

DEPARTAMENTO  
ACADÉMICO DE  
**DERECHO**



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**LA DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS  
COMO DELITO PERMANENTE: CONSECUENCIAS  
DOGMATICO PENALES**

**Cuaderno de Trabajo N° 11**

Yván Montoya Vivanco  
Departamento Académico de Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú

Marzo, 2009

Décimo primer Cuaderno de Trabajo del  
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“La Desaparición Forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales”

© Yván Montoya Vivanco

© Departamento Académico de Derecho de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Av. Universitaria 1801, San Miguel  
Lima 32, Perú

Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No.  
ISBN:

Impreso en Perú  
Marzo, 2009

## INTRODUCCION

Determinar si el delito de desaparición forzada de personas (artículo 320 del Código Penal) constituye o no un delito permanente resulta complejo, al margen de las declaraciones que sobre ello han realizado los instrumentos internacionales de derechos humanos o las sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado sobre el referido delito. Efectivamente, ni los instrumentos antes mencionados ni el Tribunal Constitucional han explicado meridianamente las razones para calificar el delito de desaparición forzada como permanente. Peor aún, tanto la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo III) como la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada (artículo 8) confunden, desde una perspectiva penal, la naturaleza de los delitos permanentes con los delitos continuados.

Es por tal motivo que aparece necesario, en este capítulo, establecer las características del delito permanente de tal manera que podamos evaluar posteriormente si el delito de desaparición forzada de personas cumple con las mismas.

Afirmado el carácter permanente del citado delito, corresponde explicitar los efectos dogmáticos que implica esta calificación. Nos referimos especialmente al problema de la aplicación de este delito en el tiempo (principio de irretroactividad de normas penales desfavorables), al concurso con otros delitos, específicamente con el delito de secuestro con el que mantiene algunas características comunes, a la prescripción y finalmente, con la posición de garante de agente estatal.

## I. LOS DELITOS PERMANENTES: CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES

Señala Ragno<sup>1</sup> que si bien en el Derecho Romano no existía una manifestación expresa sobre los delitos permanentes, sí se aprecia en el digesto algunas referencias a la continuación en el delito que se asemejarían a la idea de un delito estado, esto es, un delito instantáneo con efectos permanentes. Desde ese entonces y durante mucho tiempo ha predominado la confusión entre la naturaleza permanente de algunos delitos con las otras figuras afines antes indicadas: delito continuado y delito estado<sup>2</sup>.

En la actualidad, si bien se ha procedido a una mejor especificación de la figura del delito permanente (prolongación de la situación antijurídica sostenida por el agente), no queda claro aún el factor que califica la prolongación de la situación antijurídica: la conducta, el resultado, la consumación u los dos primeros elementos. Sobre este aspecto incidiremos en las líneas siguientes.

### 1. *Tesis que explica la prolongación de la situación antijurídica en la extensión de la conducta típica*

Un primer sector de la doctrina señala que lo que se extiende en el tiempo es la conducta típica. Efectivamente, Giovanni Fiandaca y Enzo Musco<sup>3</sup>, luego de caracterizar el delito permanente como aquella situación ilícita que el reo puede controlar voluntariamente y que perdura en el tiempo, señala a partir del ejemplo del delito de secuestro que en estos delitos se reitera el comportamiento dirigido a impedir que la víctima recupere su libertad. Esta posición se aprecia de manera evidente en el profesor italiano Pecoraro Albani quien señala que lo antijurídico es el comportamiento, la voluntad, mas no un estado<sup>4</sup>. En ese sentido, en el delito permanente, según el autor mencionado, lo que se prolonga es el comportamiento antijurídico. Como puede evidenciarse, se aprecia un énfasis sustancial en caracterizar al delito permanente sobre la base de la prolongación de la conducta típica.

Una observación central que podemos hacer, desde nuestra perspectiva, a esta teoría se refiere a la concepción de injusto del que partimos. Para nosotros el injusto típico tiene una estructura dual y lo compone tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado<sup>5</sup>. Bajo esta óptica, no es suficiente la caracterización del delito permanente sobre la base del desvalor de acción pues el desvalor del resultado debe constituir también un elemento esencial de este tipo de delitos.

<sup>1</sup> Citado por LLORIA GARCÍA, Paz. Aproximación al estudio del delito permanente. Editorial Comares. Granada. 2006. p. 11.

<sup>2</sup> LLORIA GARCÍA, Paz. Op. Cit. pp. 12-13.

<sup>3</sup> FIANDACA, Giovanni y ENZO MUSCO. p. 651. Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá. 2006. p. 651.

<sup>4</sup> LLORIA GARCÍA, Paz. Op. Cit. p. 18.

<sup>5</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. Sobre el contenido de la antijuricidad. Ed. Madrid. 1984. p.

2. *Tesis que explica la prolongación de la situación antijurídica en la extensión de la consumación del delito*

Otro sector de la doctrina, si bien parte de las posiciones anteriores en el sentido de resaltar la prolongación de la conducta antijurídica (desvalor de acción) afirma luego, que ello incide en la extensión del momento de la consumación de un delito, aspecto este último que caracterizaría a los delitos permanentes. Así por ejemplo, de acuerdo con Mir Puig<sup>6</sup> el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del agente por lo que, según el mismo autor, el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. De semejante idea se manifiestan Méndez Rodríguez y Otros<sup>7</sup> cuando definen el delito permanente como aquel en que el momento consumativo se prolonga en el tiempo por voluntad del autor. No extraña que estas posiciones junto a la primera mencionada tengan en común su posición tendencialmente monista del injusto, esto es, aquellos que consideran que el mismo lo compone en esencia el desvalor de la conducta, siendo el desvalor del resultado un elemento de valor accesorio o una condición objetiva de punibilidad<sup>8</sup>. Como puede apreciarse, esta concepción monista no impide a los autores antes mencionados hacer referencia a la prolongación de la consumación como dato característico de los delitos permanentes. Y es que, como veremos posteriormente, la consumación es un concepto formal que no incide en mayor medida sobre la concepción del injusto.

La referencia a la prolongación de la consumación es una caracterización muy común en la doctrina que involucra no sólo a aquellos que mantienen posiciones monistas sobre lo injusto, sino también posiciones dualistas (desvalor de acción y desvalor de resultado). Así, por ejemplo desde una posición dualista se manifiestan Bustos Ramírez<sup>9</sup> y Luzón Peña<sup>10</sup>. Este último refiere que en los delitos permanentes se crea con la consumación una situación antijurídica duradera (de lesión o peligro para el bien jurídico) que se mantiene o puede cesar por la conducta del autor<sup>11</sup>. En la doctrina peruana sigue esta postura el profesor Villavicencio<sup>12</sup> el cual señala que en este tipo de delitos “se prolonga la consumación, creándose un estado antijurídico mantenido por el agente”.

<sup>6</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8º Edición. Ed. Reppertor. Barcelona. 2008. p. 224.

<sup>7</sup> MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina y otros. Derecho Penal. Parte General. Ed. Universitas. Universidad de Salamanca. 2003. p. 94.

<sup>8</sup> El profesor WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, quien parte de una concepción monista del injusto (injusto como desvalor de la conducta) define el delito permanente como los autores antes indicados, esto es, como aquel delito en que se da unidad de acción en el que pertenece a la acción típica no sólo la fundamentación sino también el mantenimiento de la situación antijurídica permanente.

<sup>9</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Ed. Ariel. Barcelona. 1989. p. 191.

<sup>10</sup>

<sup>11</sup> LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Editorial Universitas. 1996. p. 315.

<sup>12</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Ed. Grijley. Lima. 2006. p. 684.

El profesor Luzón Peña, explicitando de mejor manera su posición dualista, señala que en el delito permanente la prolongación de la consumación se corresponde con la extensión de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esto es, la extensión del desvalor del resultado. Esta es una posición interesante que retomaremos al plantear nuestra perspectiva.

### 3. *Delito permanente y consumación del delito: observaciones críticas*

Cabe en este punto, plantear nuestras observaciones a aquellas posiciones que, al margen de las premisas de las que parten, determinan como uno de los elementos que caracteriza al delito permanente la extensión de la consumación del delito.

La consumación del delito es una categoría formal dentro del proceso de desarrollo del delito. Categoría que se sitúa luego de la tentativa y antes de la terminación y agotamiento del delito. La doctrina mayoritaria<sup>13</sup> define la consumación como la realización o producción de todos los elementos del tipo objetivo (elementos descriptivos, normativos y subjetivos) del delito previsto en la Parte Especial del Código Penal. En otras palabras, a penas se evidencie la realización de todos los elementos que se describen en el tipo objetivo la consumación se habrá verificado. Desde esta perspectiva, y en lo que se refiere a la consumación, no existe mayor diferencia entre un delito instantáneo y un delito permanente. Así lo sostiene Paz Lloria García cuando afirma:

“A mi entender, y entrando ya en el estudio de la última de las posiciones expuestas la más adecuada es la tesis que sostiene que en los delitos permanentes la consumación es instantánea.

Si por consumación se entiende como he dicho, el momento en que aparecen todos los elementos del tipo, no se puede negar que esta se produce en un instante, lo que sucede en todos los delitos.”<sup>14</sup>

Un ejemplo puede ilustrar la posición sostenida. El secuestro, ejemplo típico de un delito permanente, de acuerdo con nuestro Código Penal se configura cuando una persona (el autor), sin derecho, motivo, ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad (artículo 152 del Código Penal). De acuerdo con esta redacción apenas una persona sea privada de libertad por un tiempo mínimamente relevante sin causa o motivo justificante el delito de secuestro se habrá consumado, aunque la privación de la libertad permanezca o se prolongue por un tiempo mayor. El tiempo que corre desde la consumación del

<sup>13</sup> MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 355; JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Comares. Granada. 1993. p. 468; LUZON PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 350, entre otros.

<sup>14</sup> LLORIA GARCIA, Paz. Op. Cit. p. 105

delito hasta que cesa la privación de la libertad corresponde a una etapa que un sector de la doctrina a la cual seguimos, denomina terminación del delito<sup>15</sup> y que la distingue de la fase tradicionalmente conocida como de agotamiento del delito.

La posición antes planteada nos lleva a hacer algunas precisiones con relación a la terminación y al agotamiento como fases del delito. Un sector de la doctrina penal<sup>16</sup> no distingue entre ambos conceptos asociándolos a las finalidades ulteriores del sujeto activo, las mismas que no resultan relevantes desde la perspectiva del tipo objetivo. Respecto del agotamiento Bustos señala que se trata de una fase en la que el sujeto activo ha logrado todos sus propósitos delictivos, específicamente en aquellos casos en los que el delito prevé elementos de intención trascendente lo que es irrelevante para la consumación del delito<sup>17</sup>. En nuestra concepción el agotamiento es un concepto que se distingue de la terminación del delito el cual sí constituye una fase con relevancia jurídico penal. En efecto, siguiendo la concepción de Lloria García, la terminación debe identificarse con la consumación material (no formal) del delito y en ese sentido debe diferenciarse del concepto de agotamiento antes señalado. La consumación material está relacionada con la idea de finalización o cese de la afectación al bien jurídico, aspecto éste último que no es cubierto por el concepto formal de consumación<sup>18</sup>.

Estas afirmaciones quedan confirmadas por el Código penal cuando en el artículo 82 inciso 4 se regula el momento del inicio de la prescripción en los delitos permanentes. De acuerdo con esta regulación la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación (este momento es propio de los delitos instantáneos<sup>19</sup>), sino con la cesación de la permanencia<sup>20</sup>. La cesación de la permanencia es la consumación material o terminación que mencionábamos anteriormente.

Entendido el contenido de lo injusto como desvalor de acción y como desvalor de resultado, consideramos que ningún delito, entre ellos los delitos permanentes, pueden exceptuarse de los elementos antes mencionados. De esta

<sup>15</sup> Esencialmente JESCHECK, Hans Heinrich. Op. cit., p. 237. Este autor sostiene que en los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, por lo que el hecho se renueva constantemente. Sin embargo la posición de este autor no hace referencia a la consumación la cual considera que en los delitos permanentes se produce en un momento anterior a la terminación del delito. Igualmente LLORIA GARCIA, Paz. Op. Cit. P. 127.

<sup>16</sup> MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 355.

<sup>17</sup> Sobre la irrelevancia penal de la fase de agotamiento del delito, entendida como aquella en la cual se realizan todos los fines perseguidos por el autor, ver BUSTOS RAMIREZ, Juan. Op. Cit., 319; PUIG MIR, Santiago. Op. Cit. p. 355. En la doctrina peruana VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 423.

<sup>18</sup> LLORIA GARCIA, Paz. Op. Cit. p. 100.

<sup>19</sup> En los delitos instantáneos el momento de la situación antijurídica coincide con la consumación del delito, esto es, a penas de verifique la realización de todos los elementos objetivos del tipo penal respectivo (artículo 82 inciso 2).

<sup>20</sup> El artículo 82 inciso 4 del CP señala que en el delito permanente la prescripción comienza a partir del día en que cesa la permanencia.

manera, entonces, la prolongación de la situación antijurídica que caracteriza a los delitos permanentes debe tener una incidencia sobre estos elementos. Así lo sostiene Paz Lloria<sup>21</sup> cuando opta por las posturas mixtas, esto es, aquellas que parten de la inescindibilidad del binomio afectación del bien jurídico y continuidad de la conducta peligrosa o lesiva.

En el mismo sentido, Rampioni argumenta que no es infundado pensar que son permanentes los delitos para cuya existencia la ley requiere que la ofensa al bien jurídico se prolongue en el tiempo (desvalor de resultado) la misma que se deriva del mantenimiento del comportamiento peligroso del agente (desvalor de acción)<sup>22</sup>.

Finalmente, desde la perspectiva del desvalor del resultado en los delitos permanentes (prolongación de la ofensa al bien jurídico), resulta importante remarcar la necesidad de que el bien jurídico en este tipo de delitos permita la prolongación de su lesión o del peligro efectivo. En este sentido, cabe recordar que por lesión de un bien jurídico no debe entenderse necesariamente la destrucción del mismo<sup>23</sup>. De hecho no todos los bienes jurídicos son susceptibles de destrucción, entendida esta como modificación irreversible de la realidad tangible. Se ha citado el bien jurídico honor como ejemplo de flexibilidad, pero pueden citarse también la libertad, la intimidad o los bienes jurídicos supraindividuales. Todos ellos no son destruibles, en el sentido naturalístico del término, sino comprimibles, susceptibles de constricción o perturbables en su función valiosa<sup>24</sup>. La libertad frente al secuestro, por ejemplo, no resulta destruible en el sentido como entendemos la destrucción de la vida en un delito de homicidio. Durante un secuestro la libertad se comprime considerablemente, sin embargo al término de la conducta prohibida aquella se restituye, retomando su forma original. Se trata, entonces a decir de Lloria García, de bienes que deben poseer cierta elasticidad o flexibilidad de tal manera que permitan su afección duradera con posibilidad (aunque esto no necesariamente ocurra) de retornar a su estado anterior una vez eliminada la situación antijurídica<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> LLORIA GARCIA, Paz. Op. Cit. pp. 26 y ss. Sin embargo debe señalarse que paradójicamente esta autora parte de una concepción monista causalista del injusto basado exclusivamente en el desvalor del resultado.

<sup>22</sup> LLORIA GARCIA, Paz. Op. Cit. p. 27.

<sup>23</sup> Ver al respecto CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. p. 220, quien refiere que ni siquiera esta forma de entender la lesión de un bien jurídico puede constatarse en todos los bienes jurídicos individuales. Se cita como ejemplo el bien jurídico honor el cual por su naturaleza no tangible debe verificar su lesión de manera normativa. En sentido semejante SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, Comares, Granada, p. 277 y 278, cuando refiere que “ni la materialidad ni el concepto de lesión se entienden, hoy por hoy, en un sentido estrictamente naturalístico sino sociológico, de modo que la única cualidad necesaria ab initio para que un bien entre al catálogo de bienes jurídicos protegidos es su pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprehensible por los sentidos.

<sup>24</sup> Usa el término perturbación en lugar de lesión LAURENZO COPELLO, Patricia. El resultado en el Derecho penal. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1992. p. 257

<sup>25</sup> LLORIA GARCIA, Paz. Op. Cit. p. 73



## II. EL TIPO DE INJUSTO DEL DELITO DE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS:

### 1. *La naturaleza del delito de desaparición forzada de personas:*

El artículo 320 del Código Penal describe el tipo del delito de desaparición forzada textualmente de la manera siguiente:

“El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1 y 2”

#### a. La desaparición forzada como delito especial

Una primera caracterización del delito descrito en el tipo penal es la cualidad especial del sujeto activo que se exige: Funcionario o servidor público. Se trata en consecuencia de un delito especial.

Por delito especial, debe entenderse desde una perspectiva simple, aquel tipo penal que se distingue por describir una conducta que sólo será punible a título de autor cuando sea realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiera la ley<sup>26</sup>. Desde una perspectiva compleja, se añade a la definición anterior el fundamento de la restricción del círculo de autores que caracteriza estos delitos. En esta última perspectiva, el delito especial sería definido como aquel injusto penal que consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico conferido a un sujeto el cual mantiene una posición especial frente a aquel<sup>27</sup>. En este punto sólo nos cabe afirmar por el momento que el funcionario o servidor público en tanto sujeto activo del delito de desaparición forzada de personas mantiene o debe mantener un deber especial frente al bien jurídico protegido. En palabras de Schunemann:

“Finalmente, ofreciendo un sólo ejemplo más, esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, por que el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal que dispone”<sup>28</sup>.

En otras palabras, el sujeto activo cualificado mantiene un deber específico sobre el suceso dada la posición de proximidad fáctica con respecto a la

<sup>26</sup> GOMEZ MARTIN, Víctor. Los delitos especiales. Edisofer/Indef. Buenos Aires. 2006. p. 11.

<sup>27</sup> GOMEZ MARTIN, Víctor. Op. Cit. p. 11.

<sup>28</sup> SCHUNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio. Ed. IDEMSA. Lima. 2006. 295.

vulnerabilidad del bien jurídico. La intangibilidad del bien jurídico queda en manos del sujeto activo dada su posición funcional con respecto a aquel.

En el caso de la desaparición forzada de personas el funcionario o servidor público posee un deber especial sobre la intangibilidad del bien protegido, en nuestro caso como explicaremos posteriormente, sobre el reconocimiento de la personalidad de un individuo que ha sido originalmente privado de libertad. Este queda a merced del funcionario (o funcionarios) en la medida que el mismo ha ocultado absolutamente su situación y su paradero.

b. La desaparición forzada como delito de naturaleza compleja: el bien o bienes jurídicos protegidos

Distintas posturas se han sostenido con relación al objeto jurídico de protección. En mi concepto varias de estas posiciones entroncan con la argumentación expuesta por la Corte interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias sobre casos de detenidos desaparecidos. Efectivamente, desde la sentencia recaída en el caso Velázquez Rodríguez la Corte ha sostenido reiteradamente que este tipo de práctica supone la violación grave de una pluralidad de derechos protegidos por el Pacto de San José: la vida, la libertad, la integridad personal o moral (o prohibición de la tortura) y las garantías judiciales.

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

156. Además, el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, lo que constituye, por su lado, la violación de las disposiciones del artículo 5 de la Convención que reconocen el derecho a la integridad personal”.

Cada uno de estos derechos humanos por separado o todos apreciados conjuntamente han sido objeto de consideración por la doctrina penal y en parte por la jurisprudencia al momento de exponer una posición sobre el objeto jurídico de protección detrás de este tipo de delitos. Ha sido especialmente la segunda perspectiva, esto es, aquella que valora cada uno de los derechos

humanos conjuntamente la que ha sido adoptada íntegramente por la Corte Interamericana al considerar el delito de desaparición forzada como un delito pluriofensivo dada la afectación o puesta en riesgo de diversos bienes jurídicos cuya titularidad corresponde a la concreta persona desaparecida.

Una exposición detallada sobre estas diversas posturas en la doctrina y sus respectivas críticas han sido expuestas solventemente por Giovanna Vélez<sup>29</sup> en su tesis de investigación sobre este delito. Así por ejemplo, con relación a la vida algunas posiciones doctrinales<sup>30</sup> señalan que la desaparición forzada de personas ha conllevado en la experiencia histórica un alto índice de ejecutados extrajudicialmente de lo que se deduce, para algunos, la necesidad de conminar esta figura con una pena grave dada la presunción de muerte del desaparecido. En la consideración crítica de Vélez esta perspectiva de análisis, que asume una verdadera presunción legal de muerte, resulta inaceptable como criterio de imputación penal en un Estado democrático de Derecho<sup>31</sup>. Si bien compartimos esta apreciación, ello no impide considerar igualmente grave la situación misma de la desaparición de una persona previamente detenida, tal como lo explicaremos posteriormente. Ello ha quedado claramente determinado en la sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de julio de 1990 y corroborado por el Tribunal Constitucional correspondiente STC 419/1990 y 420/1990 de 28 de noviembre. En estas sentencias tanto el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional español, comentando una disposición semejante al delito de desaparición forzada de personas (artículo 166 del Código penal de 1995), han considerado grave el hecho de una privación de la libertad en la que efectivamente el agente haya negado el paradero de la víctima y ésta no se encuentre habida luego de la detención<sup>32</sup>. Además, en mi consideración, esta postura (aquella que propone a la vida como objeto jurídico de protección) negaría la posibilidad de constatar situaciones temporales de desaparición forzada de personas en las cuales se evidencia, luego de la detención arbitraria de una persona y seguida la ocultación de su paradero, la aparición con vida de la misma al ser puesta en libertad o lograr fugarse del ámbito de su detención.

<sup>29</sup> VELEZ, Giovanna. *La Desaparición Forzada de las Personas y su tipificación en el Código Penal peruano*. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2004. 178 p.

<sup>30</sup> Destacan la vida como bien jurídico protegido en este tipo de delitos el profesor Dallari, citado por MAZUELOS COELLO, Julio. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*, San Marcos, 1995, p. 103. Igualmente el comentador del Código español de 1848 (que contenía una figura de detención arbitraria seguida de la negación del hecho), doctor Francisco Pacheco señalaba que “Grave es en verdad la pena – en este delito- como que es una de las de homicidio la que aquí hay; y que declarándola formalmente la ley, erigiéndola en verdadero delito, no podía ser más suave con los que incurriesen en semejante caso”. Texto citado por el profesor BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Obras completas*. Tomo II. Control social y otros estudios. ARA editores. 2004. p. 422.

<sup>31</sup> Con relación a una figura semejante en la legislación española (art. 483 del CP de y art. 166 del NCP español), el profesor QUINTANAR DIEZ, Manuel nos recuerda que la pena excesiva sobre todo de la figura contenida en el artículo 483 del antiguo Código Penal español encubre una presunción iuris tantum de homicidio que resulta incompatible con los principios de proporcionalidad, taxatividad y de presunción de inocencia.

<sup>32</sup> Ver al respecto las referencias de PRATS CANUT, Josep Miquel. “Delitos contra la libertad”, en: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Dirigida por Gonzalo Quintero Olivares y Coordinado por Fermín Morales Prats, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 208 y 209.

Estas mismas apreciaciones críticas pueden reproducirse con relación a la integridad personal o moral como objeto de protección. Efectivamente, pueden verificarse casos de personas inicialmente detenidas y posteriormente desaparecidas sin que se aprecie en la víctima (se encuentre esta con vida o no) signos de tortura o trato cruel. Es más, los casos problemáticos de detención e inmediata ejecución extrajudicial de la persona, seguida de la desaparición del cadáver puede no permitir evidenciar signos de tortura física o psicológica en la víctima de la detención. Sobre estos casos volveremos posteriormente.

Con relación a la libertad, cabe mencionar que si bien el tipo penal de desaparición forzada de personas refiere como conducta inicial la privación de la libertad de una persona por parte de un agente estatal, el mismo no se limita a dicho aspecto, resaltando sobre todo la actuación u órdenes del sujeto activo de cara a lograr la efectiva desaparición del detenido. En consecuencia, la protección del derecho a la libertad no logra desvalorar la situación que se afecta con posterioridad a la detención de una persona, esto es, la negativa a informar sobre la situación de la detención o el paradero de la víctima. Es más, la detención inicial, por diversas razones podría excepcionalmente resultar lícita, especialmente cuando nos situamos en contextos de estados de emergencia, sin que ello impida tipificar este caso como un supuesto de desaparición forzada de personas. En otras palabras, resulta no determinante para la calificación de una desaparición forzada de personas si la detención del desaparecido se produjo lícita o ilícitamente. En los casos excepcionales de detención regular o lícita de una persona, habrá una limitación fáctica de la libertad personal pero ésta no resulta jurídico penalmente relevante. En cualquier caso, la libertad es un bien jurídico residualmente protegido por el tipo de injusto del delito de desaparición forzada de personas.

Con relación a las garantías judiciales o el debido proceso, la Corte Interamericana sobre Derechos humanos ha sostenido en diversos casos<sup>33</sup> de personas detenidas y desaparecidas que a través de esta práctica, la persona queda desprotegida del derecho al impedirle a la víctima o a sus familiares interponer los recursos legales en su favor<sup>34</sup>. Cabe indicar que si bien es un efecto posible de la desaparición el hecho de que se afecten una serie de garantías procesales, configurar la prohibición de la desaparición forzada de personas como un delito que afecta tales garantías del debido proceso la

---

<sup>33</sup> Al respecto ver caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de fondo, fundamento 155; caso Godínez Cruz contra Honduras, sentencia de fondo, fundamento 163; caso Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras, sentencia de fondo, fundamento 148; caso Bámaca Velásquez contra Guatemala, sentencia de fondo, fundamento 142 y caso Cantuta contra Perú. En todas ellas se señala que “El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de la libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto que infringe el artículo 7 de la Convención”

<sup>34</sup> Posición tomada parcialmente por el profesor MEINI, cuando refiere que “lo señalado en el párrafo anterior permite entender que el bien jurídico protegido en el delito de desaparición forzada está vinculado con el derecho al debido proceso y al respeto a la personalidad jurídica del sujeto”. En: MEINI MENDEZ, Iván. “Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano”. En: Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos. IDEHPUCP. Lima. p. 123.

aproximaría a aquellos supuestos típicos que protegen el correcto funcionamiento de la administración de justicia, correspondiendo ubicar su tipificación en este ámbito sistemático, lo que no coadyuva con la plena desvaloración de la práctica de desaparición forzada de personas. Además, es pertinente señalar que si bien la eficacia de las garantías procesales se anula en casos de detenidos desaparecidos, en el nuevo Código Procesal Constitucional se ha incorporado una figura, ausente en la legislación anterior, que pretende evitar la total indefensión jurídico - procesal del desaparecido. Nos referimos al artículo 25 inciso 16 por medio del cual se reconoce expresamente la procedencia de la garantía del habeas corpus en casos de detenidos desaparecidos.

Con relación a la seguridad pública, posición esbozada por el profesor Bergalli, se menciona que el delito de desaparición forzada de personas atenta contra aquellos presupuestos o condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico que garantizan la vigencia y efectivo respeto de los derechos fundamentales de las personas. Esta posición, debido a la evolución democrática de la definición de seguridad pública u orden público, se aproxima considerablemente a la tesis que reconoce a la garantía institucional del Estado democrático como objeto de protección<sup>35</sup>. Con relación a esta tesis, cabe señalar que tiene sus primeras bases en las elaboraciones del profesor Juan Bustos<sup>36</sup> las mismas que han sido desarrolladas extensivamente por la profesora Laura Zúñiga Rodríguez<sup>37</sup>. Pues bien, según estos últimos autores, en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en especial cuando estos son miembros de las fuerzas armadas o fuerzas policiales, el bien jurídico tiene una dimensión institucional relacionada con las garantías institucionales que fundamentan el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Precisamente Bustos denomina a estos bienes, bienes institucionales, esto es, aquellos referidos a las garantías institucionales para el ejercicio de los derechos humanos o fundamentales de la persona frente al ejercicio abusivo del poder público estatal<sup>38</sup>. Desarrollando esta idea, Laura Zúñiga señala que los derechos humanos o fundamentales encierran una complejidad de relaciones que denotan la relación entre el ciudadano y los poderes del Estado. Y seguidamente agrega que en el caso de los derechos constitucionales se trata de bienes institucionales porque se refieren a un marco jurídico previo de garantía para el desarrollo de los derechos individuales y colectivos<sup>39</sup>. En otras palabras, las garantías institucionales lo componen el conjunto de normas y procedimientos internos e internacionales que limitan el poder público del Estado.

<sup>35</sup> VELEZ, Giovanna. Op. Cit. p. 110.

<sup>36</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras completas. Tomo II. Control Social y Otros Estudios. Ara Editores. Lima. 2004. p. 425

<sup>37</sup> ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Libertad Personal y Seguridad Ciudadana. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. Barcelona. 1993. p. 84.

<sup>38</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras completas. Op. Cit. p. 423.

<sup>39</sup> ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Los delitos contra los derechos humanos en el nuevo Código penal peruano. pp. 3 y 4. Extraído de: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1993\\_03.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1993_03.pdf).

Entender el bien jurídico en este tipo de injusto como una garantía institucional del Estado democrático o simplemente como una garantía institucional si bien permite afirmar una característica esencial de la generalidad de los delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos o fundamentales (Tortura, ejecución extrajudicial o desaparición forzada de personas) no permite caracterizar o reconocer la particularidad de cada uno de ellos. Consideramos que se trata del planteamiento de una especie de bien jurídico sombrilla, como ocurre por ejemplo con el bien jurídico “funcionamiento regular de la administración pública” en todos los delitos contra la administración pública, o con el bien jurídico patrimonio en todos los delitos contra el patrimonio. Resulta necesario, entonces, especificar aún más el bien jurídico protegido en el tipo de injusto del delito de desaparición forzada de personas con relación al resto de delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos.

Desde nuestra perspectiva, el bien jurídico protegido en el tipo de injusto del delito de desaparición forzada de personas es uno de naturaleza compleja (institucional/individual)<sup>40</sup>. Efectivamente, desde la perspectiva del sujeto activo la naturaleza del bien jurídico es uno de naturaleza institucional compuesta por todas las normas y procedimientos establecidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de los derechos humanos que limitan o reducen el ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado. En esa perspectiva, la práctica de desaparición forzada por parte de agentes estatales infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona.

Desde la perspectiva del sujeto pasivo (la propia víctima y/o sus familiares más directos) lo que se protege con la prohibición penal de la práctica de la desaparición forzada de personas es el contenido del derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica del individuo, inicialmente detenido. En esto compartimos la posición del profesor Bustos<sup>41</sup>, aunque sin aprobar las prevalencias que se hacen de la vida o la libertad como objetos de protección:

“Primero que todo la libertad, pero también un respeto general a la persona humana, a su dignidad y trascendencia en el mundo social, lo que también aparece reconocido en el artículo 6 de la Carta Internacional de los Derechos humanos y en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Y ello se expresa en la posibilidad de una multiplicidad de actos en la vida jurídico – social, que aparecen negados con el desaparecimiento, desde los más simples y personales, hasta el ser reconocida su muerte. Es esto lo que

<sup>40</sup> MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. Comentarios sobre aspectos relevantes para la propuesta normativa: delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. COMISEDH (Comisión de Derechos Humanos). Lima. 2008. p. 57.

<sup>41</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras completas. Op. Cit. p. 423. Comparte este aspecto de la tesis MEINI MENDEZ, Iván. “Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano”. Op. Cit. p. 123 y VELEZ, Giovanna, Op. Cit.

hace aumentar enormemente el daño de este hecho, constituyendo un ataque más profundo que el simple homicidio, pues no sólo afecta la vida, sino al hombre en todas sus dimensiones y, por ello, con razón se ha castigado en España con las penas del asesinato”<sup>42</sup>.

Efectivamente, el Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Programa Interamericano Para el Registro Civil Universal y Derecho a la Identidad del Consejo Permanente de la OEA, ha definido el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica, señalando que este derecho:

“(…) involucra la capacidad de una persona de ejercer acciones dentro de un país, esto es, permite que cada individuo tenga plena capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (...). En consecuencia, el derecho a la personalidad jurídica implicará el reconocimiento a la capacidad o habilidad jurídica de las personas para que puedan actuar en calidad de tales, ante los órganos del Estado. La falta del mismo lesiona la dignidad humana ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la inobservancia de sus derechos por el Estado o por particulares”<sup>43</sup>

Esta definición explica las razones por las cuales detrás de una desaparición forzada se afecta el reconocimiento a la personalidad jurídica de un ser humano. Y es que este derecho da cuenta de la amplitud de dimensiones del ser humano que se afectan cuando éste es sustraído y las autoridades responsables de la detención niegan esta situación y por ende no reportan información sobre su paradero o su eventual muerte. No sólo es la dimensión jurídico procesal de protección al ser humano la que se niega sino que se niega unilateralmente al ser humano su calidad de tal, es decir, se niega su reconocimiento como centro integral de derechos y obligaciones.

Cabe mencionar que los textos revisados están relacionados sobre todo con el derecho a la identidad, a propósito de la denegación de documentos oficiales de identidad de sectores determinados de la población. Ello, sin embargo, no enerva en absoluto nuestra apreciación de este derecho (al reconocimiento a la personalidad jurídica) como objeto de protección en el tipo de injusto del delito de desaparición forzada de personas. Efectivamente, en nuestra apreciación, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica puede ser negado tanto de iure como es en el caso de la falta de acceso o denegación del documento

<sup>42</sup> VELEZ, Giovanna. Op. Cit. p. 423.

<sup>43</sup> CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS OEA/Ser.GCAJP/GT/DI/INF 20/08 de 4 febrero 2008. Nuestro Tribunal Constitucional reconoce el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica en su sentencia de 16 de noviembre de 2007 (Exp. 02432- 2007 PHC-TC).

nacional de identidad, sin el cual no es posible realizar una serie de actos jurídicos esenciales para el desarrollo del proyecto de vida de una persona; como de facto, sustrayendo a un ser humano de todo tipo de participación en el sistema social, negándole en consecuencia su condición de sujeto de derechos y obligaciones. Ambas formas de negación de la personalidad jurídica de un individuo constituyen actos antijurídicos, sin embargo a juicio del legislador es la última de las mencionadas la que merece intervención penal dada la gravedad que conlleva.

Este derecho (al reconocimiento de la personalidad jurídica) tiene incidencia incluso con posterioridad a la muerte de un ser humano. En efecto, si se considera como fundamento de los derechos humanos la dignidad intrínseca de la persona humana y reconocemos que éstos son los mismos para todos, son inmutables y perennes, y deben reconocerse, garantizarse y promoverse, es posible argumentar y sustentar que hay deberes de la sociedad y del Estado a todas las personas posteriormente a su fallecimiento. Se cita como ejemplo más evidente la eficacia de la voluntad del difunto con relación a sus propiedades en los casos de sucesión testamentaria. Entiéndase propiedad no en un sentido económico o jurídico, sino como aquello que le es propio a la persona fallecida: sus bienes materiales (incluido su cuerpo), intelectuales (sus ideas, inventos y creaciones) y morales (su personalidad, el reconocimiento a su trabajo u obra y la pertenencia a una colectividad).

En ese sentido compartimos la opinión que estima incorrecta la expresión “derechos de los muertos” si con ella queremos atribuir derechos al cadáver, pues sólo las personas vivas son susceptible de ellos. En cambio, sí resulta válido si el sentido de la expresión se refiere al hecho de que las personas conservan derechos después de su muerte. Por lo tanto, es más preciso decir derechos post mortem de la persona fallecida<sup>44</sup>. Una de las manifestaciones del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona fallecida, además del derecho a heredar entre otros, lo constituye el derecho a que se determine las causas de su muerte, el lugar y momento de su muerte, la ubicación de sus restos y en nuestra apreciación, en casos de muerte violenta, el derecho a que se individualice a los responsables de su muerte y se los juzgue y sancione.

Desde esta perspectiva no consideramos que exista obstáculo alguno para verificar un delito de desaparición forzada en aquellos casos de ejecutados extrajudicialmente cuyo cadáver es desaparecido, es decir, en aquellos casos en los que se oculta el cadáver del originalmente detenido. Son derechos post mortem de la persona detenida y posteriormente ejecutada a que se sepa las causas de su muerte, la ubicación de sus restos y la individualización de los responsables. Sólo así es posible entender las razones por las cuales la Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición

---

<sup>44</sup> “Derechos post mortem de la persona”, VILLARREAL. Héctor, septiembre de 2003 en: <http://hectorvillarreal.info/articulos/arti.htm>



Forzada (Asamblea General de las NNUU -1992) prescribe en su artículo 17 que “todo acto de desaparición forzada de personas será considerado delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos”.

c. La desaparición forzada como delito omisivo

Una tercera característica, no tan evidente como la primera, es la naturaleza omisiva del delito de desaparición forzada de personas. Específicamente, en nuestra consideración, se trata de un delito de omisión pura de garante, de acuerdo con la clasificación adoptada por el profesor Silva Sánchez<sup>45</sup> y no un delito de resultado típico como ha sido sostenido en una parte de la doctrina<sup>46</sup>. Corresponde en los párrafos siguientes fundamentar estas afirmaciones.

Las posiciones tradicionales han interpretado la desaparición forzada de personas como un delito de naturaleza comisiva. Así por ejemplo, Azabache sostiene que “la desaparición forzada se realiza mediante un acto positivo de sustracción que deriva en el sometimiento de la víctima a condiciones de encarcelamiento e investigación inhumanas; condiciones que posibilitan la práctica de las torturas y ejecuciones extrajudiciales”<sup>47</sup>. De la misma perspectiva, aunque desde una argumentación distinta, se muestra Giovanna Vélez cuando refiere, a partir de lo que la autora considera son los verbos rectores del tipo penal (ordenar o ejecutar), que “el tipo legal requiere la causación de un resultado que sería la desaparición de la víctima”<sup>48</sup> o cuando sostiene que en el tipo penal se sanciona “la producción de un resultado y no la mera actividad de ordenar o ejecutar acciones independientemente de la producción de un resultado final”, esto último entiendo de acuerdo a la redacción de la parte final del tipo penal en la que se hace referencia a las órdenes o ejecuciones “que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada” (artículo 320 del Código Penal).

Sin embargo, se empiezan a abrir paso las posiciones que consideran que el delito de desaparición forzada es uno de naturaleza omisiva. Así Iván Meini refiere que “una de las consecuencias sistemáticas de conceptualizar así el bien jurídico protegido es que el tipo del injusto en el delito de desaparición forzada es omisivo”. Fundamenta su posición el profesor Meini indicando que si bien el sujeto activo realiza comportamientos activos, lo hace por que son necesarios para privar a la víctima de su libertad, pero el delito de desaparición forzada se consumará cuando el servidor o el funcionario público omita informar sobre la

<sup>45</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. “La regulación de la comisión por omisión (artículo 111)”. En: El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales. Ed. Bosch. Barcelona. 1997. pp. 71-72.

<sup>46</sup> VELEZ, Giovanna. Op. Cit. p. 149.

<sup>47</sup> INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. Series Penales. Lima. 1991. p. 42.

<sup>48</sup> VELEZ, Giovanna. Op. Cit. p. 131.

situación del detenido”<sup>49</sup>. Esta posición que compartimos, no concluye, sin embargo, en el carácter permanente del delito que es objeto de nuestro estudio (como veremos posteriormente).

En nuestra consideración, tal como lo referimos en un texto anterior, la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada no opera necesariamente sobre la privación de la libertad del desaparecido, sino sobre la ocultación de la información sobre el paradero de una persona originalmente detenida<sup>50</sup>.

Cabe en este espacio ahondar un poco más en esta afirmación y para tal efecto es importante recordar la pésima técnica legislativa utilizada en el artículo 320 del Código Penal. En primer lugar, resulta cuestionable el empleo del verbo ordenar, éste es innecesario dada la cobertura que ofrecen la instigación o la autoría mediata, categorías reguladas en la parte general del Código Penal. De otro lado, la comprensión cabal del concepto de desaparición nos lleva a evidenciar la imposibilidad de distinguir espacio - temporalmente entre la ejecución dirigida a la desaparición de una persona y la efectiva desaparición de la misma como resultado. No puede identificarse la ejecución dirigida a la desaparición con el acto de privación de la libertad de una persona. Para la descripción del tipo se trata de dos momentos distintos.

Efectivamente, de acuerdo con las normas convencionales sobre derechos humanos y de los pronunciamientos de los respectivos órganos de control, la desaparición de una persona detenida viene marcada esencialmente por la falta o negación de información sobre el paradero de la misma.

Con relación a los primeros, esto es, los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos cabe citar en primer lugar la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (1992) la cual define esta práctica en su parte considerativa como la negación a revelar la suerte o el paradero de las personas previamente arrestadas, detenidas o en general privadas de libertad, sea por agentes estatales o particulares que actúen en representación o con el apoyo del Estado o a reconocer que están privadas de libertad.

En el mismo sentido se pronuncia la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994) cuando define en el artículo II esta práctica del modo siguiente:

“(...) se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del

---

<sup>49</sup> MEINI MENDEZ, Iván. “Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano”. Op. Cit. p. 124.

<sup>50</sup> MONTOYA VIVANCO, Yvan. “Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano”. Op. Cit. p. 57.

*Estado o por personas (...) que actúen con la autorización, el apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona"*

Queda claro de la redacción del citado artículo que, fuera de la privación de la libertad que resulta sólo un presupuesto de la desaparición, esta práctica viene definida específicamente por la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado lo estipulado por la Convención Interamericana cuando en la sentencia recaída en el caso "La Cantuta" señala:

*"80.5. (...) El denominador común en todo el proceso era "la negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido."*

De manera más clara se aprecia la definición planteada por la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas, que en su artículo 2 señala:

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

Como puede apreciarse de las definiciones expuestas, la privación de la libertad es un presupuesto de la desaparición, la misma que viene definida específicamente por la falta de información del detenido o de su paradero. En otras palabras, la privación de la libertad es presupuesto para el delito pero no es el elemento rector que lo configura. En consecuencia, si la ausencia de información es lo que define la particularidad de este delito, su naturaleza viene marcada por la estructura omisiva: omisión de informar sobre la detención o el paradero de la víctima o su cadáver. La actividad de omitir la información debida concretiza en sí misma la desaparición de una persona tal como lo mencionamos líneas arriba. No hay posibilidad, a nuestro juicio, de separar espacio temporalmente la omisión de información con el resultado de la desaparición de una persona, entendida jurídicamente. La omisión es al mismo tiempo la desaparición de la persona.

Cuando el tipo de lo injusto contenido en el artículo 320 del CP de 1991 hace referencia a la ejecución de acciones que tengan por resultado la desaparición de una persona, no puede describir un delito de resultado típico, sino

esencialmente una práctica omisiva pura. Es por ello que la conducta descrita en el tipo penal debe interpretarse como aquella en la que el funcionario o servidor público priva a una persona de su libertad, negando posteriormente su situación y paradero. Esta interpretación coincide íntegramente con las definiciones planteadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Hasta aquí hemos evidenciado la naturaleza omisiva del delito tipificado en el artículo 320, sin embargo a la vez se ha puesto de manifiesto el carácter de omisión pura que hemos afirmado del delito de desaparición forzada de personas. En las líneas siguientes insistiremos un poco más en este aspecto.

Efectivamente, a pesar de las críticas a la clasificación bipartita de los delitos de omisión, ésta es aún asumida en su premisa básica por varios autores incluso por el profesor Silva Sánchez. De acuerdo con esta clasificación las omisiones se dividen en dos grandes grupos: las omisiones puras y las omisiones referidas a resultado. Las primeras son aquellas, en mi percepción, en las que no cabe imputar un resultado típico<sup>51</sup>, sino la omisión de una conducta debida y los segundos son aquellos en los que el tipo exige un resultado que no es evitado con la conducta indicada<sup>52</sup>. En nuestra opinión el delito de desaparición forzada no constituye un delito de omisión referido a un resultado (entre ellas las figuras de omisión impropia o comisión por omisión) dado que este delito no exige, verdaderamente, un resultado típico separable espacio temporalmente de la omisión. Reiteramos que, en nuestra posición, a pesar de que el tipo contempla como presupuesto de la conducta típica una conducta comisiva de privación de la libertad, la conducta específica fundamental viene dada por la omisión de información (desaparición) y ésta no permite reconocer un resultado típico separable espacio temporalmente de aquella omisión<sup>53</sup>. Como hemos mencionado anteriormente, la omisión de proporcionar la información debida configura en sí misma la desaparición de la persona inicialmente detenida.

<sup>51</sup> En nuestra concepción no debe confundirse resultado típico con desvalor de resultado entendido este como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. El primero es una exigencia del tipo de verificar una consecuencia separable espacio temporalmente de la conducta típica. Ver al respecto LOURENZO COPELLO, Patricia. El resultado en el Derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, ...

<sup>52</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. El delito de omisión. Concepto y Sistema. Ed. Bosch. Zaragoza. 1986. p. 343.

<sup>53</sup> De acuerdo con ACALE SANCHEZ, María. El tipo de injusto en los delitos de mera actividad, Granada, 2000, p. 233 y ss, diversos autores (MANJON CABEZA OLMEDA, BUSTOS RAMIREZ, HORMAZABAL MALAREE, PORTILLA CONTRERAS, ENTRE OTROS) consideran a los delitos de omisión pura como paralelos o equivalentes, en la versión comisiva, a los delitos de mera actividad. Se dice por algunos que los delitos omisivos puros constituyen delitos de mera inactividad. Si bien los delitos de omisión pura comparten con los delitos de mera actividad el hecho de que el tipo no hace referencia a la existencia de un resultado natural separable de la conducta espacio temporalmente, aquellos no pueden ser calificados como delitos de mera inactividad por que, como hemos mencionado la omisión típicamente relevante se define normativamente a partir de la obligación de realizar un comportamiento debido. Desde esta perspectiva también actividades o actuaciones comisivas distintas a la debida constituyen omisiones penalmente típicas.

Teniendo en cuenta lo mencionado, el delito de desaparición forzada de personas constituye un delito de omisión pura y cumple, siguiendo a Mir Puig, los elementos objetivos que configuran la estructura típica de este supuesto omisivo<sup>54</sup>:

Situación típica: viene dada por la inicial privación de la libertad de una persona por parte de un funcionario o servidor público, lo que implica una situación de vulnerabilidad del sujeto pasivo frente al poder público del estado expresado en agentes estatales

La ausencia de una acción determinada: en la reinterpretación del texto que hemos propuesto, este elemento viene dado por la no información del sujeto activo sobre la detención de una persona o sobre su paradero. Esto implica no necesariamente una actitud de silencio o negación frente a la detención y posterior situación del detenido, sino también cualquier otra conducta distinta a la de informar con verdad sobre tales hechos (por ejemplo informando falsamente sobre la puesta en libertad del supuesto detenido o información falsa sobre el paradero de la víctima).

La capacidad de realizar la conducta: esto es que cualquier sujeto en la posición del sujeto activo este en la posibilidad de informar a las autoridades pertinentes o a los familiares de la víctima sobre la detención de una persona o el paradero de la misma.

Finalmente, corresponde precisar que estamos ante un delito de omisión pura de garante. Para entender este punto, es importante tener en cuenta el replanteamiento que el profesor Silva ha realizado a la tradicional clasificación bipartita que hemos enunciado en el párrafo anterior: omisión pura y omisión referida al resultado. El citado profesor, aunque sin cuestionar el punto de partida de la clasificación bipartida, reconoce varios subtipos omisivos dentro de cada una de ellas<sup>55</sup>.

Dentro de los tipos de omisión pura, Silva reconoce dos subtipos<sup>56</sup>, las omisiones puras generales, esto es realizables por cualquiera que pueda realizar la conducta debida y no la realiza (fundadas en deberes de solidaridad general) y las omisiones puras de garante, esto es, aquellas que sólo pueden ser realizadas por un determinado círculo de sujetos caracterizados por un deber especial con relación al bien jurídico protegido. Se trataría, a decir de Huerta Tocildo, de una suerte de modalidad agravada de las omisiones puras generales.

<sup>54</sup> MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 316.

<sup>55</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. El delito de omisión: concepto y sistema. Ed. Bosch. Barcelona. 1986. p. 343 y ss.

<sup>56</sup> HUERTA TOCILDO, Susana. Principales Novedades de los Delitos de Omisión en el Código Penal de 1995. Los Nuevos Delitos de Comisión por Omisión. Ed. Tirant lo blanch. Valencia. 1995. pp. 27-28.

A partir de la dimensión institucional que hemos referido del bien jurídico protegido en este delito, se deduce un deber especial de parte de los servidores o funcionarios públicos relacionada con su obligación de respetar y proteger los derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, esta posición no determina específicamente la posición de garante de los funcionarios o servidores públicos frente al detenido. Esta posición de garante nace específicamente con la injerencia previa en el sujeto pasivo al privarle de libertad<sup>57</sup>. Como sostiene Meini “La obligación del funcionario público de informar nace antes de cualquier requerimiento o emplazamiento; se origina en el momento en que el sujeto adquiere el deber de garante que, para el caso de la desaparición forzada, es cuando de manera regular o arbitraria, se priva de la libertad a otro y se asume el compromiso institucional de responder por la intangibilidad del sujeto detenido de conformidad con las reglas del debido proceso”. Se trata entonces de una posición de garante que la doctrina reconoce fundada en un actuar precedente, vale decir, quien ha provocado por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se convierta en lesión, so pena de considerar que la producción de ésta sería tan achacable al sujeto como su causación positiva<sup>58</sup>.

## 2. *La desaparición forzada como delito permanente*

Por delito permanente, mencionábamos en el acápite 1.3, debe entenderse a aquellos delitos que en los que la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo debido al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente.

Pues bien, una interpretación equívoca podría entender la desaparición forzada como un delito en el que la prolongación de la situación antijurídica venga determinada por la privación de la libertad del desaparecido. Es en ese sentido que este delito tiende a equipararse al delito de secuestro, diferenciándolo básicamente por la calidad de sujeto activo que lo lleva a cabo. Sobre esta base, la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas sólo sería verificable en los casos en los que el sujeto activo del delito sostenga la situación antijurídica de privación de la libertad de una persona obviamente viva. Esto puede no ocurrir en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo es detenido y ejecutado inmediatamente. En estos casos no hay una mínima extensión de la privación de la libertad que determine un delito permanente. Tampoco se verificaría la permanencia en los casos en que la privación de la libertad opere de manera legítima (sea porque proceda una detención en flagrante delito o por que el sujeto fue detenido razonablemente en el contexto de un estado de emergencia). En estos casos no es apreciable una permanencia penalmente típica dada la legitimidad de la privación de la libertad.

---

<sup>57</sup> MEINI MENDEZ, Iván. “Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano”. Op. Cit. p. 125.

<sup>58</sup> MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 324.

Otro sector de la doctrina rechaza el carácter permanente del delito de desaparición forzada de personas en razón de que en este delito la consumación se produce con la simple negativa de las autoridades a reconocer la detención y cualquier información sobre la víctima<sup>59</sup>. De esta manera, prosigue Giovanna Vélez, el acto de negar u ocultar información es uno solo<sup>60</sup>.

También rechaza la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas el profesor Meini cuando sostiene que la omisión en el cumplimiento del deber de informar sobre la suerte del desaparecido (detenido) se verifica en un momento determinado. Es por ello que niega la naturaleza permanente del delito y afirma su condición de delito estado, esto es, un delito en que la situación antijurídica de la desaparición se extiende temporalmente pero la misma no es mantenida por el sujeto activo.

A mi parecer, la confusión viene de identificar el momento de la consumación del delito, en tanto categoría formal, con la terminación o consumación material del delito, en tanto concepto material, tal como lo hemos expresado en la primera parte de este trabajo. En ese sentido, corresponde distinguir el momento de la consumación (en sentido formal) de un delito de omisión pura de la antijuridicidad material del mismo<sup>61</sup>.

Desde la perspectiva de la consumación, hemos mencionado que no existe mayor diferencia entre un delito instantáneo (o de estado con efectos prolongados) y un delito permanente dado que en ambos casos el delito se consume al momento que el sujeto cumple con todos los elementos del tipo objetivo. En otras palabras, el momento del inicio de la relevancia típica de la omisión se produce en un instante y en ese instante se consume el delito<sup>62</sup>. Silva Sánchez sigue este criterio cuando sostiene que “es posible hablar de la existencia de una omisión penal desde el momento en que el sujeto lleva a cabo una conducta distinta a la típicamente indicada como prestación positiva de salvaguarda de aquel bien”<sup>63</sup>.

Es por eso que los autores arriba citados, a pesar de considerar que el delito se define por la omisión de información, consideran que estamos ante un delito estado, esto es un delito instantáneo con efectos permanentes. Cuando Giovanna Vélez refiere que el acto de negar u ocultar es uno solo o cuando el profesor Meini señala que la omisión del deber de informar se verifica en un momento determinado no les falta razón, pero desde la perspectiva de la

---

<sup>59</sup> VELEZ, Giovanna. p. 133.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> Señala RAMPONI citado por LLORIA GARCIA, Paz. Aproximación al delito permanente, op. Cii., p. 88, que con relación a este tema las opiniones de los autores es desconcertante. Por un lado algunos (DALL'ORA) consideran los delitos omisivos propios como naturalísticamente permanentes, mientras otros, consideran que los delitos omisivos nunca pueden constituir delitos permanentes (CADOPPI).

<sup>62</sup> LLORIA GARCÍA, Paz. Op. Cit. p. 92.

<sup>63</sup> SILVA SANCHEZ, Jesús María. El delito de omisión: concepto y sistema. Op. Cit. p. 288.

consumación, mas no de la terminación o consumación material del delito. Hemos mencionado en el capítulo primero de este trabajo que la consumación no determina la naturaleza permanente de un delito, sino que son otros factores los que determinan esta naturaleza: la naturaleza comprimible o elástica del bien jurídico y su forma de ataque descrita en el tipo penal.

Veamos entonces estos aspectos:

- a. Bien jurídico comprimible (desvalor de resultado susceptible de prolongarse en el tiempo)

Hemos señalado que el bien jurídico protegido detrás del tipo de injusto del delito de desaparición forzada de personas es el reconocimiento de la personalidad jurídica del detenido. Pues bien, la personalidad jurídica entendida como reconocimiento de la capacidad o habilidad jurídica de un ser humano para ejercer diversas acciones dentro de una jurisdicción determinada, esto es, para que pueda manifestarse en sus distintas dimensiones, es un bien jurídico comprimible en la medida que el no reconocimiento (de iure o de facto) de esta personalidad puede prolongarse en el tiempo y, a la vez, tiene la posibilidad de ser restituida.

- b. Desvalor de la conducta (forma de ataque del bien jurídico susceptible de duración en el tiempo)

El tipo penal, asumiendo una interpretación desde los instrumentos internacionales de derechos humanos, supone la omisión de información sobre la detención de una persona o sobre su paradero. Este comportamiento omisivo (que puede suponer la negación de los hechos o el falseamiento de los mismos) determina de facto la afectación o la obstaculización del reconocimiento de la personalidad jurídica de una persona inicialmente detenida, al impedir que la misma se manifieste o actúe en un contexto estatal determinado, ya sea para invocar la protección jurídica del estado o la comunicación con su abogado o familiares. Este comportamiento voluntariamente omisivo, en tanto perdure en el tiempo, mantiene o sostiene la afectación del bien jurídico protegido, esto es, la ausencia de reconocimiento de la personalidad jurídica del inicialmente detenido.

Es importante aclarar que el reconocimiento de la personalidad jurídica del detenido no se afecta con la mera privación de su libertad, sino que a esta debe seguir la falta de información sobre la situación de aquel. En otras palabras, se afecta permanentemente con un comportamiento omisivo. La situación antijurídica (afectación del reconocimiento de la personalidad jurídica) es mantenida o sostenida por la conducta voluntariamente omisiva del agente estatal. Esta situación antijurídica duradera puede cesar debido a diversos factores. En primer lugar, por la propia voluntad del agente, cuando se decida a informar sobre el paradero de la víctima. En segundo lugar, por la intervención



de cursos salvadores, esto es, el descubrimiento del paradero de la víctima y de su situación por terceras personas o por decisión judicial que resuelve dicha situación de incertidumbre. Y en tercer lugar, dado el carácter normativo de la omisión penalmente relevante, cuando cese el deber de informar del agente estatal involucrado en la detención. Esto último puede ocurrir extraordinariamente por ejemplo cuando el agente devenga en incapaz absoluto. En mi consideración, tal como hemos mencionado anteriormente, el deber de informar no cesa con la pérdida de la condición de funcionario activo (por ejemplo cuando el agente es pasado a la condición de retiro) dado que su deber de informar no nace de su condición general de funcionario público sino fundamentalmente de su injerencia previa (privación de libertad).

### 3. *Consecuencias dogmáticas:*

#### a. Con relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo

Los problemas del delito de desaparición forzada de personas en este tema se presentan con el principio de legalidad, especialmente con la garantía de irretroactividad de la ley penal desfavorable. Según este principio y de acuerdo a nuestra Constitución política (artículo 103), las normas penales rigen a partir del día siguiente de su entrada en vigencia. Es decir, no se aplican a sucesos, actos u omisiones ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma. Excepcionalmente, la norma penal puede aplicarse a actos u omisiones ocurridos con anterioridad a su vigencia, siempre que la norma posterior sea favorable al procesado o al condenado (artículo 6 del Código Penal).

Pues bien, el tipo de injusto del delito de desaparición forzada de personas fue introducido por primera vez con la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 en el título de delitos contra la tranquilidad pública, específicamente como una modalidad del delito de terrorismo. Desde ese momento, el referido tipo penal ha sido objeto de varias reformas y posteriores reubicaciones<sup>64</sup>. Efectivamente, el Decreto Ley 25475 de mayo de 1992, al suprimir todo el capítulo referido al delito de terrorismo del Código Penal, derogó a su vez el delito de desaparición forzada de personas. Este delito fue restituido con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25592 de julio de 1992. Finalmente, según la Ley N° 26926 de febrero de 1998, el delito de desaparición forzada fue reubicado al capítulo II Título XIV -A del Código Penal, específicamente en el artículo 320 del mismo texto legal.

Descrito así el panorama, los problemas se aprecian fundamentalmente en dos momentos. El primero es con relación a los sucesos de desaparición ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 y que se

<sup>64</sup> MONTROYA VIVANCO, Yvan y otros. Comentarios sobre aspectos relevantes para la propuesta normativa: delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Op. Cit. p. 57.

prolongaron hasta la actualidad, y el segundo momento viene referido a los sucesos que se produjeron entre el 7 de mayo que dejó de estar en vigencia el delito de desaparición forzada de personas y el 3 de julio de 1992 en que dicho tipo de injusto fue restituido. No apreciamos problema para los sucesos ocurridos con posterioridad a esta fecha dado que la Ley N° 26926 de febrero de 1998 no supone ninguna derogación ni reforma del contenido del tipo penal, sino simplemente una reubicación sistemática dentro del Código Penal.

Si bien los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional para la Protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas) no contemplan regulación alguna sobre este aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sí se ha pronunciado, señalando que la naturaleza permanente del delito de desaparición permite que éste se aplique de manera inmediata a la situación antijurídica que se mantiene sostenida por el agente. En ese sentido, se concluye, que no se vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable:

“La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.”<sup>65</sup>

Esto resulta aplicable tanto para los casos en que la privación de la libertad se produjo antes de la vigencia del tipo de injusto sobre desaparición forzada como para los casos en que esta privación se produjo en los dos meses en que aproximadamente este delito estuvo derogado. Como hemos mencionado reiteradamente, este delito no está determinado en esencia por la privación de la libertad de una persona sino por su desaparición, es decir, la negación o ausencia de información sobre el detenido o sobre su paradero. La desaparición perdura mientras subsista el deber de informar por parte de los agentes estatales o mientras la información que deba proporcionarse no deje de ser útil sea por la aparición del detenido sea por la ubicación formal de su paradero.

Es por ello que resulta aplicable este tipo de injusto para aquellos supuestos de personas que fueron privadas de libertad en la década de los años ochenta por parte de agentes estatales y se desconozca aún su situación o paradero.

<sup>65</sup> STC Expediente N° 2488-2002-HC/TC. Fundamento N° 26.

b. Con relación al concurso con otros delitos

Un tema preocupante es la relación concursal entre el delito de desaparición forzada de personas y el delito de secuestro (artículo 151 del Código Penal). De hecho no puede desconocerse que hasta antes de la entrada en vigencia del primero de los delitos mencionados, los órganos del sistema de justicia penal subsumían los hechos dentro del tipo de injusto del delito de secuestro, especialmente del secuestro agravado (artículo 151 del Código Penal).

Corresponde entonces dilucidar si ante un suceso de detención desaparición corresponde calificar tal conducta como un concurso ideal o un concurso aparente de delitos, ello sobre todo por la diferente consecuencia penal que corresponde a cada una de estas instituciones. Debemos recordar que por el primero entendemos aquellos casos en los que un mismo sujeto, con una sola conducta (comisiva u omisiva) realiza una pluralidad de infracciones penales y ninguna de estas desvalora íntegramente la conducta referida<sup>66</sup>. Y por concurso aparente de delitos debemos entender aquella situación jurídico penal en la que ante un mismo suceso delictivo se infringen una pluralidad de normas penales, sin embargo sólo uno de ellas, a diferencia del resto, resulta aplicable dado que desvalora íntegramente el referido suceso. Aplicar todas las normas penales concurrentes implicaría la vulneración del principio del non bis in idem<sup>67</sup>.

Desde esta perspectiva no es suficiente la determinación del bien jurídico protegido para determinar si se trata de un concurso ideal o de un concurso aparente, sino que resulta necesario evaluar si el mandato o la prohibición que contiene la norma que lo protege desvaloran el mismo tipo de conducta<sup>68</sup>. Teniendo en cuenta estas consideraciones podemos mencionar que el tipo de injusto del delito de desaparición forzada de personas si bien desvalora principalmente la omisión de información sobre la situación del detenido o su paradero, también desvalora la privación de la libertad en aquellos casos en los que la misma se produzca de manera arbitraria o irregular. En estos casos, en nuestro concepto apreciamos un concurso aparente de delitos, aplicándose únicamente el delito de desaparición forzada de personas<sup>69</sup>.

En los casos que una persona sea privada de libertad y de manera casi inmediata sea ejecutada procediéndose a la desaparición de su cadáver, consideramos que se evidencia un delito de desaparición forzada de personas en concurso real con un delito de homicidio o asesinato.

<sup>66</sup> FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. Derecho Penal. Parte general, Temis, Bogotá, 2006, p. 654. Ver también MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, REPETOR, 2008, p. 652.

<sup>67</sup> CASTELLO NICAS, Nuria. El concurso de normas penales, Comares, Granada, 2000, p. 17. Esta autora refiere que no debe hablarse concurso aparente dado que verdaderamente concurren varios tipos penales, sin embargo, a efectos de evitar doble sanción por lo mismo, se aplican determinadas reglas que individualiza la aplicación de una de ellas (principio de especialidad, subsidiariedad y absorción).

<sup>68</sup> Este aspecto parece ser sostenida por CASTELLO NICAS, Nuria. Op. cit. p. 11.

<sup>69</sup> De acuerdo con el principio de consunción o absorción, el delito de desaparición forzada de personas desvalora la privación de la libertad del sujeto, en los casos en que esta se produzca de manera arbitraria.

c. Con relación a la prescripción de la acción penal:

Cabe mencionar que el delito de desaparición forzada es uno de aquellos sobre el que se afirma su imprescriptibilidad. Así lo establece la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando señala:

“(...) Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”<sup>70</sup>.

Al respecto debe mencionarse que no cualquier delito es imprescriptible, sino sólo aquellos que implican una grave vulneración de derechos fundamentales. El carácter institucional del bien jurídico, que hemos descrito en la primera parte de este trabajo, coadyuva a este carácter imprescriptible. Efectivamente, hemos mencionado que desde la perspectiva del sujeto activo la naturaleza del bien jurídico es uno de naturaleza institucional compuesta por todas las normas y procedimientos establecidos por la Constitución y los instrumentos internacionales de los derechos humanos que limitan o reducen el ejercicio arbitrario del poder punitivo del Estado. En esa perspectiva, la práctica de desaparición forzada por parte de agentes estatales infringe deberes estatales vinculados al respeto de los derechos fundamentales de la persona, entre ellos esencialmente el derecho a la personalidad jurídica.

---

<sup>70</sup> Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. La misma argumentación se encuentra en el caso “La Cantuta” y “Barrios Altos”.

#### IV. CONCLUSIONES

- La desaparición forzada de personas tiene como objeto de protección a la personalidad jurídica del individuo inicialmente detenido. Este derecho implica la posibilidad de realizar una multiplicidad de actos en la vida jurídico- social, desde los más simples y personales, hasta el ser reconocida la muerte y los derechos que de ésta derivan.
- El delito de desaparición forzada de personas tiene como presupuesto básico la privación de la libertad, legítima o ilícita, de la víctima. El elemento rector del injusto penal lo constituye la ausencia de informar sobre la detención o el paradero de la misma o su cadáver, es decir, su naturaleza viene marcada por una estructura omisiva.
- En efecto, la desaparición forzada constituye un delito de omisión pura de garante pues el injusto penal no exige un resultado típico separable espacio temporalmente de la omisión de informar y además, los victimarios ostentan una posición de garante específica derivada de su actuar precedente (detención legal o ilegal).
- Este delito, además, posee naturaleza permanente pues la ofensa al bien jurídico se prolonga en el tiempo debido al mantenimiento del comportamiento peligroso del agente. Esto opera por dos factores: la naturaleza comprimible o elástica del bien jurídico y su forma de ataque descrita en el tipo penal. Desde esta perspectiva el momento de la consumación del delito de desaparición forzada, en tanto concepto formal, no difiere del resto de delitos instantáneos o delitos estado.
- En ese sentido, debe señalarse que la personalidad jurídica es un bien comprimible en la medida que el no reconocimiento (de iure o de facto) de esta personalidad puede prolongarse en el tiempo y, a la vez, tiene la posibilidad de ser restituida.
- Por su parte, sobre la forma de ataque al bien jurídico descrita en el tipo penal, no cabe duda que en la desaparición forzada de personas, ésta perdura en el tiempo, se mantiene o sostiene por la actividad del autor pues lo que se extiende en los delitos permanentes no es la consumación formal del delito sino la consumación material (terminación) del mismo.