

PROPUESTA DE TIPO PENAL DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO CONDUCTA CRIMEN DE LESA HUMANIDAD PARA EL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE¹

CRIMINAL APPROACH OF THE ENFORCED DISAPPEARANCE OFFENSE AS A CONDUCT OF CRIMES AGAINST HUMANITY FOR THE COSTARRICAN CRIMINAL CODE

Rafael Andree Salgado Mejía²

DOI: <https://doi.org/10.5377/lrd.v40i1.8904>

RESUMEN:

El propósito de este trabajo es analizar cómo se encuentra tipificado el crimen de lesa humanidad en el Código Penal de Costa Rica, con el objetivo de determinar si la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad se encuentra bajo los parámetros internacionales de la definición de desaparición forzada. Asimismo, se demostrará que no se puede tipificar la desaparición forzada como delito y como conducta de crimen de lesa humanidad en un único tipo penal. Si bien es cierto, se hará alusión a principios, sentencias y normas, la postura epistemológica a utilizar será el formalismo jurídico porque nos centraremos en la normativa nacional e internacional. Finalmente, se harán algunas propuestas para tipificar la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad en el Código Penal de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Código Penal de la República de Costa Rica; Crimen de lesa humanidad; Derechos Humanos; Desaparición Forzada.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze how the crime against humanity is classified in the Criminal Code of Costa Rica, in order to determine whether the enforced disappearance as a crime against humanity is under international standards of the definition of enforced disappearance. Likewise, it will be show that enforced disappearance cannot be classified as a crime and as a crime against humanity in a single criminal category. Although it is true, reference will be made to the principles, judgments and norms, the epistemological position to be used will be legal formalism because we will focus on national and international regulations. Finally, some suggestions will be made to classify enforced disappearance as a crime against humanity in the Criminal Code of Costa Rica.

KEY WORDS: Penal Code of the Republic of Costa Rica, Crime against humanity; Human Rights; Enforced disappearance.

Fecha de recepción: 07 de abril del 2019

Fecha de aprobación: 15 de octubre del 2019

¹ El presente artículo fue expuesto el 22 de agosto de 2018 en las Segundas Jornadas de Derecho Penal Internacional, Avances y Desafíos, con ocasión a los 20 años del Estatuto de Roma que instaura la Corte Penal Internacional realizado en el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica con motivo que con el mismo fui ganador del concurso de ensayos organizado por la Universidad de Costa Rica, la Maestría en Ciencias Penales y la Asociación Costarricense de Derecho Internacional - ACODI. Sin embargo, para la presente publicación se realizaron algunas modificaciones que no fueron desarrolladas en el trabajo ganador y son exclusivas para la presente revista. Este trabajo corresponde a las investigaciones realizadas y contempladas en el Capítulo III de la tesis para optar al grado de Maestro en Derechos Humanos titulada: ¿CÓMO TIPIFICAR LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNO?: PROPUESTA PARA EL NUEVO CÓDIGO PENAL HONDUREÑO, pero para la presente publicación se adaptó al contexto costarricense.

² Egresado de la Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México y Abogado por la Universidad Nacional Autónoma de Honduras (UNAH). Coordinador de la Carrera de Derecho de la Universidad Metropolitana de Honduras, rasmsr@hotmail.com, rsalgado@unimetro.edu.hn.

I. INTRODUCCIÓN:

En la actualidad existen cuatro instrumentos internacionales que definen la Desaparición Forzada de Personas, de los cuales, uno es una declaración y tres son tratados internacionales; uno es regional y tres universales; uno es de Derecho Penal y tres sobre Derechos Humanos; uno de carácter no vinculante³ y tres de carácter vinculante y estos últimos, en virtud a los principios *de buena fe* y la norma *Pacta Sunt Servanda* obligan al Estado Costarricense: La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, ratificada el 2 de junio de 1996 (CIDH); el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal internacional, ratificado el 7 de junio de 2001 (ICC) y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, ratificada el 16 de febrero de 2012 (United Nations).

Considerando las definiciones de desaparición forzada de personas contenida en los instrumentos antes referidos, se analizará el Código Penal de Costa Rica y se determinará si la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad se encuentra o no, bajo los parámetros internacionales de la definición de desaparición forzada. Asimismo, se dilucidará que no se puede tipificar la desaparición forzada como delito y como conducta de crimen de lesa humanidad en un único tipo penal, para demostrar esto, se desarrollará la siguiente metodología.

II. METODOLOGÍA:

En principio se analizará cómo se encuentra regulada la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad en el código penal costarricense; luego, se identificarán las diferencias entre la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad y como delito en el derecho internacional de los derechos humanos, para ello, se identifican los elementos establecidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma con respecto al crimen de lesa humanidad y que Kai Ambos denomina generales o

³ la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada en 1992 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

de contexto (2009) y consecutivamente se analizarán los tres componentes identificables en las definiciones de desaparición forzada que se encuentran en los instrumentos internacionales sobre la materia: sujeto activo o perpetrador (I), conducta (II) y consecuencia (III). Finalmente, se desarrollarán las conclusiones del trabajo y se hará una propuesta definición de desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad para el Código Penal de Costa Rica.

III. LA DESAPARICION FORZADA COMO CONDUCTA DE CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL CODIGO PENAL COSTARRICENSE

El caso costarricense es *sui generis* porque las definiciones de desaparición forzada contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos -La Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas- y de derecho penal -Estatuto de Roma- son aplicables si a su vez se cumplen los elementos de contexto del crimen de lesa humanidad. Esta aseveración se hace en vista que el artículo 386 del Código Penal señala que este crimen se materializa cuando se reúnen los elementos de contexto y, además, se comete cualquier acto que pueda calificarse como crimen de lesa humanidad que, entre esos actos, el artículo 7, numeral 1, letra i) del ER incluye la desaparición forzada de personas.

Artículo 386.- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma. (SCIJ)

A prima facie el Código Penal al no señalar los actos que constituyen crimen de lesa humanidad porque los remite a los “tratados internacionales de los

cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma” resulta contrario al principio de legalidad reconocido en el propio código penal⁴ y en su Constitución Política⁵. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En adelante CIDH) se ha referido sobre la formulación de tipos penales conforme al principio de legalidad, indicando que ese principio consta de dos dimensiones: una formal y otra material. Ésta última la explica de la siguiente manera:

[L]a dimensión material del principio de legalidad implica que los tipos penales estén formulados *sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos que no constituyen delitos sancionables o son sancionables bajo otras figuras penales.* (CIDH 2015, párr. 243, énfasis propio)

La Corte IDH en cuanto a la dimensión material del principio de legalidad sostiene una postura similar de la CIDH exponiendo que:

La elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, *en forma expresa, precisa, taxativa y previa.* (Corte IDH 2014, párr.162, énfasis propio)

El artículo 386 del Código Penal da la posibilidad que sean consideradas las definiciones de desaparición forzada de personas del derecho internacional de los

⁴ Código Penal de la República de Costa Rica: Artículo 1. Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente.

⁵ Constitución Política de Costa Rica: Artículo 39. A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indicado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad...” Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>

derechos humanos y del derecho internacional penal. Para el caso del tipo penal de la Desaparición Forzada de Personas, hay que tomar en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos establece elementos de la desaparición forzada de personas que se oponen a los del derecho internacional penal y de igual manera éste con respecto al otro, por ello, lo ideal es que dicha conducta se encuentre escrita en ley, tipificada, especificada y de forma clara, para garantizar su sentido inequívoco. Asimismo, los instrumentos internacionales de derechos humanos, en oposición a los de derecho internacional penal -Estatuto de Roma- no establecen tipos penales, sino estándares internacionales, en ese sentido, los Estados deberán armonizar en sus respectivas legislaciones internas a dichos estándares.

IV. DISTAS DE LA DESAPARICION FORZADA COMO CONDUCTA DE CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA Y COMO DELITO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Para el análisis de la desaparición forzada de personas para su aplicación como conducta de crimen de lesa humanidad se harán varias precisiones, ya que, como se demostrará, no podríamos tratar de mezclar en un único tipo penal los elementos de cada uno de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos sobre Desaparición Forzada de personas con el tipificado en el artículo 7 del Estatuto de Roma⁴

4.1. ELEMENTOS DE CONTEXTO

En el artículo 7, numeral 1, se identifican los elementos de contexto del crimen de lesa humanidad, señalando conducentemente que, “se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque” (ONU 1998, artículo 7 numeral 1). Por lo que se explicará en qué consiste cada elemento así:

4.1.1. ATAQUE

El ER señala que deberá entenderse como “ataque contra una población civil”: “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política” (ONU 1998, artículo 7 numeral 2, fracción a)). Si nos remitimos a la jurisprudencia del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, 1993 (En adelante TIPY) se entiende “como el curso de una conducta que involucra la comisión de actos de violencia., sea o no armada” (Medellín Urquiaga, Arjona Estévez y Guevara B 2009, p.70).

4.1.2. EL ATAQUE DEBE SER GENERALIZADO O SISTEMÁTICO

El TIPY “se refiere a la naturaleza extensa (a generalizada) del ataque y a la cantidad de personas seleccionadas como objetivo.” También que, “[u]n delito puede ser generalizado por el ‘efecto acumulativo de la serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud” (Medellín Urquiaga, Arjona Estévez y Guevara B 2009, p.71). También, la jurisprudencia del TIPY asentó que, “el elemento de sistematicidad se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia casual” y que “[l]os patrones de los crímenes, en el sentido de repetición no accidental de una conducta criminal similar de manera regular, son una expresión común de dicha ocurrencia sistemática” (Medellín Urquiaga, Arjona Estévez y Guevara B 2009, p.71).

4.1.3. CONTRA UNA POBLACIÓN CIVIL

Ximena Medellín, Juan Carlos Arjona Estévez y José A. Guevara (2009), citando la jurisprudencia del TIPY se refieren a este elemento de la siguiente manera:

De conformidad con la jurisprudencia del TIPY, en los crímenes de lesa humanidad la población civil debe ser el principal objetivo del ataque. El término “población civil” debe ser interpretado de manera amplia, y se refiere a población que es predominantemente civil en su naturaleza. Una población podrá calificarse como “civil” aun cuando haya no-civiles dentro de ella, en tanto que continúe siendo predominantemente civil. La presencia dentro de la población de miembros de grupos de resistencia, antiguos combatientes, quienes han depuesto las armas, no altera por sí mismo la naturaleza civil de la población. (p.72)

4.2.4. CON CONOCIMIENTO DE DICHO ATAQUE

Este elemento se refiere a que el perpetrador haya tenido conocimiento de que cualquiera de las conductas que constan en el artículo 7 numeral 1 del ER era parte “de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo” (Medellín Urquiaga, Arjona Estévez y Guevara B 2009, p.72).

4.2. SUJETO ACTIVO O PERPETRADOR

Partiendo del análisis elaborado por Santiago Corcuera Cabezut⁶, los tres instrumentos de Derechos Humanos sobre desaparición forzada estipulan que para que se configure la conducta como desaparición forzada por parte de particulares o grupos de particulares, es decir, aquellos que no sean agentes del Estado, es necesario “que” hayan actuado con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Sin embargo, el Estatuto de Roma, señala conducentemente que “[p]or “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o *una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia*” (énfasis propio).

⁶ Maestro en Derecho por la Universidad de Cambridge, Inglaterra y Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana. Se ha desempeñado como presidente del Comité Coordinador de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, presidente del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la ONU y presidente del Comité de la ONU contra las Desapariciones Forzadas. Estas ideas fueron desarrolladas en el verano del 2017 durante las clases de la materia “Desaparición Forzada de Personas” en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

La tercera conjunción disyuntiva “o” de este fragmento es la que hace disímil esta definición de las otras tres tipificadas en los instrumentos de Derechos Humanos, porque en estas últimas se utiliza en lugar de la “o” la palabra “que”. Esto implica que para el Derecho Penal Internacional, la desaparición forzada puede ser cometida por agentes no estatales sin que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia de un agente del Estado, o si, pero esta conjunción “o” hace que desde la misma “o” hasta aquiescencia sea innecesaria porque para la definición del Estatuto de Roma una organización política sin la autorización, apoyo o aquiescencia puede ser responsable de este crimen en un contexto de crimen de lesa humanidad, es decir, que sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

La definición de desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad incorpora como autor a las organizaciones políticas, por ello, se puede afirmar que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la desaparición forzada es siempre un delito de Estado y por otro extremo para el Derecho Penal Internacional puede ser, ya sea un crimen de Estado o cometido por una organización política. Es importante hacer una precisión en cuanto al concepto de *organización*. El crimen de lesa humanidad es independiente de la guerra, no se debe probar un nexo con un conflicto armado, indistintamente de índole internacional o no, y además es indispensable que las conductas sean cometidas como parte de un *ataque generalizado o sistemático contra una población civil, con conocimiento de dicho ataque* (ONU 1998, artículo 7 numeral 1) y que dicho ataque sea parte de una línea de conducta de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política (ONU 1998, artículo 7, numeral 2, literal a))

En el Derecho Internacional Humanitario, *o jus in bello*, se requieren ciertos componentes para que una organización sea considerada como tal y los mismos los podemos apreciar en la definición de conflicto armado de carácter no internacional establecido en el artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios

de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional de 1977, el cual conducentemente señala que son aquellos:

[...] que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo. (CICR, art.1)

Podríamos concluir que, por analogía, se requiere que gocen de un nivel de organización colectiva que les permita llevar a cabo operaciones sostenidas y concertadas, y; que ejerzan un control mínimo sobre el territorio. Tal como señala y desarrolla Kai Ambos (2012) [...] Estos actores deben estar en condiciones de actuar como un Estado, es decir, deben poseer una capacidad similar en organización y fuerza” (p.7).

Open Society (2016) en un informe señala que el Juez de la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional, Hans Peter Kaul sostuvo en un voto disidente sobre la situación en Kenia, que de acuerdo con el Artículo 7 una “organización” en sí debe contar con las siguientes características “similares a un estado”: 1) composición por una colectividad de personas; 2) concebida y que actúa con un propósito común; 3) durante un período prolongado de tiempo; 4) bajo un mando responsable o con un determinado nivel de estructura jerárquica, que incluye como mínimo una política de algún grado; 5) con la capacidad de imponer la política entre sus miembros y sancionarlos, y; 6) con la capacidad y los medios a su disposición para atacar a cualquier población civil a gran escala. Según el Juez Kaul, los “grupos de personas orientadas a la violencia formados ad hoc, aleatoria y espontáneamente, para una ocasión pasajera, con miembros fluctuantes y sin estructura ni nivel para establecer una política no entran en el ámbito del Estatuto, incluso si cometen numerosos crímenes serios y organizados”. (Notas finales: 609)

En el caso de incorporar entre los perpetradores a agentes no estatales que no actúen con la aquiescencia, apoyo o autorización del Estado en el tipo penal de la desaparición forzada cuando esta no sea conducta de crimen de lesa humanidad, en el informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias sobre la visita a Colombia realizada del 5 al 13 de julio de 2005, en los párrafos 48 y 49 se señaló conducentemente lo siguiente:

48. Aunque la inclusión de agentes no estatales que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo o consentimiento *puede parecer a primera vista un progreso de la ley, en el sentido de que ofrece más protección que la definición limitada de la Declaración, el Grupo de Trabajo opina que la desaparición forzada es un “delito de Estado” (en oposición al secuestro). Aunque en otros casos de violaciones de los derechos humanos la inclusión de agentes no estatales ofrece de hecho más protección a las víctimas (por ejemplo, en el caso de la discriminación o de derechos humanos laborales o ambientales), en el caso de la desaparición forzada dicha inclusión diluye la responsabilidad del Estado.*

49. Por la misma razón, el Grupo de Trabajo se niega a aceptar la actitud oficial colombiana respecto de las “desapariciones”, que vincula la definición del fenómeno con los “secuestros”, o lo equipara incluso a éstos. *La aceptación de esta definición equivaldría a diluir o suprimir la responsabilidad del Estado por los actos de “desapariciones”. El Grupo de Trabajo se empeñó en recalcar que las “desapariciones” son responsabilidad del Estado, en tanto que los “secuestros” se atribuyen a individuos no estatales, pandillas o redes criminales. El Grupo de Trabajo también se esmeró en condenar tanto las “desapariciones” como los “secuestros”, indistintamente de sus perpetradores, como actos reprobables. (ONU 2006, énfasis propio)*

El Comité contra la Desaparición Forzada es del mismo criterio, en el 2016 ratifica lo dicho sobre la visita a Colombia por el grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias al señalar que:

15. El Comité observa que el artículo 165 del Código Penal establece que las conductas allí tipificadas pueden ser cometidas tanto por servidores públicos como por particulares actuando con o sin la determinación o aquiescencia de un servidor público. Al respecto, toma nota de la información proporcionada por el Estado parte de que esa definición obedece a las circunstancias específicas de las desapariciones en Colombia y de la afirmación de que la definición contenida en ese artículo “está ajustada a los elementos esenciales contenidos en el artículo 2 de la Convención” (véase CED/C/COL/Q/1/Add.1, párr. 29). Sin embargo, el Comité considera que uno de los elementos esenciales de la definición de desaparición forzada contenida en el artículo 2 de la Convención es justamente la intervención, directa o indirecta, de agentes estatales en la conducta delictiva, lo que la diferencia de otras conductas análogas, como se desprende de la lectura conjunta de los artículos 2 y 3. El Comité considera que incluir a actores no estatales en la definición del delito de desaparición forzada diluye la responsabilidad del Estado y que la definición amplia de desaparición forzada del artículo 165 del Código Penal podría tener consecuencias en otros planos, como por ejemplo la falta de claridad en las estadísticas o deficiencias en las búsquedas de personas desaparecidas e investigaciones penales que requieren métodos y estrategias diferenciados (arts. 2 a 4).

16. El Comité recomienda que el Estado parte adopte todas las medidas que sean necesarias para garantizar que la aplicación de la definición contenida en el artículo 165 del Código Penal garantice un eficaz desarrollo de las búsquedas de personas desaparecidas y de las investigaciones penales y no diluya la responsabilidad del Estado. (ONU 2016)

Empero, hay que tomar en cuenta que la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas en su artículo 3 dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 de la convención en referencia que sean obra de personas o grupos

de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.

Por otro extremo, *En el caso de extraer entre los perpetradores a agentes no estatales que no actúen con la aquiescencia, apoyo o autorización del Estado en el tipo penal de la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad*, si bien es cierto que la Corte Penal Internacional se instituye como un tribunal complementario a las jurisdicciones penales nacionales, cuyas facultades únicamente las puede ejercer en aquellos casos en que los Estados que podrían ejercer su jurisdicción no quieran o no puedan hacerlo -principio de complementariedad: artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma- este sería un buen argumento para que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia so explicación que el Estado no quiere y/o no puede juzgar este tipo de casos en razón de la tipificación de la desaparición forzada como conducta de un crimen de lesa humanidad, en el sentido que no se podría juzgar esta conducta como crimen de lesa humanidad cuando sea perpetrada por una organización política o particulares que actúen bajo la autorización, apoyo o aquiescencia de ésta, porque no se admiten como perpetradores. Para resolver estas cuestiones propongo lo siguiente:

Con respecto a *la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad*, se podría emplear la formula argentina, en el sentido que además de tipificar en su Código Penal la desaparición forzada de personas como delito, a través de la Ley 26.200⁷ señala, inter alia, que el crimen de lesa humanidad será punible para argentina de acuerdo a la tipificación del Estatuto de Roma en su artículo 7. En ese sentido se podría agregar una fórmula que indique que la desaparición forzada como conducta

⁷ ARTICULO 2º – El sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente. Las conductas descriptas en los artículos 6º, 7º, 8º y 70 del Estatuto de Roma y todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional, serán punibles para la República Argentina en la forma que esta ley prevé. Toda vez que el Estatuto de Roma hace referencia a “crímenes” debe entenderse como “delitos”. Ley 26.200, Ley de Implementación del Estatuto de Roma, Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>

de crimen de lesa humanidad se entenderá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 numerales 1) letra i) y 2) letras a) “e” i) del Estatuto de Roma o bien, agregar un tipo penal autónomo de desaparición forzada de personas y otro, como conducta de crimen de lesa humanidad ya sea el establecido en el artículo 7 fracción 2 literal i) del Estatuto de Roma o mejor aún, incorporar uno de mayor alcance a éste, es decir, modificando sus falencias.

Concomitantemente a la *obligación de investigar y sancionar las desapariciones forzadas cometidas por personas o grupos de personas sin la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado establecida en el artículo 3 de la Convención Internacional*, se podría adoptar la fórmula mexicana. En el sentido de incorporar un tipo penal autónomo de “Desaparición cometida por particulares”, empero, haciendo las correcciones que sugirió el Comité contra la Desaparición Forzada (ONU 2018) al Estado mexicano sobre la Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas al señalar que:

[...] la Ley General incluye la tipificación del delito de desaparición

[...] la Ley General incluye la tipificación del delito de desaparición forzada. No obstante, al Comité le preocupa que el artículo 34⁸ de la Ley General no desarrolla adecuadamente el artículo 3 de la Convención, en tanto incluye como elemento de la desaparición cometida por particulares, que la privación de la libertad se haya cometido con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero.

El Comité recomienda al Estado parte adoptar las medidas legislativas necesarias a fin de asegurar que la desaparición cometida por particulares sea tipificada de conformidad con el artículo 3 de la

⁸ Artículo 34. Incurrir en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona con la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero. A quien cometa este delito se le impondrá pena de veinticinco a cincuenta años de prisión y de cuatro mil a ocho mil días multa. Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGMDFP_171117.pdf

Convención [...]. (Párrs. 10 y 11)

En otras palabras, de acuerdo al Comité, la definición de la desaparición cometida por particulares debe contener exactamente las conductas descritas en el artículo 2 de la Convención Internacional, es decir, “el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad” seguida de “la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida”. Empero, se es del criterio que, no se debe subsumir la privación de la libertad en otro tipo penal porque afectaría el carácter autónomo del tipo, por ello, en lugar de agregar el arresto, la detención o el secuestro se sugiere la fórmula “cualquier forma de privación de la libertad” similar a la utilizada en la definición de desaparición forzada de personas establecida en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, verbigracia, como se encuentra en el artículo 5 de la Ley para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar la Desaparición de Personas en el Estado de Querétaro, México que dispone:

Artículo 5. Comete el delito de desaparición de personas por particulares, el que, sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia de servidores públicos, prive de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

4.3. CONDUCTA

En el Estatuto de Roma se distinguen dos momentos:

(I) *“la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia...”*

Todos los instrumentos internacionales sobre la materia se refieren a acciones que consisten en la privación de libertad de uno o más personas. Empero, La fórmula: “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma”, de la Convención Interamericana sobre la desaparición

forzada de personas, misma que si la comparamos con los demás instrumentos internacionales sobre la materia, resulta ser la de mayor especificidad y amplitud. El Estatuto de Roma se limita a “la aprehensión, la detención o el secuestro”, en ese sentido, no es recomendable introducir un tipo penal dentro de otro, porque afecta el carácter autónomo de este delito y mucho menos se recomienda limitar las formas de privación de la libertad, porque se requerirían de ciertos elementos propios del tipo que se trate y adicionales al tipo de desaparición forzada para que se configure. La Corte IDH en la sentencia de 12 de agosto de 2008 del caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, señaló que, “una privación de libertad puede que sea legal en un principio, pero devenga ilegal al cabo de cierto tiempo o por determinadas circunstancias” (Corte IDH 2008, párr. 193) Asimismo, la Corte IDH, ha señalado que:

[...] la desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado, caracterizado por la violación múltiple de varios derechos protegidos en la Convención. En tal sentido, y en atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas, no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura u homicidio, entre otras. (Corte IDH, 2009, párr. 238)

(II) *“[S]eguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas...”*

Las palabras “seguido de” del Estatuto de Roma, tienen la misma función copulativa que las palabras “y que luego” de la definición de la declaración del 92, “seguida de” de la definición de la convención interamericana como de la convención internacional, en el sentido que unen ciertas circunstancias que deben cumplirse adicionalmente pero no de forma inmediata a la privación de libertad para que se configure el delito. Las referidas circunstancias son “la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas.” Si la comparamos esta fórmula a la establecida en los tres instrumentos internacionales

de derechos humanos sobre la materia es identificable que son similares, por ejemplo, en la Declaración del 92 se refiere a *se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad*; la Convención Interamericana indica *la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona*; la Convención Internacional describe *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*, el cual si nos remitimos al dictamen aprobado por el Comité contra la Desaparición Forzada respecto de la comunicación número 1/2013, correspondiente al caso del Señor Roberto Agustín Yrusta de nacionalidad argentina mismo que conoció en función de sus facultades cuasi jurisdiccionales, se interpretó que [...] la falta de información o la negativa a reconocer una privación de la libertad constituyen una forma de ocultamiento para los efectos del artículo 2 de la Convención.” (ONU 2016, párr.10.4)

4.4. II.IV CONSECUENCIA

El componente consecuencial en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no es un elemento *per se* de la tipo penal, sino una consecuencia o efecto de la conducta. No obstante, el Estatuto de Roma, instrumento de derecho penal internacional si establece como elemento del tipo “la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” (ONU 1998, artículo 7, numeral 2 letra i)). El artículo 5 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas señala que la “práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”, es decir, confirma que no es lo mismo una desaparición forzada *per se*, que una cometida dentro de una práctica generalizada o sistemática, las cuales pertenecen a dos ramas diferentes del Derecho Internacional (Derechos humanos y Derecho Penal) y por ello, al estar definidas de conformidad a cada rama, reconoce que

no contienen el mismo contenido. Asimismo, dicho contenido contiene consecuencias diferentes, es decir obligan de forma diferente. Por ello, la obligación de tipificar el delito de desaparición forzada *per se* -que vale mencionar en un instrumento de derecho penal nacional- establecida en el artículo 4 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas es de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no del Derecho Penal Internacional, salvo que en esta última de conformidad con el *principio pro persona* y de los artículos 37⁹ y 43¹⁰ de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, contenga normas más favorables a las reconocidas en la supra Convención. No obstante, al agregar como elemento del tipo “la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” vendría a socavar la posibilidad de ejercitar una acción jurisdiccional porque habría que probarse el elemento *mens rea*, lo que resulta casi imposible y lo que a la postre se convertiría en letra muerta el contenido de la definición.

Respecto a la fórmula “por un período prolongado”, el Comité contra la Desaparición Forzada en el caso Yrusta aludió que:

[...] para constituir una desaparición forzada, la privación de libertad debe ser 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, cualquiera sea la duración de dicha privación de libertad u ocultamiento. (ONU 2016, párr.10.3)

Por estos motivos es preferible la fórmula que deja

⁹ Artículo 37: Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

¹⁰ Artículo 37: Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

claro que este elemento es una consecuencia del tipo y no un elemento *per se* del tipo.

V. CONCLUSIONES

PRIMERO: En la legislación costarricense la desaparición forzada solo se encuentra regulada como conducta de crimen de lesa humanidad, es decir, solo se materializa si se cumplen los elementos de contexto y, le es aplicable las definiciones de desaparición forzada contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho penal.

SEGUNDO: Para el Derecho Penal Internacional, en oposición al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la desaparición forzada puede ser cometida por agentes no estatales sin que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia de un agente del Estado. Por ello, se propone que en el Código Penal de Costa Rica se indique que la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad se entenderá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 del Estatuto de Roma o bien, agregar un tipo penal autónomo de desaparición forzada de personas como conducta de crimen de lesa humanidad ya sea el establecido en el artículo 7 fracción 2 literal i) del Estatuto de Roma o incorporar uno de mayor alcance a éste, es decir, modificando los elementos de conducta y consecuencia. Es importante mencionar que al referirme a la propuesta de incorporar un tipo penal de mayor alcance, si bien se identificó que tanto el sujeto activo, conducta y consecuencia de la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad no son afines con las definiciones de desaparición forzada que se encuentran en los instrumentos internacionales de derechos humanos, de hacer estas modificaciones no implica una contradicción si consideramos que el propósito de este trabajo es demostrar que se deben tipificar de forma separada, ya que la imposibilidad de regular la desaparición forzada como delito y como conducta de crimen de lesa humanidad deriva en el elemento del sujeto activo ya que tanto el grupo de trabajo como el Comité de las Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada han señalado que de incluir como perpetradores a actores no estatales en la definición del delito de desaparición

forzada se diluye o suprime la responsabilidad del Estado, y a *contario sensu*, de suprimir a los agentes no estatales de la definición de desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad no se podría juzgar este crimen cuando sea perpetrada por una organización política o particulares que actúen bajo la autorización, apoyo o aquiescencia de ésta. No obstante, de modificar los elementos de conducta y consecuencia de la definición de desaparición forzada cuando adquiera el nivel de lesa humanidad brindaría mayor protección a las víctimas de este atroz crimen al aplicar el estándar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

TERCERO: Con respecto a la obligación de investigar y sancionar las conductas definidas en la desaparición forzada de personas como delito cometida por personas o grupos de personas sin la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado establecida en el artículo 3 de la Convención Internacional, se sugiere incorporar un tipo penal autónomo de “Desaparición”.

CUARTO: El Estatuto de Roma dispone “la aprehensión, la detención o el secuestro” en ese sentido, no es recomendable limitarlo a determinadas conductas de privación de la libertad ni introducir un tipo penal dentro de otro, porque afecta el carácter autónomo de la desaparición forzada. En este caso, se sugiere que se tipifique la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad con la fórmula de la Convención Interamericana sobre la materia que señala: “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma.”

QUINTO: El componente consecencial en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no es un elemento *per se* del tipo penal, sino una consecuencia o efecto de la conducta. No obstante, el Estatuto de Roma instrumento de derecho penal internacional si establece como elemento del tipo “la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.” El Comité contra la Desaparición Forzada en el caso Yrusta señaló que, de cristalizarse la privación de la libertad, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer

dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, indistintamente del tiempo en que se encuentre desaparecida la víctima, el delito se configura. Por ello, se sugiere modificar este elemento de la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad.

SEXTO: De tomarse en cuenta todas las consideraciones desarrolladas en este trabajo se hacen las siguientes propuestas:

Crimen de lesa humanidad. Se impondrá prisión de..., quien realiza cualquiera de los actos siguientes cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil, y con conocimiento de dicho ataque, entendiéndose como “ataque contra una población civil” una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos siguientes en contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política:

[...] i) Desaparición forzada de personas.

Opción 1): Para efectos del párrafo primero, por “desaparición forzada de personas” se entenderá lo dispuesto en el artículo 7, numeral 2, letra i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Opción 2): Para efectos del párrafo primero, por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Opción 3): Para efectos del párrafo primero, por “desaparición forzada de personas” se entenderá la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o miembros de una organización política o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de una organización política, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer

dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, cualquiera que sea la duración de su desaparición, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

VI. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 31 de la Convención, respecto de la comunicación número 1/2013 (Comité contra la Desaparición Forzada, 2016).
- Ambos, Kai. «Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional.» *Revista General de Derecho Penal* 17, 2012: 1-30.
- Ambos, Kai, y María Laura Bönm. *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa,* en *Desaparición Forzada de personas: análisis comparado e internacional.* Bogotá: Temis S.A., 2009.
- CICR. «Comité Internacional de la Cruz Roja.» *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional,* 1977. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm> (último acceso: 17 de Julio de 2018).
- CICR. «Elementos Esenciales para Regular la Desaparición de Personas.» Delegación para México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja, 2015.
- CIDH. «A-60: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.» <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos7a.htm> (último acceso: 17 de Julio de 2018).
- CIDH. «Informe Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos.» 2015.
- Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas),*

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf (último acceso: 16 de octubre de 2019).

- Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile* sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf (último acceso: 16 de octubre de 2019).
- Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf (último acceso: 16 de octubre de 2019).
- ICC. «International Criminal Court.» https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/Pages/costa%20rica.aspx (último acceso: 17 de Julio de 2018).
- Medellín Urquiaga, Ximena, Juan Carlos Arjona Estévez, y José A. Guevara B. *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- *Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*. CED/C/MEX/FU/1 (Comité contra la Desaparición Forzada, 19 de Noviembre de 2018).
- ONU, «Comité contra la Desaparición Forzada.» CED/C/COL/CO/1. 27 de Octubre de 2016. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fCOL%2fCO%2f1&Lang=es (último acceso: 7 de Abril de 2018).
- ONU, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Roma, 1998.
- ONU. «Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, misión a Colombia.» 2006.
- Open Society Justice Initiative. «Atrocidades Innegables: Confrontando Crímenes de lesa humanidad en México.» 2016. <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/undeniable-atrocities-esp->
- SCIJ. «Sistema Costarricense de Información Jurídica.» http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027 (último acceso: 17 de Julio de 2018).
- United Nations. «International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: New York, 20 December 2006.» United Nations Treaty Collection. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=en (último acceso: 17 de Julio de 2018).