secuestro previsto en el artículo 148 CP.Bras.; y, además, a que Brasil aun no ha ratificado la Convención, de modo que no se puede decir que la Convención tenga vigencia en el territorio del Estado brasileño.

Ahora bien, los problemas que surgen a partir de ello son entonces: *i*) la posibilidad de abarcamiento del delito de desaparición forzada por el artículo 148 CP.Bras. (delito de secuestro), de modo que el delito sería punible en el ámbito doméstico brasileño, y *ii*) la necesidad (o no) de ratificación para que se proceda a la tipificación exclusiva del delito de desaparición forzada, dado que sólo dicho acto (de ratificación) y el respectivo depósito determinarían la efectiva exigencia de tipificación en el ámbito brasileño.

Estos aspectos se relacionan con la toma de posición del Supremo Tribunal Federal en el fallo que se encuentra en juzgamiento y que se analiza en lo que sigue.

II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Debido a la ausencia de tipificación específica para el delito de desaparición forzada de personas en Brasil, las sentencias respecto a la materia son prácticamente inexistentes. No obstante, un juicio en el Supremo Tribunal Federal es digno de consideración, pues discute la problemática

⁶ Así los artículos 3 y 4 de la Convención.

⁷ Así los artículos 3 y 4 de la Convención.

del abarcamiento de dicho delito por el tipo penal de secuestro; se trata de la extradición N° 974-5.

Tal proceso se encuentra aun en juzgamiento, de modo que ni siquiera hay una decisión a respecto. Sin embargo es de gran interés el análisis del mismo, especialmente de la manifestación de los jueces en votos recientes.

1. *Síntesis del fallo y aspectos procesales.*

El gobierno de Argentina formalizó un pedido de extradición del nacional uruguayo Manuel Cordero Piacentini (“el individuo requerido”), coronel de la reserva del ejército uruguayo, para someterlo a juicio debido a la comisión (reiterada en dos oportunidades) de los delitos previstos en los artículos 210 bis y 144 bis, inciso 1° CP.Arg.⁸. El individuo requerido solicitó refugio al Estado brasileño y, por consiguiente, el juicio fue suspendido. Sin embargo, con la negativa de la postulación de refugio, el individuo requerido fue sometido a prisión preventiva en carácter domiciliar⁹.

De esta forma, el juicio siguió el trámite regular y el individuo requerido fue interrogado. En la defensa presentada, Cordero Piacentini señaló que el Estado solicitante no había precisado las conductas que le son imputadas y destacó también el carácter político del pedido. Además, afirmó haber recibido indulto del gobierno argentino por medio del Decreto N° 1.003/89. Señaló asimismo que los delitos imputados estaban prescritos y, por supuesto, postuló la negación de la extradición.

Debido a la coincidencia de pedidos, a esta Extradición N° 974-5 fue

⁸ El artículo 210 bis dice: “*Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) Estar integrada por diez o más individuos; b) Poseer una organización militar o de tipo militar; c) Tener estructura celular; d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos*”. El artículo 144 bis, por su lado, expresa: “*Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: 1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal*”

⁹ Véase el Informativo del STF No. 533, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo533.htm>, en especial el punto “Extradicação: Prisão Domiciliar e Saúde do Extraditando”.

agregada la Extradición N° 1.079, la cual el gobierno de Uruguay formalizó contra Piacentini por delitos semejantes, más precisamente, los delitos previstos en los artículos 150, 281 y 282 CP.Urug.

La Fiscalía, en su dictamen, afirmó que ambos pedidos de extradición tratan de la desaparición del ciudadano argentino Adalberto Waldemar Soba Fernandez, ocurrida en 1976 en Argentina. Sin embargo, en razón del artículo 25, 2, letra a) del Acuerdo de Extradición firmado entre países del Mercosur, la preferencia del juicio debe darse al Estado en el cual fue cometido el delito; además, el propio artículo 78 de la Ley N° 6.815/1990 de Brasil (“Estatuto del extranjero”) dispone en este mismo sentido¹⁰, por lo que la preferencia del juicio debe ser para el pedido formalizado por Argentina.

En cuanto a los requisitos legales exigidos por la Ley N° 6.815/1990¹¹, de Brasil, para el pedido de extradición, la Fiscalía señaló que todos fueron cumplidos. Respecto de los hechos cometidos, afirmó además, que el individuo requerido participó de la “Operación Cóndor”, identificada como “organización terrorista, secreta y multinacional para cazar adversarios políticos”¹² de Brasil, Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay y Bolivia en el período de 1970 y 1980; además, participó de acciones militares que resultaron en el secuestro de personas. Además, la Fiscalía enfatizó que dichos delitos se encuentran tipificados en el Código Penal argentino y en la Ley N° 24.556, por medio de la cual Argentina ratificó la *Convención interamericana sobre la desaparición forzada de personas*, aprobada por la ONU. Asimismo resaltó que en febrero de 2007, Brasil firmó dicha Convención, manifestando su interés en la represión de estos delitos, pero no

¹⁰ Artículo 78: “Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. § 1º Tratando-se de crimes diversos, terão preferência sucessivamente: I. o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira; II. o que em primeiro lugar houver pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica; e III. o Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos. § 2 Nos casos não previstos decidirá sobre a preferência o Governo brasileiro. § 3º Havendo tratado ou convenção com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que disserem respeito à preferência de que trata este artigo”.

¹¹ Artículo 77: “São condições para concessão da extradição: I. ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e II. existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no artigo 81”

¹² Véase el Informativo del STF No. 526, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo526.htm>, sobretodo el punto “Extradição: Desqualificação do Crime de Seqüestro e Morte Presumida”.

ratificó la Convención y por tanto ella no tiene aplicación en lo relativo a la doble incriminación del delito de desaparición forzada de personas.

Por consiguiente, la Fiscalía sostuvo que las conductas imputadas al individuo requerido –artículos 210, y 144 bis, inciso 1º CP.Arg.– corresponden a los artículos 288, párrafo único (delito de cuadrilla o bando) y 148, párrafo 2.º (secuestro) CP.Bras.

Sin embargo la problemática aquí radica en la aplicabilidad o no aplicabilidad al hecho, del tipo penal de secuestro. La Fiscalía entiende que, según las informaciones del Estado requirente, el individuo requerido participó en el secuestro de varias personas, las cuales hasta ahora no fueron liberadas y que, a pesar del tiempo transcurrido, no se puede decir que están muertas, pues los cuerpos no fueron encontrados. Además, señala que el delito de secuestro, tanto en la legislación brasileña como argentina, cumple las exigencias de los Artículos 2 y 5 del Acuerdo de Extradición del Mercosur, pues la pena de privación de libertad para este delito es mayor a dos años y en el caso no se verifica la naturaleza política. Por fin, resalta que la afirmación del individuo requerido en cuanto al indulto, no procede, pues tal indulto fue declarado inconstitucional por las autoridades del Estado solicitante. Por todo esto la Fiscalía se manifestó a favor de la concesión de la extradición.

Ahora bien, en las manifestaciones de los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil en sus votos en el juicio de la extradición, se verifica gran divergencia, pero la manifestación más contundente corresponde al voto del Ministro Relator, lo cual nos remite al análisis del aspecto material.

2. El Derecho penal material.

En un sorprendente voto, el ministro relator, Marco Aurélio Mello, del Supremo Tribunal Federal de Brasil, presenta una manifestación contundente respecto de la materia.

En relación con el delito tipificado en el artículo 210 CP.Arg. – que como se dijo, corresponde al delito previsto en el artículo 288 CP.Bras.– entiende el juzgador extinta la punibilidad debido a la prescripción. Eso en virtud de que la prescripción de la pretensión punitiva, según la legislación brasileña, ocurre transcurridos doce años, y, según la legislación argentina luego de quince años. Así, de todos modos la prescripción habría tenido lugar.

Ahora, según la opinión del juzgador, no se tiene cumplido el requisito de la doble incriminación. Eso es así, pues la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas no fue ratificada por Brasil, a pesar de la suscripción en febrero de 2007. Con esto, el ministro del Supremo

Tribunal Federal de Brasil apartó la posibilidad de que la Convención integre el orden jurídico brasileño.

Además, la imputación al individuo requerido adopta matices peculiares si se lo compara con el delito de secuestro y, por tanto, el tipo penal de secuestro queda apartado. El ministro entiende que en este contexto el vocablo desaparición no se corresponde al secuestro previsto en el artículo 148 CP.Bras. La desaparición forzada del ciudadano argentino, según cree el Ministro, alcanza la propia muerte –que estaría implicada en el tipo–, es decir, alejar personas que podrían poner en riesgo el régimen existente. Por eso se hace referencia a la organización terrorista secreta y multinacional para cazar adversarios políticos de los regímenes militares. Con esto, estando claro el sentido del concepto de desaparición, como acto de desaparecer, no se tiene la doble incriminación. En otros términos, los hechos narrados no permiten la aplicación del artículo 148 CP.Bras. Como ha dicho el juzgador, se trata de una situación concreta diversa en la cual la práctica delictuosa alcanzó la propia vida de las víctimas.

En resumen: el juzgador sostiene que: *i*) el delito de secuestro previsto en el artículo 148 CP.Bras. no corresponde al delito de desaparición forzada de personas; *ii*) los hechos presentados no son *per se* abarcados por el delito de secuestro; y *iii*) debido a la falta de tipo penal para el delito de desaparición forzada de personas no se cumple el requisito de doble incriminación para la concesión de la extradición.

Pues bien, para que se pueda decir que el tipo penal de secuestro del Código Penal brasileño abarca la conducta de desaparición forzada de personas es necesario verificar su compatibilidad con la definición-modelo presentada por la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas*. En este sentido cumple proceder a un examen dogmático de ambas disposiciones a fin de señalar los aspectos esenciales del tipo objetivo de los mismos. Para eso es necesario puntualizar los aspectos inherentes a dicha definición y eso depende del examen de otros instrumentos legales.

3. *Desaparición forzada de personas.*

La definición que ofrece la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de las Naciones Unidas entiende que ocurre la desaparición forzada de personas cuando: “*se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley*”.

La *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* estableció en el artículo 2 la definición del delito de desaparición forzada, como citado anteriormente: “*Para los efectos de la presente 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*”.

La definición presentada por la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas*, según Carrasco Daza, acoge lo regulado en el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*, cuyo artículo 7 amplía en el ámbito de protección de las personas al considerar también como agente activo de este delito a organizaciones políticas no estatales. Antes de esa definición, la desaparición forzada era atribuida exclusivamente al Estado¹³. El Estatuto señala en el artículo 7, 2, letra i) que el delito de desaparición forzada de personas radica en “*la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado*”.

Sin embargo, como ha dicho Modolell González, entre ambas disposiciones existen claras diferencias, pues la Convención regional expresa que el autor solo puede ser un agente del Estado, o una persona que obre con la autorización, apoyo o aquiescencia de él. De otro modo, el “Estatuto de Roma” establece como posibles autores del delito, el Estado o una “organización política”. Con eso el Estatuto parece prever la posibilidad de que miembros de una organización subversiva enfrentada al Estado, paramilitar o guerrillera, puedan cometer este hecho punible¹⁴.

A pesar de las diferencias conceptuales que se pueda verificar en las definiciones presentadas por estos instrumentos internacionales, es posible extraer los elementos comunes que, en términos de Camacho, permiten “entender la mecánica del fenómeno y anticipar la magnitud de su gravedad”¹⁵.

Así, es de suma importancia la determinación del interés protegido en la desaparición forzada de personas, pues ayuda a establecer el alcance

¹³ Cfr. CARRASCO DAZA, Constancio, cit. (n. 3), p. 95.

¹⁴ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, cit. (n. 5), p. 182.

¹⁵ Cfr. CAMACHO GÓMEZ, Juan José, cit. (n. 3), p. 31.

de la conducta punible y el momento de su consumación. A pesar de la divergencia existente en cuanto a eso¹⁶, se entiende de modo general que se trata de un delito “pluri-ofensivo” o de violación múltiple. Creemos más adecuada la opinión de Ambos y Böhm, de que el bien jurídico en estos delitos se muestra en una doble expresión: *i*) en lo personal se ve afectado el ejercicio de los derechos para la salvaguardia de los derechos del primer nivel tales como la integridad física, la libertad, el derecho a no ser sometido a tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; y *ii*) en lo colectivo, se ve afectado el interés social en el normal funcionamiento de la administración de justicia¹⁷.

Los elementos que integran el tipo objetivo de la definición-modelo presentada por el artículo 2 de la Convención se refieren a:

i) la privación de libertad, en cuanto conducta punible, la cual comprende, por supuesto, toda y cualquiera supresión de la libertad, independientemente de la forma que adopte esta privación; de modo general se trata de una privación ilegal de libertad, que en primer momento puede manifestarse como una acción legal del Estado, como dice Camacho, “en la que se hayan observado las formalidades que requiere la ley para dicha privación de la libertad, disfrazándola así como un acto legítimo de autoridad”¹⁸;

ii) agentes del Estado o personas o grupos de personas con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, como autores; en todos los casos es necesaria la participación del Estado, aunque existe la posibilidad de que el hecho sea cometido por actores no estatales, es decir, la participación del Estado puede darse de forma directa (por sus propios agentes) o indirecta (cuando personas ajenas al Estado cometen el hecho con su autorización, apoyo o aquiescencia)¹⁹;

iii) una o más personas cualquiera, como víctima, es decir, sin ninguna especificidad en lo que se refiere a la posibilidad de ser víctima; y

iv) el especial fin de actuar que radica en la falta de información o en la negativa a reconocer la privación o a informar el paradero de la persona,

¹⁶ Para un análisis sucinto a respecto de eso véase: AMBOS, Kai - BÖHM, María Laura, *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*, en AMBOS, Kai (coordinador), *Desaparición forzada de personas*, cit. (n. 5), p. 206.

¹⁷ Cfr. AMBOS, Kai - BÖHM, María Laura, cit. (n. 16), p. 206.

¹⁸ Cfr. CAMACHO GÓMEZ, Juan José, cit. (n. 3), p. 31.

¹⁹ Cfr. CARRASCO DAVA, Constancio, cit. (n. 3), p. 95, antes de la definición establecida por la Convención, la desaparición forzada era atribuida exclusivamente al Estado.

para impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes²⁰.

Dichos elementos como un todo, sin duda, son imprescindibles para que se pueda hablar de tipicidad objetiva del delito de desaparición forzada de personas²¹.

Además, es muy importante indicar algunas características del delito de desaparición forzada de personas. Como ha dicho Fernández, el concepto señalado describe los elementos configuradores del delito y, ante todo, establece el carácter permanente o continuado (en el artículo 3 del *Estatuto de la Corte Penal internacional*²²) de la desaparición forzada de personas mientras no se determine el paradero, así como la calidad de delito común con el fin de imposibilitar el juzgamiento por jurisdicciones especiales, en particular la militar²³.

Sin duda, bajo la perspectiva dogmática, hay gran impropiedad en cuanto a dicha clasificación, pues el delito permanente no debe confundirse con el delito continuado²⁴. En la literatura brasileña, Bitencourt afirma que el crimen continuado ocurre cuando el agente, por medio de más de una conducta, practica dos o más crímenes de la *misma especie*, de modo que, por las condiciones de tiempo, lugar, manera de ejecución y otras, los subsecuentes deben ser habidos como continuación del primero²⁵.

Además, por medio de la especificación “*agente, personas o grupos*”, el delito es caracterizado como de *concurso necesario*, pues requiere para su realización la participación de varias personas.

Por otra parte, la conducta de desaparición forzada de personas, como

²⁰ En el mismo sentido AMBOS, Kai - BÖHM, María Laura, cit. (n. 16), p. 204, nota 29 y p. 211.

²¹ En sentido semejante véase CAMACHO GÓMEZ, Juan José, cit. (n. 3), p. 31.

²² Así dice el artículo 3: “*Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*”

²³ Véase VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna, cit. (n. 1), p. 44.

²⁴ Así también MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis, cit. (n. 5), p. 192, con una crítica a la Convención Interamericana: “Aunque la Corte ya la Convención Interamericana (artículo 3) empleen la frase ‘delito continuado’, el término correcto que se debiere utilizar sería el de ‘delito permanente’, ya que en derecho penal, el primer término mencionado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo”

²⁵ Cfr. BITENCOURT, Cezar Roberto, *Código Penal comentado* (São Paulo, Saraiva, 2009), p. 207; véase también: GRECO, Rogério, *Curso de Direito penal* (Rio do Janeiro, Impetus, 2007), I, p. 110: “*diz-se permanente o crime quando a sua execução se prolonga, se perpetua no tempo*”.

se verifica del bien jurídico protegido ya citado, viola múltiples derechos esenciales de carácter inderogable, tales como, de un lado, la libertad física, el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la integridad personal y hasta el derecho a la vida²⁶, y, de otro lado, el interés social en el normal funcionamiento de la administración de justicia.

4. *Secuestro.*

Pues bien, deben señalarse ahora los límites del tipo penal del secuestro según el modelo jurídico brasileño, a fin de verificar, a partir de ahí, la compatibilidad o no de ambos delitos. El delito de secuestro se encuentra tipificado en el artículo 148 CP.Bras., el cual reza: “*Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado. Pena: reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos*”

El tipo objetivo del delito de secuestro presenta como conducta punible la privación de libertad por medio de secuestro o cárcel privada. Según Bitencourt, la privación de libertad en el secuestro radica en la imposibilidad de la víctima de irse o apartarse libremente; además no es necesaria la absoluta imposibilidad de la víctima de apartarse del lugar en el cual fue colocada o retirada por el autor del hecho; es suficiente con que no pueda hacerlo sin grave riesgo personal, independientemente del medio escogido²⁷. En cuanto al *modus operandi*, hay dos hipótesis: el secuestrar o el encarcelar. La ley no diferencia entre ambos comportamientos, por lo que la propia doctrina y la jurisprudencia procuran hacerlo: la cárcel privada radica en encierro o encarcelación, mientras que en el secuestro la privación de libertad no comprende límites tan estrechos. Además, la ley no exige ninguna calidad o condición particular, de modo que cualquier persona puede ser autor del delito. Dicho delito tampoco exige un número determinado de individuos, por tanto es suficiente un sólo individuo para cometerlo.

En lo que respecta al aspecto subjetivo, el tipo no exige elemento subjetivo especial del injusto, ni un fin especial²⁸. En definitiva debe observarse, como señaló Ambos, “que existiría precisamente una diferencia entre una mera aprehensión y una aprehensión con el fin de hacer desaparecer a una

²⁶ Véase CARRASCO DAZA, Constancio, cit. (n. 3), p. 95.

²⁷ Véase BITENCOURT, Cezar Roberto, cit. (n. 25), p. 486; EL MISMO, *Tratado de Direito penal*, PE, p. 374-375; además GRECO, Rogério, *Código Penal comentado* (Rio do Janeiro, Impetus, 2007), p. 335; también DELMANTO, Celso y otros, *Código Penal Comentado* (São Paulo, Renovar, 2002), p. 318.

²⁸ Véase BITENCOURT, Cezar Roberto, cit. (n. 25), p. 487; EL MISMO, cit. (n. 27), pp. 375-376.

persona”²⁹, lo que, por tanto, es suficiente para aclarar la diferencia entre el tipo penal de secuestro en Brasil y el delito de desaparición forzada de personas, conforme la definición-modelo de la Convención.

Sin duda, como se dijo más arriba, la *Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*, en sus Artículos 3 y 4, exige a los Estados Partes adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas³⁰. De eso resulta que dicho *deber* sólo se impone después del depósito de la ratificación del instrumento legal. Como Brasil no ha ratificado la Convención se puede decir, en principio, que no incide el deber de adoptar las medidas legislativas para tipificar el delito de desaparición forzada de personas. Sin embargo, nada impide la introducción de un tal tipo penal en el ordenamiento jurídico brasileño. En este sentido se puede apuntar como ejemplo el propio modelo colombiano, que insertó el tipo penal de desaparición forzada de personas ya antes de la ratificación de la Convención.

III. CONCLUSIÓN

Los procesos de extradición N^{os} 1.079 y 974-5 actualmente se encuentran bajo juzgamiento. De los once ministros que integran el Supremo Tribunal Federal, cinco presentaron sus votos en el sentido de conceder la extradición al gobierno de Argentina, de modo que el pedido de extradición uruguayo quedaría así perjudicado. Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, el argumento presentado por el ministro relator parece ser del todo razonable y coherente con la idea del sistema brasileño. Además, cumple señalar que entre los delitos de desaparición forzada de personas y de secuestro se encuentran diferencias dogmáticas fundamentales.

[Recibido el 14 de marzo y aceptado el 12 de abril de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai - BÖHM, María Laura, *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*, en AMBOS, Kai (coordinador), *Desaparición forzada de personas* (Bogotá, Temis, 2009).
- AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducido por Ezequiel Malarino, Montevideo, Temis - Duncker & Humblot, 2005).

²⁹ Véase AMBOS, Kai, *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducido por Ezequiel Malarino, Montevideo, Temis - Duncker & Humblot, 2005), p. 378.

³⁰ Así los artículos 3 y 4 de la Convención.

- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Código Penal comentado* (São Paulo, Saraiva, 2009).
- BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito penal. Parte Especial* (São Paulo, Saraiva, 2000).
- CAMACHO GÓMEZ, Juan José, *La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional*, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, 66 (2007).
- CARRASCO DAZA, Constancio, *La desaparición forzada de personas en la legislación mexicana*, en *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, 4 (2006).
- Código Penal* Brasileño, Decreto-Lei N° 2.848/1940.
- Código Penal* de la Nación Argentina. Ley N° 11.179/1984.
- Código Penal* de Uruguay. Ley N° 9.155/1933.
- Convención interamericana de desaparición forzada de personas*, de 1994.
- DELMANTO, Celso y otros, *Código Penal Comentado* (São Paulo, Renovar, 2002).
- GRECO, Rogério, *Código Penal comentado* (2.^a edición, São Paulo, Ímpetus, 2009).
- GRECO, Rogério, *Curso de Direito penal* (Rio do Janeiro, Impetus, 2007).
- Ley N° 599/2000 - Colombia.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis, *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de Derechos Humanos*, en AMBOS, Kai (coordinador), *Desaparición forzada de personas* (Bogotá, Temis, 2009).
- PARAYRE, Sonia, *La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia ratione temporis de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, en *Revista IIDH*, 29 (1999).
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, Giovanna, *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal Peruano* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004).