

# Procesamiento Penal de Violaciones de Derechos Humanos

- **Notas destacadas del mes**
- **Selección de jurisprudencia**
- **Doctrina de interés**

## PRESENTACIÓN

La presente edición del boletín especializado, correspondiente al mes de junio de 2009, ofrece la selección de extractos de la sentencia del 18 de diciembre de 2007, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú en el caso Alfredo Jallilie Awapara (Expediente 4053-2007-PHC/TC) en la que se incide en los límites constitucionales y características del derecho de gracia presidencial, figura jurídica de singular interés en materia de procesamiento penal de violaciones de derechos humanos, toda vez que su uso indebido podría favorecer la impunidad de estos actos.

De otro lado, se presentan extractos del artículo “La Desaparición Forzada de Personas como delito permanente: Consecuencias dogmático penales” del profesor Yván Montoya Vivanco, en el que se muestran las notas características de un delito permanente, la desaparición forzada como delito especial, el debate sobre los bienes jurídicos protegidos, su caracterización como delito omisivo y las consecuencias de definir a la desaparición forzada de personas como un tipo penal de carácter permanente.

Finalmente, presentamos las notas más importantes del mes relacionadas con el procesamiento penal de violaciones de derechos humanos.

## INDICE

Notas destacadas del mes.....	2
<b>Jurisprudencia subtitulada</b>	
Caso: Alfredo Jallilie Awapara.....	3 - 6
<b>Doctrina de Interés</b>	
“La Desaparición Forzada de Personas como delito permanente: Consecuencias Dogmático Penales” Yván Montoya.....	7 - 16

### Juicio al grupo Colina entra a etapa final

(*La República*) El juicio que se sigue al ex asesor Vladimiro Montesinos, Nicolás Hermoza Ríos, Santiago Martín Rivas y los miembros del Grupo Colina, por los crímenes de Barrios Altos, El Santa y Pedro Yauri, entró en su etapa final, luego de casi cuatro años. Este macroproceso demorado en exceso comenzó en agosto del 2005 y, por acciones dilatorias de los abogados defensores, el sistema procesal antiguo que se emplea en estos casos, y el exceso en el respeto a los trámites de los jueces, el juicio terminó alargándose en demasía. La Primera Sala Penal Anticorrupción, presidida por Inés Villa Bonilla, programó para el próximo miércoles 10 de junio la lectura de la acusación fiscal. El Destacamento Colina liderado por Santiago Martín Rivas e integrado por Carlos Pichilingue Guevara, Fernando Rodríguez Zabalbeascoa, entre otros 18 agentes, es acusado de los delitos de homicidio calificado, tentativa de homicidio y asociación ilícita para delinquir. Se conoció que el fiscal Jorge Luis Cortez Pineda viene trabajando su acusación y próxima presentación, dado que esta ha sufrido diversos cambios, por las confesiones de varios de los procesados y los delitos imputados a otro grupo. Sin embargo, trascendió que la pena a solicitar en base a las pruebas encontradas en juicio sería la más alta que contempla el Código Penal, esta es de 25 años de prisión.

<http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20090604/9/node/197679/todos/15>

### INTERNACIONAL

#### Casación confirma reclusión perpetua para Videla y Massera, ex integrantes de Junta Militar Argentina

(*Centro de Información Judicial - Argentina*) La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la inconstitucionalidad de los indultos de Jorge Rafael Videla y Eduardo Massera y, con ello, ratificó las penas de reclusión perpetua impuestas a los ex integrantes de la Junta Militar. El tribunal rechazó los recursos de casación interpuestos contra el fallo de la Cámara Federal(\*) que, el 25 de abril de 2007, declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, que indultó las penas impuestas a Videla y Massera. Casación consideró que “los indultos dispuestos entre otros, en favor de Videla y Massera entraron en colisión al momento de su dictado con el ordenamiento jurídico entonces vigente y desde ese mismo momento carecieron de validez para imponerse, sin perjuicio de la convalidación que de estos hiciera la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en su oportunidad. De esta forma, se inhibe de eficacia el alegar que se han afectado derechos definitivamente adquiridos por sus beneficiarios dado que la fuente de estos aparece viciada en su legalidad desde un primer momento. Este principio, por lo demás, aparece señalado en el precedente ‘Simón’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

[Http://www.cij.gov.ar/nota-1603-Casacion-confirma-reclusion-perpetua-para-Videla-y-Massera.html](http://www.cij.gov.ar/nota-1603-Casacion-confirma-reclusion-perpetua-para-Videla-y-Massera.html)

(\*)Este fallo fue extractado en la edición Nro. 5 del Boletín Especializado, correspondiente al mes de marzo. Acceso a este boletín:

[http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/boletin\\_ddhh/boletin%20procesamiento%20penal%20ddhh%20-%20marzo%202009.pdf](http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/boletin_ddhh/boletin%20procesamiento%20penal%20ddhh%20-%20marzo%202009.pdf)

## Caso: Alfredo Jaililie Awapara

### I. Datos Generales

**Instancia:** Tribunal Constitucional del Perú

**Fecha de Emisión:** 18 de diciembre de 2007

**Expediente:** 4053-2007-PHC/TC

**Acceso a la sentencia:** <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04053-2007-HC.html>

### II. Introducción

Alfredo Jaililie Awapara fue Viceministro de Hacienda durante el gobierno de Alberto Fujimori y posteriormente fue procesado por actos de corrupción presuntamente cometidos en el ejercicio de su cargo. Fue sentenciado inicialmente a cuatro años de prisión efectiva por el pago de una irregular compensación por tiempo de servicios al ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, pero, posteriormente, su pena fue reducida a cuatro años de prisión suspendida por la Corte Suprema de la República.

Dado que tenía otros procesos penales en trámite y padecía de una grave enfermedad, solicitó al entonces Presidente de la República, Alejandro Toledo, el derecho de gracia presidencial, pedido que le fue concedido el 14 de junio de 2006. Frente a dicha decisión, la Cuarta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió una resolución de fecha 23 de junio de 2006, en la que declaró inaplicable la gracia presidencial concedida a Jaililie. Posteriormente, el 29 de marzo de 2007, el Cuadragésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima declaró fundado el hábeas corpus interpuesto contra dicha resolución, ordenando el sobreseimiento de los procesos contra el ex Viceministro. Curiosamente, la Cuarta Sala Penal Especial la misma que resolvió inaplicar el derecho de gracia vio la apelación y declaró improcedente dicha resolución.

### III. Temas de interés

#### 3.1. Derecho al procedimiento preestablecido

“(…) el contenido del derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, “no sean alteradas o modificadas con posterioridad” por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que “nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos”.

#### 3.2. Principio de legalidad penal

“El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el artículo 2.º, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Este Tribunal ha determinado que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). (Cfr. Exp. N° 2758-2004-PHC/TC”).

#### 3.3. Posibilidad de revisión judicial del derecho de gracia presidencial

“Conforme a lo anteriormente expuesto, afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. (Cfr. Exp. N.º 5854-2005-AA/TC). Es por ello que constituye una consecuencia directa del carácter jurídico de la Constitución, el control jurisdiccional de los actos de todos los poderes públicos y de los particulares.

En este orden de ideas, siendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de todos los actos, una clara consecuencia de la supremacía constitucional, no puede afirmarse que la sola existencia de la potestad presidencial de conceder la gracia impida ejercer un control por parte de las autoridades jurisdiccionales, máxime si (...) son también razones de orden constitucional las que motivaron la decisión de no aplicarla.

Y es que, en efecto, parece haber un conflicto entre la potestad presidencial de conceder el derecho de gracia, (artículo 118 de la Constitución) y las razones esgrimidas por la sala emplazada para dejar de aplicar la misma (todas ellas de orden constitucional). Al respecto, no puede soslayarse el hecho de que, tanto como las razones humanitarias que inspiran la concesión de la gracia presidencial como los fines preventivo generales de las penas que se pretende proteger a través de la persecución penal gozan de cobertura constitucional.

Y es que, tal como lo ha señalado este Tribunal, no sólo la función preventivo especial de la pena tiene fundamento constitucional (artículo 139, inciso 22 de la Constitución), sino también sus funciones preventivo generales, las que derivan del deber estatal de “(...) *proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia* (...)” (artículo 44° de la Constitución) y el derecho fundamental a la seguridad personal (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en su dimensión objetiva. (Cfr. Exp. N.º 0019-2005-PI/TC fund 38-40). En consecuencia, las penas, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica en favor del bienestar general.

En atención a ello, podemos afirmar que una medida dictada en el marco de la persecución penal estatal será inconstitucional no sólo si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas, sino también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho. (...)

En este orden de ideas, la gracia presidencial podrá ser materia de control jurisdiccional, en atención a la protección de otros bienes de relevancia constitucional. Cabe señalar dentro de un contexto paralelo al que es materia de autos, que este Tribunal Constitucional ha establecido los límites formales y materiales de la amnistía, otra institución reconocida en nuestra Constitución que permite -del mismo modo que la gracia presidencial- extinguir al acción penal”.

### **3.4. Control judicial del derecho de gracia (Voto Singular de los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos)**

“Lo que define entonces si un acto es o no susceptible de ser controlado jurisdiccionalmente no es la autoridad o el poder que lo dicta ni tampoco la materia que regula, sino más bien si dicho acto afecta los derechos fundamentales de las personas aun cuando no sean absolutos u otros bienes constitucionales, cuya protección es trascendental para el fortalecimiento de las instituciones democráticas. Ahora, si, como se ha señalado, el derecho de gracia está sujeto a límites constitucionales formales y materiales, es lógico concluir que la observancia de dichos límites puede ser controlada jurisdiccionalmente de manera ordinaria por el Poder Judicial o de modo especial por el Tribunal Constitucional, de conformidad con los artículo 138° y 201° de la Constitución.

Esto no cuestiona ni anula la atribución constitucional reconocida en el artículo 118° inciso 21 de la Constitución, simplemente exige que el ejercicio del derecho de gracia, como toda atribución especial que la Constitución confiere, sea realizada respetando el marco legal y constitucional establecido. En ese sentido, el control jurisdiccional de la gracia presidencial puede ser realizado en tres grados: leve, intermedio e intenso, en atención, por un lado, a los bienes jurídicos que resultarían afectados por el ejercicio de la gracia presidencial y, de otro, a los distintos niveles de discrecionalidad mayor, intermedia y menor a que se ha referido ya el Tribunal Constitucional en la STC 0090-2004-AA/TC (FJ 9).

Así, en el caso de que el ejercicio de la gracia presidencial incida en personas procesadas por la comisión de “delitos constitucionalizados” (como el narcotráfico, la corrupción, el terrorismo, delitos de lesa humanidad, entre otros) el control jurisdiccional debe ser de grado intenso precisamente por la relevancia constitucional que el constituyente y no sólo el legislador expresamente ha establecido para su persecución y sanción. Ello implica, en primer lugar, que no se traspasen los límites formales y materiales que se derivan de la Constitución. En segundo lugar, la existencia de una motivación explícita y suficiente que debe ser fácilmente apreciable en la resolución suprema que concede la gracia presidencial. En tercer lugar, el cumplimiento escrupuloso del procedimiento establecido en las normas pertinentes”.

### 3.5. Características y límites del derecho de gracia presidencial (Voto Singular de los Magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos)

“(…) La configuración constitucional del ejercicio del derecho de gracia presidencial es la de ser un acto *discrecional, excepcional y limitado*. El derecho de gracia presidencial es **discrecional** en la medida que la propia Constitución lo reconoce como una facultad exclusiva cuyo ejercicio corresponde al Presidente de la República. La exigencia más importante que se deriva de esta característica es la de su motivación, en la medida que discrecionalidad no significa arbitrariedad. (…)

De acuerdo con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 45° de la Constitución, STC 06204-2006-HC/TC, STC 5760-2006-AA/TC, entre otras), cuanto más amplio es el margen de decisión que ostenta una autoridad pública, más intenso es el grado del deber de motivación de su ejercicio. A mayor discrecionalidad, mayor deber de motivación, entendida ésta como la explicitación o exteriorización de las razones objetivas que sustentan una decisión, sea administrativa, jurisdiccional e incluso legislativa. La motivación del ejercicio de la gracia presidencial impide que ésta pueda ser utilizada como una “cobertura jurídica” de actos contrarios a la Constitución y, por ende, arbitrarios.

La diferencia entre un acto discrecional y otro arbitrario radica precisamente en su justificación, y ella sólo puede ser apreciada a través de la motivación. Pero no cualquier motivación elimina la arbitrariedad de un acto discrecional, sino aquella que está dirigida cumplidamente a expresar las razones que lo justifican. En el caso de la gracia presidencial la motivación es una exigencia que no puede ser eludida sino a costa de poner en peligro otros bienes que gozan, igualmente, de protección constitucional, como por ejemplo la persecución y la sanción del delito.

El ejercicio de la gracia presidencial, asimismo, es **excepcional** en la medida que ordinariamente es al Poder Judicial al que le corresponde administrar justicia, de conformidad con el artículo 138° de la Constitución. De hacerse corriente su ejercicio no sólo se estaría convirtiendo en una suerte de “sistema judicial paralelo”, sino que también su ejercicio abusivo (artículo 103° de la Constitución) puede embozar una sustracción a la acción de la justicia, lo cual se agrava si están de por medio delitos cuya persecución y sanción están previstos en la propia Constitución, como son el de terrorismo (artículo 2° inciso 24, literal f), tráfico ilícito de drogas (artículo 8°) y corrupción (artículo 41°), entre otros.

La gracia presidencial a la par que su ejercicio debe ser excepcional también es **limitado**. Precisamente, si hay algo que caracteriza a los actuales Estados constitucionales y democráticos de Derecho es, a la luz de los derechos fundamentales y de los principios y valores constitucionales, la racionalización del ejercicio no sólo del poder público sino también de los poderes privados. Es decir, un sometimiento más intenso de éstos a los principios jurídicos de supremacía y de fuerza normativa de la Constitución(…)

El derecho de gracia está sujeto, pues, a dos clases de límites constitucionales básicamente: 1) límites materiales y 2) límites formales. Entran en la consideración como *límites materiales* explícitos e implícitos los derechos fundamentales en general, además de los principios y valores constitucionales. Concretamente, del artículo 2°-24-f de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico se deriva que hay bienes constitucionales como la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y la corrupción (artículos 39°, 42°, 45° y 139°-4) que constituyen límites materiales del ejercicio del derecho de gracia, al igual el principio de persecución y sanción del delito, el principio de no impunidad, de la misma forma que el derecho a la verdad (STC 2488-2002-HC/TC).

En cuanto a los *límites formales* el propio artículo 118° inciso 21 de la Constitución reconoce al derecho de gracia para aquellos procesados en los cuales la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria, de lo cual se derivan: a) que se trate de procesados (obvio, no de sentenciados), b) que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria; y c) la necesidad del refrendo ministerial (artículo 120°).

### 3.6. Límites del derecho de gracia presidencial en relación con instituciones análogas

“Cabe recordar lo señalado por este Tribunal respecto de la amnistía, la cual al igual que la gracia presidencial- extingue la acción penal. Al respecto, según lo estableció la jurisprudencia de este Tribunal, la amnistía tiene límites tanto formales como materiales (Cfr. Exp. N.º 0679-2005-PA/TC).

Así, este Tribunal ha determinado que constituyen límites formales a dicha facultad congresal, que la misma sólo puede formalizarse en virtud de una ley ordinaria. Ello implica que además de respetar los principios constitucionales que informan el procedimiento legislativo, debe observarse los criterios de generalidad y abstracción exigidos por el artículo 103 de la Constitución. Igualmente, las leyes de amnistía deben respetar el principio-derecho de igualdad jurídica, lo que impide que, previsto el ámbito de aplicación de la ley de amnistía, el legislador pueda brindar un tratamiento diferenciado que no satisfaga las exigencias que impone el principio de proporcionalidad.

Tampoco la amnistía puede fundarse en un motivo incompatible con la Constitución. En este sentido el Tribunal Constitucional determinó que cualquiera que sea la competencia constitucional de que se trate, el ejercicio de la labor del legislador debe estar orientado a garantizar y proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución) y a servir a las obligaciones derivadas del artículo 44 de la Ley Fundamental, esto es, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

### **3.7. Principios materiales que limitan el ejercicio del derecho de gracia presidencial**

En lo referente a los límites materiales de la gracia presidencial, es de señalarse que en tanto interviene en la política criminal del Estado, tendrá como límites el respetar los fines constitucionalmente protegidos de las penas, a saber fines preventivo especiales (artículo 139, inciso 22 de la Constitución) y fines preventivo generales, derivados del artículo 44 de la Constitución y de la vertiente objetiva del derecho a la libertad y seguridad personales. (Cfr. Exp. N°. 019-205-PI/TC). Asimismo, el derecho de gracia, en tanto implica interceder ante alguno o algunos de los procesados en lugar de otros, debe ser compatibilizado con el principio-derecho de igualdad. Así, será válida conforme al principio de igualdad la gracia concedida sobre la base de las especiales condiciones del procesado.

En este sentido, la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial.

Por el contrario, la concesión de la gracia presidencial en un caso en el que la situación del procesado no sea distinta a la de los demás procesados y no existan razones humanitarias para su concesión, será, además de atentatoria del principio de igualdad, vulneratoria de los fines preventivo generales de las penas constitucionalmente reconocidos, fomentando la impunidad en la persecución de conductas que atentan contra bienes constitucionalmente relevantes que es necesario proteger”.

### La Desaparición Forzada de Personas como delito permanente: Consecuencias Dogmático Penales

**Autor:** Yván Montoya Vivanco

**Fuente:** Cuaderno de Trabajo N° 11, Lima, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

**Acceso al artículo:**

<http://www.pucp.edu.pe/idehpucp/images/docs/la%20desaparicion%20forzada%20de%20personas%20como%20delito%20permanente%20-%20yvan%20montoya.pdf>

#### Extractos de interés

##### 1. Tesis que explican la existencia y naturaleza de los delitos permanentes

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 (1), 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 (2). 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 (3). 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.

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 (4) 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. (...) Como puede apreciarse, esta concepción monista no impide (...) 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). (...)

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 (5) 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, apenas 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. (...)

La posición antes planteada nos lleva a hacer algunas precisiones con relación a la terminación y al agotamiento como fases del delito. (...) 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 (6).

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 (7)), sino con la cesación de la permanencia (8). 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 manera, entonces, la prolongación de la situación antijurídica que caracteriza a los delitos permanentes debe tener una incidencia sobre estos elementos. (...)

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 (9). 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 (10). (...) 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 (11).

## 2. 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" (12). 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 (13). 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 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.

### 3. Desaparición forzada como delito de naturaleza compleja: debate sobre 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.

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>(14)</sup> en su tesis de investigación sobre este delito. Así por ejemplo, con relación a la vida algunas posiciones doctrinales <sup>(15)</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>(16)</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. (...) 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.

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. (...) 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 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>(17)</sup> de personas detenidas y desaparecidas que a través de esta práctica, la persona queda desprotegida del derecho al impedírsele a la víctima o a sus familiares interponer los recursos legales en su favor <sup>(18)</sup>.

(...) configurar la prohibición de la desaparición forzada de personas como un delito que afecta tales garantías del debido proceso la 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.

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 (19). (...)

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.

#### **4. Desaparición forzada de personas: definición del bien jurídico protegido**

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) (20). 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. (...)

(...)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. (...) se niega unilateralmente al ser humano su calidad de tal, es decir, se niega su reconocimiento como centro integral de derechos y obligaciones.

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. (...)

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 (21). (...)

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 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”.

### 5. 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 (22) y no un delito de resultado típico como ha sido sostenido en una parte de la doctrina (23). (...)

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 practica de las torturas y ejecuciones extrajudiciales” (24). (...)

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 situación del detenido” (25). (...)

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 (26)(...)

(...) 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. (...)

(...) 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 (27), 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 (28). 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 (29). Como hemos mencionado anteriormente, la omisión de proporcionar la información debida configura en sí misma la desaparición de la persona inicialmente detenida.

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 (30):

**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.

(...) Dentro de los tipos de omisión pura, Silva reconoce dos subtipos (31), 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.

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 (32) (...)

### 6. Desaparición forzada como delito permanente

(...) 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, (...) 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).

## **7. Consecuencias dogmáticas derivadas de la caracterización de la desaparición forzada de personas como delito permanente**

### 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 (33). 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 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 (...)

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.

### 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 (34). 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 (35).

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 (36). 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 (37).

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.

### C. Con relación a la prescripción de la acción penal:

(...)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.

### Notas al pie

(1) FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO. p. 651. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Bogotá. 2006. p. 651.

(2) LLORIA GARCÍA, Paz. *Aproximación al estudio del delito permanente*. Editorial Comares. Granada. 2006. p. 18

(3) HUERTATOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuricidad*. Ed. Madrid. 1984.

(4) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edición. Ed. Reppertor. Barcelona. 2008. p. 224

(5) 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.

(6) LLORIA GARCÍA, Paz. *Op. Cit.* p. 100.

(7) *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).*

(8) *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.*

(9) *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.*

(10) *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*

(11) LLORIA GARCÍA, Paz. *Op. Cit.* p. 73

(12) GOMEZ MARTIN, Víctor. *Los delitos especiales. Edisofer/Indef. Buenos Aires. 2006. p. 11.*

(13) GOMEZ MARTIN, Víctor. *Op. Cit.* p. 11.

(14) VELEZ, Giovanna. *La Desaparición Forzada de las Personas y su tipificación en el Código Penal peruano. Fondo Editorial PUCP. Lima. 2004. 178 p.*

(15) *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.*

(16) *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.*

(17) *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 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"*

(18) *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*

(19) VELEZ, Giovanna. *Op. Cit.* p. 110.

(20) 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.*

### Notas al pie

- (21) "Derechos post mortem de la persona", VILLARREAL. Héctor, septiembre de 2003 en: <http://hectorvillarreal.info/articulos/arti.htm>
- (22) 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.
- (23) VELEZ, Giovanna. Op. Cit. p. 149
- (24) INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL. *Series Penales*. Lima. 1991. p. 42.
- (25) MEINI MENDEZ, Iván. "Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano". Op. Cit. p. 124.
- (26) MONTOYA VIVANCO, Yvan. "Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano". Op. Cit. p. 57.
- (27) *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*
- (28) Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y Sistema*. Ed. Bosch. Zaragoza. 1986. p. 343.
- (29) 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.
- (30) MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 316.
- (31) 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.
- (32) MEINI MENDEZ, Iván. "Los delitos contra la humanidad en el ordenamiento legal peruano". Op. Cit. p. 125.
- (33) 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*. Op. Cit. p. 57.
- (34) 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.
- (35) 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).
- (36) Este aspecto parece ser sostenida por CASTELLO NICAS, Nuria. Op. cit. p. 11.
- (37) 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.