

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Estudios con Reconocimiento de Validez Oficial por Decreto Presidencial
del 3 de abril de 1981



**“¿CÓMO TIPIFICAR LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS
EN EL DERECHO INTERNO?: PROPUESTA PARA EL NUEVO CÓDIGO
PENAL HONDUREÑO”**

TESIS

Que para obtener el grado de

MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS

Presenta

RAFAEL ANDREE SALGADO MEJÍA

Director

GIOVANNI AZAEL FIGUEROA MEJÍA

Lectores

Mtro. Santiago Corcuera Cabezut

Mtro. Alán García Campos

AGRADECIMIENTOS

A mi madre, Mildred Oneyda Mejía Amaya, y a mis hermanas y hermano, Joselinne Nadienka, Mildred Raquel y Luis Manuel, todos Salgado Mejía, quienes a pesar de la distancia, siempre me apoyaron incondicionalmente durante realicé mis estudios de maestría.

Al Dr. Giovanni Azael Figueroa Mejía, por haber accedido a ser mi Director de tesis, a pesar de sus diversas actividades académicas. Por su paciencia, comprensión y apoyo en la realización del presente trabajo durante todo el tiempo que me encontré en México y en mi natal Honduras.

Al Maestro Santiago Corcuera Cabezut, al Maestro Alán García Campos y al Dr. Isidro Mendoza, por aceptar ser mis revisores, por sus valiosas contribuciones y por sus puntuales señalamientos que me permitieron desarrollar de forma más clara mi trabajo. Docentes a quienes les tengo mucha admiración y tuve el honor de conocer durante el proceso de mi Maestría en las asignaturas de Desaparición Forzada de Personas, Seminario de Derechos Civiles y Políticos y Seminario de Investigación, respectivamente.

A la Agencia Mexicana de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AMEXCID) por contribuir en mi formación profesional al patrocinar mis estudios de maestría en la prestigiosa Universidad Iberoamericana (UIA).

Este trabajo de investigación fue realizado con una beca de excelencia otorgada por el Gobierno de México, a través de la Secretaría de Relaciones Exteriores

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I.- CONTEXTO Y DERECHO COMPARADO.....	8
I. CONTEXTO.....	8
II. DERECHO COMPARADO.....	18
<i>II.I. Estados que no han ratificado ningún instrumento internacional o la totalidad de instrumentos vinculantes sobre desaparición forzada de personas.....</i>	<i>19</i>
II.I.I. Nicaragua.....	19
II.I. II. El Salvador.....	20
II.I.III Guatemala.....	23
<i>II.II. Estados que han ratificado la totalidad de instrumentos internacionales vinculantes sobre desaparición forzada de personas.....</i>	<i>26</i>
II.II.I Argentina.....	26
II.II. II. Colombia.....	28
II.II.III. Costa Rica.....	34
II.II.IV México.....	36
II.II.V. Panamá.....	38
CAPITULO II.- DESAPARICIÓN FORZADA Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	40
I. PERPETRADOR O SUJETO ACTIVO.....	42
II. CONDUCTA.....	46
<i>II.I. Privación de la libertad, cualquiera que fuere su forma.....</i>	<i>46</i>
<i>II.II. Características de la Desaparición Forzada de personas.....</i>	<i>49</i>
II.II.I. Es Pluriofensiva.....	49
II.II. II. Es continuada o permanente.....	50
II.II.III. Es imprescriptible y de carácter jus cogens.....	51
<i>II.III. 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.....</i>	<i>54</i>
III. CONSECUENCIA.....	57
CAPITULO III.- DESAPARICION FORZADA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL.....	60
I. ELEMENTOS DE CONTEXTO.....	60
I.I. Ataque.....	60
I.II. El ataque debe ser generalizado o sistemático.....	60
I.III. Contra una población civil.....	63
I.IV. Con conocimiento de dicho ataque.....	64
II. ANALISIS DE LA DEFINICION.....	64
CONCLUSIONES Y PROPUESTA.....	82
BIBLIOHEMEROGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar las definiciones de la Desaparición Forzada de Personas establecidas en Código Penal Hondureño vigente, Decreto 144-83 (En adelante CPHV) y en el nuevo Código Penal para Honduras, Decreto 130-2017 (En adelante NCPH) mismo que fue publicado el 10 de mayo de 2019 en el Diario Oficial “La Gaceta” número 34,940 y en su artículo 635 dispone que entrará en vigencia seis (6) meses después de su publicación.¹ Igualmente, se analizarán los artículos que son incorporados en el NCPH que se refieren a la desaparición forzada cuando ésta alcanza el nivel de crimen de lesa humanidad.

Dichos análisis tendrán como objetivo determinar si las definiciones de desaparición forzada como delito *per se* y como conducta de crimen de lesa humanidad contenidas en el CPHV y NCPH cumplen con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional.

En la actualidad existen cuatro instrumentos internacionales que definen la Desaparición Forzada de Personas, mismos que son del tipo normativo, en oposición a los sinalagmáticos, porque obligan a los Estados para beneficio de la Humanidad,² 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 vinculante y tres de carácter vinculante y estos últimos, en virtud a los principios de *buena*

¹ Este nuevo Código Penal, fue introducido a la cámara legislativa el 25 de agosto de 2015, fecha en que también se nombró a una comisión especial multipartidaria para elaborar el dictamen con el apoyo de un equipo de consultores internacionales, con la intención, inter alia, de darle a los operadores de justicia un instrumento moderno en el que se incorporen los avances contemporáneos del Derecho Penal, o bien de los Derechos Humanos *per se*. Proceso Digital, “Aprobado el nuevo Código Penal de Honduras”, 18 de enero de 2018, <http://www.proceso.hn/nacionales/9-nacionales/aprobado-el-nuevo-codigo-penal-de-honduras.html>

² Santiago Corcuera Cabezut señala que aquellos tratados internacionales que, “se prevén para beneficio de las personas que habitan en el territorio de los Estados que celebran el tratado” son de índole normativa, es decir, que no son de aquellos de índole sinalagmática, en los que, “los derechos y las obligaciones se definen como prestaciones y contraprestaciones recíprocas entre los Estados partes”, que “de ellos derivan obligaciones bilaterales. Un ejemplo son los tratados de intercambio comercial.” Confróntese en: Corcuera Cabezut, Santiago, Los derechos humanos, aspectos jurídicos generales, México, OXFORD, 2016, p. 104.

fe y la norma *Pacta Sunt Servanda*, obligan al Estado Hondureño: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (En adelante la Convención Interamericana),³ el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (En adelante el Estatuto),⁴ y; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (En adelante la Convención Internacional).⁵

Bastaría analizar el tipo penal del NCPH tomando en cuanto que el Decreto 144-83 contentivo del CPHV y todas sus reformas se abrogará. Empero, se estima que es necesario incluirlo para determinar cuál se ajusta más a los estándares internacionales sobre la definición de desaparición forzada de personas, en el entendido que se parte con la hipótesis que el tipo penal del CPHV no los cumple. Estos tipos penales hondureños se encuentran establecidos en los artículos 333-A del CPHV y 140 del NCPH de la siguiente forma:

Código Penal vigente (CPHV), Decreto 144-83, artículo 333-A:

Comete el delito de desaparición forzada y serán sancionados con penas de reclusión de quince (15) a veinte (20) años, y multa de veinticinco (25) a cincuenta (50) salarios mínimos, quienes actuando con autorización, apoyo o la aquiescencia de uno o más funcionarios o empleados públicos, prive de su libertad a una o más persona cualquiera que fuere su forma, con lo cual se limite o niegue el ejercicio de las garantías constitucionales y las garantías procesales pertinentes siempre que concurren cualquiera de las circunstancias siguientes;

- 1) Falta de información con la negativa a reconocer la privación de libertad; y,
- 2) Oculten o nieguen el paradero de la o las personas detenidas.

³ *La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (1994)*; ratificada por el Estado hondureño mediante Decreto No. 110-96 el 30 de julio de 1996, publicada en el Diario Oficial “La Gaceta” No. 28,329, el 5 de agosto de 1997 y depositada el 11 de julio de 2005.

⁴ *Estatuto de la Corte Penal internacional (1998)*; ratificado por el Estado hondureño mediante Decreto No. 236 – 2002 de 30 de mayo de 2002, publicado en el Diario Oficial “La Gaceta” No. 29, 815 de 24 de junio de 2002 y depositado el 1 de julio de 2002.

⁵ *la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas (2006)*; ratificada por el Estado hondureño el 1 de abril de 2008.

Cuando él o los imputados sean funcionarios o empleados públicos la pena se aumentará en un tercio (1/3).

Nuevo Código Penal para Honduras (NCPH), Decreto 130-2017, artículo 140:

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. Comete el delito de desaparición forzada de personas y debe ser castigado con las penas de quince (15) a veinte (20) años de prisión y suspensión de la ciudadanía, el funcionario público, agente del Estado o personas o grupo de personas, que actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, privan 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, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Cuando el hecho sea realizado por un funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones, además de las penas señaladas en el párrafo anterior, se le debe imponer la pena de inhabilitación absoluta de veinte (20) a veinticinco (25) años.

Para determinar si estos tipos penales hondureños se ajustan a los estándares internacionales sobre la materia, se analizarán con base en 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).

Cabe mencionar que, previo a ello, se detallará la evolución de la definición de la desaparición forzada en instrumentos internacionales sobre la materia y luego, se estudiará el tipo penal de la desaparición forzada de algunos países de nuestro hemisferio para posteriormente utilizando uno de los niveles de comparación jurídica entrar a analizar mejor el caso hondureño. Al conocer el derecho externo se podrá comprender mejor el propio.

Además, 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 porque éste último requiere de una tipificación autónoma y separada al estándar del derecho internacional de

los derechos humanos. En definitiva, realizado todo esto, se hará una propuesta del tipo penal de la desaparición forzada como delito *per se* y como conducta de crimen de lesa humanidad.

La postura epistemológica a utilizar será en tres planos o dimensiones, es decir, principios, normas y sentencias. No obstante, el trabajo se cimenta notoriamente en el formalismo jurídico.

CAPITULO I.- CONTEXTO Y DERECHO COMPARADO

Lucio Pegoraro comenta que la finalidad de la comparación –que no es la función principal, pero que tiene éxito– es “ver fuera para entender mejor el derecho propio.”⁶ Apunta que “[e]l derecho comparado puede ser instrumental a iluminar el conocimiento de un derecho nacional”⁷ y; a nivel doctrinal, “cuando se escribe un libro, un artículo...”, se [...] puede/debe usar la comparación (además de la historia) para introducir el tema estudiado, explicando las razones de su elección; aclarar los modelos o el ordenamiento (o los ordenamientos) de comparación; afrontar en profundidad el estudio del instituto interno; situar el caso nacional en el contexto comparado, evidenciando analogías y diferencias; usando la comparación, ofrecer conclusiones sobre el derecho interno, incluso en perspectiva.”⁸

Partiendo de esta idea, para entender mejor el tipo penal hondureño se es útil conocer el derecho externo. Es por ello que se desarrollará el contexto de la elaboración de la definición de desaparición forzada en instrumentos internacionales y analizaremos el tipo penal de algunos países latinoamericanos.

I. CONTEXTO

Las primeras prácticas de la desaparición forzada en Latinoamérica formaban parte de los planes estatales -en su mayoría por dictaduras y gobiernos militares *de facto*- de “guerra contra la subversión” que empezaron en 1962 en Guatemala y se extendieron a otros países de nuestro hemisferio hasta principios de 1990.⁹ En concreto, la desaparición forzada como

⁶ Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 331.

⁷ *Ibidem*, p. 332.

⁸ *Ibidem*, p. 333.

⁹ Ambos, Kai y Bönm, María Laura “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa”, en Ambos, Kai (coord.) *Desaparición Forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Bogotá, Temis S.A., 2009, p, 198, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110207_02.pdf.

método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.¹⁰

En ese contexto, tal como señaló y dio por probado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH) en el caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, se desarrolló la “operación cóndor” cuyo soporte ideológico era “la doctrina de seguridad nacional”:

[...]por medio de la cual visualizaban a los movimientos de izquierda y otros grupos como “enemigos comunes” sin importar su nacionalidad” y, como consecuencia de ello, miles de ciudadanos del Cono Sur buscaron escapar a la represión de sus países de origen refugiándose en países fronterizos, empero, frente a ello, las dictaduras crearon una estrategia común de “defensa.”¹¹

Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre “fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia” de la región, que había sido apoyada por la CIA, la agencia de inteligencia, entre otras agencias, de los Estados Unidos de América.¹² Asimismo, se identificaron los países miembros de dicha operación: Chile – siendo el centro de la “operación cóndor”– Argentina, Bolivia, Paraguay, Uruguay y Brasil.¹³ Se destaca que éste fue el primer caso que la Corte IDH conoció y resolvió por violaciones de los derechos humanos en el contexto de la “operación cóndor.”¹⁴

Para el caso hondureño, el Dr. Roberto Suazo Córdoba al tomar posesión de la Presidencia de la República de Honduras el 27 de enero de 1982 ponía fin a varios años de gobiernos *de*

¹⁰ Gutiérrez Figueroa, Francisco, “El delito de desaparición forzada de personas en el Perú y su adecuación al Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, Foro jurídico, Perú, p. 194. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13814/14438>. Véase también: Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-317/02, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá D.C., 2 de mayo de 2002, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-317_2002.html#1

¹¹ Corte IDH, Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr.61.5. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf

¹² *Ibidem*, párr.61.6

¹³ *Ibidem*, párr.61.8.

¹⁴ Ambos, Kai y Bönm, María Laura “La desaparición forzada de personas...”, *cit.*, p, 198, nota al pie de página 7.

facto dirigidos por militares, entre Triunviratos y Jefes de Estado, que conquistaron el poder a través de golpes de Estado.

En ese periodo de transición a un régimen democrático -en vista que el 19 de julio de 1979 el Frente Sandinista de Liberación Nacional tomó el poder en Nicaragua- recibió “apoyo militar” por parte de Estados Unidos de América e incluso estos instalaron una base militar en el valle de Comayagua que a la fecha sigue en operaciones, haciendo de Honduras su centinela en Centro América para apoyar a la "contra" nicaragüense y vigilar la frontera con El Salvador, dónde la guerrilla del Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional se hacía más fuerte.¹⁵

La desaparición Forzada de personas, fue utilizada como una de las formas represivas en ese contexto, así lo señaló el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras:

[...] la práctica de desapariciones en Honduras, de manera sistemática, clandestina y organizada, se inicia a fines de 1979-1980, en un contexto de crecientes conflictos armados en los tres vecinos de Honduras: Nicaragua, El Salvador y Guatemala. Luego del derrocamiento del General Somoza en julio de 1979 se ha constatado la llegada a Honduras de efectivos del régimen militar argentino especializados en lucha anti-subversiva. Estos militares cumplieron la doble función de asesorar a las Fuerzas Armadas hondureñas y colaborar en la organización del movimiento anti-sandinista conformado por ex-miembros de la Guardia Nacional nicaragüense establecidos en Honduras. Este Segundo aspecto era parte de un plan encubierto del gobierno de los Estados Unidos de América, ejecutado a través de la Agencia Central de Inteligencia (CIA) y aprobado por el Presidente Reagan.¹⁶

La presencia militar y política norteamericana durante los años de estudio fue muy importante. Los norteamericanos realizaban sus labores en forma muy cercana a los operativos realizados por las fuerzas de seguridad hondureñas o por la "contra"

¹⁵ Equipo Nizkor, <http://www.derechos.org/nizkor/honduras/doc/cia1.html>

¹⁶ Comisionado Nacional de los Derechos Humanos, *Los hechos hablan por sí mismos: informe preliminar sobre los desaparecidos en Honduras 1980-1990*, 2a. ed., Tegucigalpa, Guaymuras, 2002, p. 395.

nicaragüense. Muchos testimonios y reportes afirman que esos funcionarios de los Estados Unidos destacados u operando en el país, y encargados de apoyar las acciones contra subversivas y de alentar las acciones de la "contra" tenían conocimiento de -y cuando menos toleraban sin crítica- las desapariciones de ciudadanos hondureños, salvadoreños, nicaragüenses y de otras nacionalidades que ocurrieron en territorio de Honduras.¹⁷

En el caso *Velásquez Rodríguez Vs Honduras*, la Corte IDH identificó un patrón mediante el cual se materializaban las desapariciones forzadas de personas en el referido contexto. Estas iniciaban con el “secuestro violento de las víctimas”,¹⁸ que “eran generalmente personas consideradas por las autoridades hondureñas como peligrosas para la seguridad del Estado” y, “usualmente las víctimas habían estado sometidas a vigilancia y seguimiento por períodos más o menos prolongados.”¹⁹ Estos secuestros eran perpetrados “por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección.”²⁰ “Las desapariciones se realizaban mediante una práctica sistemática”,²¹ empleaban armas “de uso reservado a las autoridades militares y de policía”,²² “las personas secuestradas eran vendadas, llevadas a lugares secretos e irregulares de detención y trasladadas de uno a otro. Eran interrogadas y sometidas a vejámenes, crueldades y torturas. Algunas de ellas fueron finalmente asesinadas y sus cuerpos enterrados en cementerios clandestinos.”²³ “Las autoridades negaban sistemáticamente el hecho mismo de la detención, el paradero y la suerte de las víctimas, tanto a sus parientes, abogados y personas o entidades interesadas en la defensa de los derechos humanos, como a los jueces ejecutores en recursos de exhibición personal.”²⁴ “Tanto las autoridades militares y de policía como el Gobierno y el Poder Judicial se negaban o eran incapaces de prevenir, investigar y sancionar los hechos y de auxiliar a quienes se interesaban en averiguar el paradero y la suerte de las víctimas o de sus restos.”²⁵

¹⁷ *Ibidem*, p. 396.

¹⁸ Corte IDH, Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), párr. 147, literal b), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

¹⁹ *Ibidem*, párr. 147 literal d), inciso i).

²⁰ *Ibidem*, párr. 147 literal c).

²¹ *Ibidem*, párr. 147 literal d).

²² *Ibidem*, párr. 147 literal d), inciso ii).

²³ *Ibidem*, párr. 147 literal d), inciso iii).

²⁴ *Ibidem*, párr. 147 literal d), inciso iv).

²⁵ *Ibidem*, párr. 147 literal d), inciso v).

El Estado hondureño, se ha visto involucrado en los avances de la definición de desaparición forzada de personas, ya que en las primeras sentencias de la Corte IDH, de los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, ambos en contra del Estado hondureño, la Corte IDH creó su propia teoría respecto a la desaparición forzada de personas y finalmente concluyó que Honduras no sólo era responsable de la detención sino también de la falta de una protección judicial adecuada, cuando el gobierno no previno, investigó y eventualmente castigó a los responsables de esos actos por el cual encontró que el país centroamericano había violado de forma continuada en perjuicio de las víctimas, sus derechos consagrados en el Pacto de San José en cuanto a la libertad personal (artículo 7), a la integridad personal (artículo 5), y al derecho a la vida (artículo 4), violando consecuentemente, su obligación general de respetar a los derechos (artículo 1).²⁶

Empero, fue hasta en el 2012 que se incorporó el tipo penal al código penal mediante adición por Decreto 49-2012 de fecha 17 de abril de 2012, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.32, 873 de 16 de julio de 2012, vigente a partir de su publicación, tipificado en el artículo 333-A, título XII, capítulo IV, referido a los delitos cometidos por los funcionarios contra el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución.²⁷

Existen precedentes de conductas que constituyeron desapariciones forzadas y que se cristalizaron antes de las señaladas en líneas anteriores, verbigracia:

1.- En Francia en el siglo XVIII durante el absolutismo monárquico a través de las *Lettre de cachet*.²⁸

²⁶ Pelayo Moller, Carlos María, *La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas (Fascículo 11)*, México, DF, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, pp. 29,30 y 31.

²⁷ Disponible en:
<https://tzibalnaah.unah.edu.hn/bitstream/handle/123456789/2038/20120716.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

²⁸ Por medio de las *Lettre de cachet*, por lo general, se ordenaba el encarcelamiento o el destierro de una persona: Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Trad. de Aurelio Garzón del Camino, Buenos aires, Siglo XXI Editores, 2002, p. 111. [...] Estos documentos legales revestidos por el sello secreto del monarca, se convirtieron en el método práctico para hacer desaparecer a los adversarios políticos, artistas o escritores percibidos como peligrosos o indeseables.” López

2.- En la masacre de la población armenia perpetrada por los turcos otomanos durante la primera Guerra Mundial, se estima que desaparecieron entre 600,000 a 1.5 millones de armenios.²⁹

3.- A inicios del siglo XX en la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) se emplearon métodos -que constituían desapariciones forzadas- en contra de opositores políticos, aristócratas, intelectuales, comerciantes o a los “elementos inseguros” o “enemigos del pueblo” para garantizar que estos no alteraran el orden público y el bienestar del Estado.³⁰

4.- Durante el *Drittes Reich*, Adolf Hitler mediante el decreto “NN-Erlass” de fecha 7 de diciembre de 1941 -traducido posteriormente como “*Nacht und Nebel Erlass*” que al castellano significa “Decreto Noche y Niebla” - ordenó a la *Wehrmacht* a través del jefe del alto mando Wilhelm Keitel, deportar a personas sospechosas de resistirse a la ocupación alemana. Como medida disuasoria, los familiares quedaron en duda sobre el destino de los arrestados y en consecuencia de ello, cerca de 7,000 personas desaparecieron de esa manera y muchos murieron bajo custodia.³¹ No obstante, Rainer Huhle señala que:

El hecho de que, a raíz de las desapariciones forzadas masivas de personas en algunos países de América Latina en los años setenta del pasado siglo, se utilice una vez más la expresión nazi “noche y niebla” para referirse al origen histórico de esta pérdida técnica represiva, obliga a analizar con detalle esta cuestión. Dicha referencia al terrorismo de

Cárdenas, Carlos Mauricio, Tesis Doctoral: *La desaparición forzada de personas en el derecho internacional de los derechos humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 22.

²⁹ González Veiguela, Lino, “Sin nombre y sin memoria: países con desaparecidos”, *esglobal*, marzo de 2014, <https://www.esglobal.org/sin-nombre-y-sin-memoria-paises-con-desaparecidos/art4.pdf>.

³⁰ López Cárdenas, Carlos Mauricio, Tesis Doctoral: *La desaparición forzada de personas...*, cit., p. 23.

³¹ GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus, “*Nationalsozialismus - “Nacht und Nebel”-Erlass*”, 2015, <https://gra.ch/bildung/gra-glossar/begriffe/nationalsozialismus/nacht-und-nebel-erlass/>

Estado organizado de manera precisa a partir de la orden de Hitler tiene fundamento, como se evidenció en los diferentes alegatos y sentencias de los juicios de Núremberg.

Sin embargo, esta relación de conceptos corre el riesgo de exagerar la actuación Noche y niebla en el contexto de los crímenes nazis, habida cuenta de que, en realidad, solamente un número reducido de víctimas se vio afectado por dicha actuación, y ni siquiera de la manera tan sistemática y metódica como hacían suponer la orden de Hitler y el decreto de Keitel. En comparación con el exterminio en masa de poblaciones enteras, la actuación Noche y niebla fue, en el contexto global del terrorismo de los campos de concentración, una cuestión secundaria.³²

Detrás de la creación del primer instrumento sobre la materia –la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (En adelante la Declaración) adoptada en 1992 por la Asamblea General de las Naciones Unidas- sin duda encontraremos un nexo con las dictaduras latinoamericanas. Kai Ambos indica que en virtud de “la extensión temporal y territorial de esta práctica en Latinoamérica hace de la desaparición forzada de personas un fenómeno con características regionales y temporales indudablemente ligadas a las dictaduras militares latinoamericanas del último tercio del siglo pasado.”³³

Empero, como indicó la Corte Constitucional Colombiana, “Las desapariciones forzadas no son rasgos exclusivos de las dictaduras militares pues países como México, Colombia y Perú, con gobiernos democráticos, han sido y son escenarios de este reprobable comportamiento.”³⁴

³² Casado, María y López Ortega Juan José (coords), “Noche y niebla. Mito y significado”, *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica: del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, trad. de Albert Rayes, Universitat de Barcelona, p. 274, <http://www.archivomuseodelamemoria.cl/uploads/2/7/278925/00000544000002000001.pdf>

³³ Ambos, Kai y Bönm, María Laura “La desaparición forzada de personas...”, *cit.*, pp, 199-200.

³⁴ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-317/02, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá D.C., 2 de mayo de 2002, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-317_2002.html#1

El primer procedimiento especial temático de las Naciones Unidas fue el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, creado precisamente en ese contexto como respuesta directa a las desapariciones forzadas ocurridas en las dictaduras militares latinoamericanas, especialmente las acaecidas en Sudamérica³⁵, por resolución número 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,³⁶ decidiendo "establecer por un período de un año un Grupo de Trabajo compuesto por cinco de sus miembros, en calidad de expertos a título individual, para examinar cuestiones relativas a desapariciones forzadas o involuntarias de personas."³⁷

Tras el primer informe E/CN.4/1435 aprobado el 18 de diciembre de 1980,³⁸ al haber analizado la información recibida sobre las desapariciones ocurridas en Chile, Argentina, Chipre, El Salvador, Etiopía, Guatemala, Indonesia, México, Nicaragua, Filipinas, Uruguay, Bolivia, Brasil, Perú, Sudáfrica y Namibia, se identificó que era un problema global y en consecuencia se decidió renovar su mandato.

Desde 1980 el mandato y las atribuciones del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas fueron renovadas por la Comisión de Derechos Humanos y aprobadas por el ECOSOC cada año; a partir de 1986 se hacía bienalmente, y desde 1992, cada tres años.³⁹ La última resolución por la que se renueva el mandato del Grupo de

³⁵ Véase: OHCHR, "Expertos en Argentina, 35 años después", Ginebra: 2015, <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/ExpertsInArgentina35YearsAfter.aspx>

³⁶ La referida comisión es un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en adelante ECOSOC) y a la postre sería remplazada por El Consejo de Derechos Humanos, creado el 15 de marzo de 2006 pasando a depender directamente de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Véase: ONU, "Consejo de Derechos Humanos", 2013, <http://www.un.org/es/rights/overview/hrcouncil.shtml>

³⁷ Véase: OHCHR, "Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias", <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx>

³⁸ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G81/151/51/PDF/G8115151.pdf?OpenElement>

³⁹ Islas Colín, Alfredo, "Desaparición forzada de personas: una visión internacional y comparada", México, DF: Porrúa, 2016, p. 35.

Trabajo, A/HRC/RES/36/6, fue adoptada por el Consejo de Derechos Humanos el 28 de septiembre de 2017.⁴⁰

Desde 1992 con la adopción por la Asamblea General de la Declaración, al Grupo de Trabajo le es encomendada la tarea de vigilar, supervisar y monitorear la aplicación de ese instrumento por los estados miembros de las naciones unidas.

El 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, Brasil se adopta la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, siendo este el primer instrumento vinculante sobre la materia, empero, de carácter regional y entró en vigor el 28 de marzo de 1996. Al 23 de febrero de 2019 lo han ratificado 14 Estados: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.⁴¹

Tendrían que transcurrir 12 años para que se adoptara el primer instrumento de derechos humanos, de carácter vinculante y del sistema universal sobre la materia. Después de la labor de un Grupo Especial de Trabajo creado en el 2001, en el que participaron, *inter alios*, miembros de delegaciones estatales y observadores de organizaciones de la sociedad civil,⁴² la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006, en *New York*, adoptó la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y tras la ratificación de Irak el 23 de noviembre de 2010, entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 en virtud de su artículo 39 numeral 1 que señala conducentemente:

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas de la referida convención.

⁴⁰ OHCHR, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, *Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 28 de septiembre de 2017*, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/296/00/PDF/G1729600.pdf?OpenElement>

⁴¹ Véase: CIDH, <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos7a.htm>

⁴² Pelayo Moller, Carlos María, *La Convención internacional...*, *op. cit.*, p. 34.

Al 23 de febrero de 2019, lo han firmado 98 Estados y 59 lo han ratificado o se han adherido a él. Para efectos de este apartado, 15 Estados latinoamericanos lo han ratificado: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.⁴³

Finalmente, el 17 de julio de 1998, se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, cuyas bases jurisdiccionales son las del Tribunal Internacional Militar de Nüremberg, 1945; el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente conocido también como “los juicios de Tokio”, 1946; 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) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 1994.⁴⁴

Este instrumento contiene normas de naturaleza procesal, orgánica, general y sustantiva.⁴⁵ Dentro de las normas sustantivas, *inter alia*, define los crímenes sobre los cuales la Corte Penal Internacional podrá ejercer su competencia⁴⁶, entre ellos, *el crimen de lesa humanidad*, mismo que enumera una serie de conductas constitutivas de ese crimen, entre ellas, la desaparición forzada de personas. Este instrumento entró en vigor el 1 de julio de 2002, porque el mismo, en el artículo 126 requería sesenta ratificaciones para ese efecto. Al 23 de febrero de 2019, 123 países son Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de los cuales 28 son de América Latina y el Caribe.⁴⁷

⁴³ Véase: ONU, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=en

⁴⁴ Medellín Urquiaga, Ximena, *et al.*, *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009. p, 26

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁴⁶ *Ídem*.

⁴⁷ 1. Trinidad y Tobago, 2. Belice, 3. Venezuela, 4. Argentina, 5. Dominica, 6. Paraguay, 7. Costa Rica, 8. Antigua y Barbuda, 9. Perú, 10. Ecuador, 11. Panamá, 12. Brasil, 13. Bolivia, 14. Uruguay, 15. Honduras, 16. Colombia, 17. San Vicente y las granadinas, 18. Barbados, 19. Guyana, 20. República Dominicana, 21. México, 22. Saint Kitts and Nevis, 23. Surinam, 24. Chile, 25. Santa Lucía, 26. Granada, 27. Guatemala, 28. El Salvador. Véase, ICC, https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx

II. DERECHO COMPARADO

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto y contextualizado la situación de Honduras en el proceso evolutivo de los instrumentos internacionales sobre la desaparición forzada, se analizarán como se encuentra tipificada la desaparición forzada en algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, los cuales me limitaré a México, Guatemala, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Colombia y Argentina. Estos serán divididos en dos categorías en función a la cantidad de tratados sobre la materia que hayan ratificado.

En primer lugar, aquellos Estados que no han ratificado la totalidad de los instrumentos vinculantes sobre la materia y, consecuentemente, aquellos que si lo han hecho, profundizándose más en este punto en vista que el Estado hondureño se encuentra en ésta categoría.

Los elementos que identificaremos en cada tipo penal serán los identificables en los instrumentos internacionales sobre desaparición forzada los cuales son: el perpetrador o sujeto activo; la conducta, que implica de dos actos tal como señalan Kai Ambos y María Laura Böhm al analizar la sentencia C-317/02 de la Corte Constitucional Colombiana al expresar que:

[...] la desaparición forzada -a diferencia del secuestro- requiere dos actos, a saber: la privación de la libertad (que puede ser legal ab initio, a diferencia del secuestro) y la negativa a reconocer dicha privación o de dar noticia al respecto (elemento que no está presente en modo alguno en el secuestro, ya que la obligación de informar sobre el secuestro implicaría una flagrante violación al derecho de no inculparse *-nemo tenetur se ipsum accusare-*.⁴⁸

Por último y tercer elemento, que *per se* es el resultado de la conducta al cual denominaremos consecuencia. No obstante, como se explicará a mayor profundidad en otro apartado, este elemento en la definición contenida en el ER si es un componente que debe

⁴⁸ Ambos, Kai y Böhm, María Laura “La desaparición forzada de personas...”, *cit.*, pp. 204 y 205.

probarse. De la misma forma, se hará alusión de qué forma se encuentra normado la desaparición forzada de personas como conducta de crimen de lesa humanidad.

II.I. Estados que no han ratificado ningún instrumento internacional o la totalidad de instrumentos vinculantes sobre desaparición forzada de personas

II.I.I. Nicaragua

El Estado nicaragüense no ha ratificado ningún instrumento sobre la materia. Empero, es firmante de la Convención Interamericana – 6 de octubre de 1994- si bien no está obligado al contenido de dicho instrumento, tanto la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales –aún no ha entrado en vigor-⁴⁹ como la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados, establecen en el artículo 18 de cada instrumento que si un Estado “ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado”⁵⁰ está obligado a “abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado.”⁵¹

La desaparición forzada como delito se encuentra tipificada en la Ley número 641,⁵² Código Penal, Título XXII, Delitos contra el orden internacional; Capítulo II, Delitos de Lesa Humanidad; artículo 488 el cual dispone lo siguiente:

⁴⁹ En virtud al artículo 85 del referido tratado establece que “entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión por los Estados o por Namibia, representada por el Consejo de las Naciones Unidas para Namibia.” En ese sentido a la fecha no se ha logrado el número de ratificaciones o adhesiones requeridas para su entrada en vigor.

⁵⁰ ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, entrada en vigor: 27 de enero de 1980, artículo 18, literal a).

⁵¹ *Ídem*, artículo 18, párrafo 1.

⁵² Código Penal de la República de Nicaragua, Ley No. 641, Disponible en: https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/noticia_reciente/CP_641.pdf

Art. 488 Desaparición forzada de personas. La autoridad, funcionario, empleado público o agente de autoridad que detenga legal o ilegalmente a una persona y no dé razones sobre su paradero, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta del cargo o empleo público de seis a diez años.

En ese mismo capítulo se encuentran tipificados los delitos de tortura (art.486) y Apartheid (art.487). En la legislación nicaragüense la desaparición forzada como delito al cristalizarse constituye *per se* “delito de lesa humanidad” sin necesidad de los elementos a los que Kai Ambos denomina *generales o de contexto* injertados en el artículo 7 del Estatuto de Roma con respecto al *crimen de lesa humanidad* los cuales los divide de la siguiente manera: a) la sistematicidad o generalidad del ataque; b) la participación del poder público –que puede ser de *iure o de facto*-, y c) la comisión de los hechos en agravio de una población civil.⁵³

El sujeto activo o perpetrador se refiere únicamente a agentes del Estado que actúan de forma directa: “La autoridad, funcionario, empleado público o agente de autoridad” y, como conducta, señala al que “detenga legal o ilegalmente a una persona y no dé razones sobre su paradero.”

II.1. II. El Salvador

El Salvador solamente ha ratificado el ER. Dicha ratificación fue realizada el 3 de marzo de 2016.⁵⁴ La desaparición forzada de personas como delito se encuentra regulado en el Código Penal, decreto 1030⁵⁵, Título XIX referido a los delitos contra la humanidad, capítulo único, artículos 364, 365 y 366 así:

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Art. 364.- El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que detuviere legal o ilegalmente a una

⁵³ Ambos, Kai y Bönm, María Laura “La desaparición forzada de personas..., *cit.*, pp, 206 y 207.

⁵⁴ ICC, https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/Pages/El-Salvador.aspx

⁵⁵ Código Penal de la República de El Salvador, Disponible en: <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/380>

persona y no diere razones sobre su paradero, será sancionado con prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta del cargo o empleo respectivo por el mismo término.

DESAPARICIÓN FORZADA COMETIDA POR PARTICULAR Art. 365.- El que realizare la conducta descrita en el artículo anterior, habiendo recibido órdenes o instrucciones de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, será sancionado con prisión de tres a seis años y multa de ciento ochenta a doscientos días multa.

DESAPARICIÓN DE PERSONAS PERMITIDA CULPOSAMENTE Art. 366.- El que por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas, será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión, multa de cien a ciento ochenta días multa. Si fuere funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública se le impondrá además, inhabilitación para el ejercicio del cargo o empleo respectivo por igual término.

Similar al caso nicaragüense no se hace alusión a los *elementos generales o de contexto* para que constituya crimen de lesa humanidad. El sujeto que comete el acto punible puede ser un agente del Estado de forma directa o indirecta. Entre los primeros en el artículo 364 alude al “funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública” y de forma indirecta en el artículo 365 señala aquel que “habiendo recibido órdenes o instrucciones de funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública” cometa el acto punible. El artículo 366 incluye como tercer supuesto, al sujeto que “por culpa permitiere que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas.”

Respecto a la conducta se refiere detener “legal o ilegalmente a una persona” y no dar “razones sobre su paradero,” o permitir “que otro cometa el delito de desaparición forzada de personas.”

Se destaca que el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias a invitación del Gobierno de El Salvador, visitó el país del 5 al 7 de febrero de 2007.⁵⁶ En su informe señalaron que,

29. A partir de 1998 se reformó la legislación penal salvadoreña, entrando en vigor nuevos códigos penal y procesal penal en ese mismo año. Fue en esa fecha cuando se tipificó entonces el delito de desaparición forzada.

30. La definición de la conducta delictiva de desaparición forzada cumple, por una parte, en considerar que este delito solamente es cometido por agentes del Estado o por particulares que actúan bajo las órdenes o instrucciones de agentes del Estado. Sin embargo, omite incluir la posibilidad de que se considere desaparición forzada aquella cometida por particulares que actúen en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, aunque no necesariamente hubieren recibido órdenes o instrucciones de agentes gubernamentales para la comisión del delito.

31. Por otra parte, el Código Penal establece la posibilidad de que el delito de desaparición forzada sea cometido de manera culposa...”

32. Sin embargo, el Grupo de Trabajo sostiene que la desaparición forzada es un delito de carácter doloso en todos los casos.

33. El Grupo de Trabajo se percató de que el Código Penal establece una pena inferior para este delito que para otros de menor gravedad, como el secuestro y el secuestro agravado, por lo que esta circunstancia se considera contraria a lo establecido por el artículo 4 de la Declaración, en el sentido de que la desaparición forzada debe ser tipificada por la ley penal y establecer penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad.

34. El Código Penal también establece como pena la inhabilitación absoluta del cargo o empleo para aquel que cometa el delito de desaparición forzada, lo que es congruente con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 16 de la Declaración.⁵⁷

⁵⁶ El Grupo de Trabajo fue representado por su Presidente-Relator, Santiago Corcuera, y uno de sus miembros, Darko Göttlicher. Esta visita formó parte de una visita regional a cuatro países centroamericanos con un alto número de casos pendientes de esclarecimiento: Guatemala, Honduras y El Salvador. Naciones Unidas, Asamblea General “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: informe del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. Adición: Misión a El Salvador”, A/HRC/7/2/Add.2 (26 de octubre de 2007). Disponible en: <https://spinternet.ohchr.org/Layouts/SpecialProceduresInternet/Download.aspx?SymbolNo=A%2fHRC%2f7%2f2%2fAdd.2&Lang=es>

⁵⁷ *Ibidem*, párrs. 29-34.

En relación a lo anteriormente mencionado, en seguimiento a las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias en su informe relativo a su visita a El Salvador del 5 al 7 de febrero de 2007, en el 2013 el supra Grupo se pronunció así:

[...] es además motivo de gran preocupación que hasta la fecha, las disposiciones relativas a la tipificación de la desaparición forzada (que no cubre a particulares que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o asentimiento) como con respecto a la penalidad (menor que las penas establecidas con relación a otros delitos de menor gravedad) no han sido reformadas tal como lo recomendó el Grupo de Trabajo. En 2011, la Comisión de Legislación de la Asamblea Legislativa aprobó la modificación del artículo 364 del Código Penal que lamentablemente no fue adoptada por el pleno del Legislativo. Al respecto, el Grupo de Trabajo invita al Estado a consultar, entre otros, su informe sobre mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas.⁵⁸

II.I.III Guatemala

El Estado guatemalteco ha ratificado dos instrumentos sobre la materia: la Convención Interamericana el 25 de febrero de 2000 y el ER el 2 de abril de 2012. Se tipifica como delito en el artículo 201 TER, Título IV, Capítulo I, de los delitos contra la libertad individual, del Código Penal así:

Desaparición forzada

ARTÍCULO 201 TER.- (Adicionado por Artículo 1 del Decreto 33-96 del Congreso de la República). Comete el delito de desaparición forzada quien, por orden, con la

⁵⁸ United Nations, General Assembly “Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, Addendum: Follow-up report to the recommendations made by the Working Group, Missions to El Salvador and Morocco”, A/HRC/22/45/Add.3 (1 march 2013), párr. 7. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.45.Add.3_EFS.pdf

autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención, así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o dé la aquiescencia para tales acciones.

Constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actúen arbitrariamente o con abuso o exceso de fuerza. Igualmente, cometen delito de desaparición forzada, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando cometan plagio o secuestro, participando como miembros o colaboradores de dichos grupos o bandas.

El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima.

El reo de desaparición forzada será sancionado con prisión de veinticinco a cuarenta años. Se impondrá la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada, la víctima resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o falleciere.⁵⁹

En relación al sujeto activo o perpetrador se identifican cuatro supuestos: (I) puede ser un particular que actúe “por orden” (i), “con la autorización” (ii) o “apoyo” (iii) “de autoridades del estado;” (II) “el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado”, que ordene” (i), “autorice” (ii). “apoye” (iii) o dé la aquiescencia;” (III) por “elementos de los cuerpos de seguridad del Estado, estando en ejercicio de su cargo”, y; (IV) “los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo” ya sea “participando como miembros o como colaboradores de dichos grupos o bandas.”

Concomitantemente a la conducta, en los supuestos de perpetradores uno (I) y dos (II) se requiere probar elementos objetivos –*actus reus*- como un elemento subjetivo –*mens rea*- al señalar que estos cometen el delito de desaparición forzada al privar “en cualquier forma de

⁵⁹ Código Penal de la República de Guatemala, Disponible en: http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentaciónJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilacion%20Leyes%20Penales/expedientes/01_CodigoPenal.pdf

la libertad a una o más personas”, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención.” En el tercer (III) supuesto de perpetrador, prescribe que “constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político”, “cuando actúen arbitrariamente o con abuso o exceso de fuerza” y, en el cuarto supuesto (IV) cuando cometan plagio o secuestro.”

En el informe de la visita a Guatemala del 19 al 21 de septiembre de 2006 del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias⁶⁰ se pronunció sobre el tipo penal contemplado en el Código penal de la siguiente manera:

28. El 14 de julio de 1995 se aprobó el Decreto legislativo N° 48-1995 por el que se añadió al Código Penal el artículo 201 ter, que tipifica como delito el acto de la desaparición forzada.

29. En general, la definición de desaparición forzada coincide con la que figura en la Declaración. Sin embargo, es oportuno destacar algunos elementos que difieren.

30. El principal aspecto de la definición de la desaparición forzada del Código Penal que difiere de la Declaración es la posibilidad que se prevé en el Código Penal de que constituyan también desaparición los actos cometidos por agentes no estatales (miembros de grupos organizados con fines terroristas, insurgentes, subversivos u otro fin delictivo que, como miembros o colaboradores de esos grupos, secuestran o raptan personas) sin el apoyo, el consentimiento ni la aprobación del Estado.

31. Sin embargo, la definición que figura en el preámbulo de la Declaración se refiere sólo a los actos perpetrados "por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos

⁶⁰ El Grupo de Trabajo estaba representado por su Presidente-Relator, Santiago Corcuera y el miembro del Grupo Darko Göttlicher. El propósito de la visita era debatir las medidas para hacer frente al problema de las desapariciones forzadas ocurridas hasta entonces en Guatemala a la luz de la normativa internacional de derechos humanos, en especial la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General mediante su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992. La Misión fue solicitada como parte de una visita regional prevista a cuatro países centroamericanos con un cúmulo de casos pendientes desde hace muchos años. Naciones Unidas, Asamblea General “Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "consejo de derechos humanos" informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias. Adición misión a Guatemala”, A/HRC/4/41/Add.1 (20 de febrero de 2007). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/109/37/PDF/G0710937.pdf?OpenElement>

organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto". La definición que figura en la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas es similar.

32. El Grupo de Trabajo ha observado que, aunque la inclusión de los agentes no estatales que actúan sin apoyo ni consentimiento oficial puede parecer un progreso en materia jurídica porque amplía el ámbito de la Declaración (por ejemplo, los secuestros), la posición y el mandato del Grupo de Trabajo es que la desaparición forzada se limite a un "delito de Estado". Sin embargo, hay quien puede considerar que en otras esferas de los derechos humanos, al incluir a los agentes no estatales como autores de delitos, podría ofrecerse mayor protección a las víctimas (por ejemplo, en el caso de la discriminación, o de los derechos humanos laborales o ambientales).

33. La sanción de 25 a 40 años de prisión establecida en el Código Penal parece acorde con la Declaración, que establece que "todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad" (art. 4, párr. 1).

34. Sin embargo, debe observarse que en la Declaración se "tiene en cuenta" el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es excesiva la imposición de la pena capital por el Código Penal para los casos en que con motivo u ocasión del delito "la víctima resultare con lesiones graves o gravísimas, trauma psíquico o psicológico permanente o falleciere". En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su segundo Protocolo se adopta una posición claramente orientada hacia la abolición progresiva de la pena de muerte en todos los casos. Por lo tanto, es excesiva la aplicación de la pena capital a quienes han sido encontrados culpables del delito extremadamente grave de desaparición forzada.⁶¹

II.II. Estados que han ratificado la totalidad de instrumentos internacionales vinculantes sobre desaparición forzada de personas

II.II.I Argentina

La desaparición Forzada de Personas como delito se encuentra tipificada en la Ley 11.179, Código Penal de la Nación de Argentina, artículo 142 ter., de la siguiente manera:

⁶¹ *Ibidem*, párrs. 28-34.

ARTICULO 142 ter. - Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.⁶²

Si nos remitimos al primer párrafo del supra artículo, se distingue como sujeto activo el funcionario público (I); persona que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado (II), o; una persona que sea miembro de un grupo de personas que actúa con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado (III). Con respecto a la conducta, se identifica la privación de la libertad de una o más personas, que puede ser materializada de cualquier forma (I), seguida de “la falta de información” (II) “o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad” (III) “o de informar sobre el paradero de la persona.”(IV)

Como conducta de Crimen de Lesa Humanidad, la Ley 26.200⁶³ –Ley de implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional- en el artículo 2 dispone:

⁶² Artículo incorporado por art. 1º de la Ley Nº 26.679, publicada en el Boletín Oficial del 09 de mayo de 2011 número: 32145. Véase: Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179, Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19>

⁶³ Ley 26.200, Ley de Implementación del Estatuto de Roma, Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>

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".

En el párrafo segundo, dispone que para sancionar el crimen de lesa humanidad, hay que remitirse directamente al contenido del artículo 7 del ER, al señalar que “[l]as 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.” Aunado a esto, en virtud que la Ley 26200 no hace ninguna exclusión con respecto al contenida del artículo 7 del ER, *a prima facie*, se puede concluir que, la desaparición forzada de personas como conducta de crimen de lesa humanidad, deberá entenderse conforme a lo dispuesto en el artículo 7, numerales 1 fracción i) y, 2 fracción i) del ER.⁶⁴

II.II. II. Colombia

El artículo 12 de la Constitución Política Colombiana de 1991⁶⁵, prescribe que “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.”

El tipo penal está regulado en el artículo 165 del Código Penal colombiano, Ley 599 de 2000 así:

⁶⁴ Éste mismo criterio comparte Ezequiel Malarino. Confróntese en: Ambos, Kai y Bönm, María Laura “La desaparición forzada de personas...”, *cit.*, pp. 6 y 7.

⁶⁵ Constitución Política de Colombia, Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

ARTICULO 165. DESAPARICION FORZADA. El particular que ~~perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley~~ someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuarenta (540) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses. A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.⁶⁶

En dicho artículo, se encuentra tachada una parte de la definición que hace referencia al sujeto activo. Esto es debido a que la Corte Constitucional Colombiana mediante sentencia C-317-02 de 2 de mayo de 2002 lo declaró *inexequible* al señalar que dicha expresión es inconstitucional, “porque reduce significativamente el sentido y alcance de la protección general contenida en el artículo 12 de la Carta Política”, argumentando lo siguiente:

En efecto, el sujeto activo allí determinado excluye a otros que potencialmente también pueden realizar el supuesto fáctico penalizado en la norma, a saber:

- a. El particular que no pertenezca a ningún grupo. Es decir, quien realiza el hecho punible individualmente o *motu proprio*.
- b. El particular que pertenezca a un grupo pero que éste no sea armado
- c. El particular que pertenezca a un grupo armado pero que no se encuentre al margen de la ley.

En verdad, al dejar por fuera las hipótesis citadas se desconoce el artículo 12 Superior que, como ya quedó dicho, consagra una protección más amplia que la regulada en los instrumentos internacionales, según los cuales la desaparición forzada sólo puede ser cometida por un agente estatal, una organización política o un particular con la

⁶⁶ Código Penal de Colombia, Ley 599 de 2000, Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr005.html

autorización, tolerancia o aquiescencia de estos, resultando de esta manera la consagración constitucional más garantista que la legislación internacional, lo cual es perfectamente posible y le permite a Colombia colocarse a la vanguardia en materia de responsabilidad ante los organismos encargados de la protección de los derechos humanos, toda vez que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citada anteriormente la simple omisión de los Estados de prevenir la desaparición forzada cometida por particulares o de controlar a los grupos armados irregulares que ejecutan dichos actos, implica que el Estado respectivo no ha cumplido con su obligación de prevenir y castigar a los responsables de tales actos siendo, en consecuencia, merecedor de las condignas sanciones.

Así mismo valga recordar que la determinación del constituyente plasmada en el artículo 12 Superior recogió la realidad de nuestro país donde no siempre el sujeto activo o partícipe de la desaparición forzada es un servidor público o un particular que actúa bajo su protección o aquiescencia, pues también existen personas o grupos de personas que pueden cometer este delito como por ejemplo los grupos de limpieza social, la delincuencia común, los grupos de autodefensa o paramilitares, los narcotraficantes, la guerrilla, etc.

En suma, si según el artículo 12 constitucional nadie puede ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni tratos o penas crueles inhumanos o degradantes -norma que no identificó al sujeto activo que pueda cometer una conducta que atente contra estos derechos-, fuerza concluir que su tipificación penal debe estar en correspondencia con la amplitud del mandato constitucional y por ello el señalamiento del sujeto activo del delito desaparición forzada debe cubrir a todas las personas sin importar si pertenecen a un grupo armado al margen de la ley.

Sobre el particular, cabe recordar que el Estado como responsable de la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales, no sólo está comprometido a no vulnerarlos sino a hacer todo lo que esté a su alcance para respetarlos, garantizarlos, protegerlos y promoverlos, razón por la cual la tipificación de los delitos debe estar en consonancia con la Carta Política. Por ello, el Estado no cumple con su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales, cuando **al sancionar determinadas conductas violatorias de los derechos humanos deja de tipificar y sancionar los comportamientos de otros**

sujetos que potencialmente están en capacidad de afectar tales derechos fundamentales -bienes jurídicos tutelados con la norma penal-.

Además, según lo ha señalado la jurisprudencia, en el Estado Social de Derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de privilegio, la facultad de señalar el sujeto activo en relación con los delitos que atenten contra derechos y garantías fundamentales se sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, de manera que *"sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento"*.

Es pues evidente que la tipificación del delito de desaparición forzada en la norma impugnada, como instrumento para hacer efectiva la garantía consagrada en el artículo 12 Fundamental, resulta ser insuficiente en cuanto al sujeto activo pues el inciso primero del artículo 165 del Código Penal sólo penaliza al particular que pertenece a un grupo armado al margen de la ley, excluyendo injustificadamente de tipificación la conducta de otras personas que potencialmente pueden cometer dicho ilícito.

Por todo lo anterior, es claro que la calificación del sujeto activo que está consignada en el inciso primero de la norma bajo revisión para el delito de la desaparición forzada resulta a todas luces inconstitucional, y en consecuencia, la Corte procederá a declarar la inconstitucionalidad de las expresiones *"perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley"* del inciso primero del artículo 165 del Código Penal. No considera, sin embargo, necesario extender tal pronunciamiento a la palabra *"particular"* del inciso primero del artículo en cuestión, por cuanto al hacerlo quedaría sin efectos la tipificación de la desaparición forzada contenida en el inciso segundo de la citada norma respecto de los particulares que actúen bajo determinación o aquiescencia de un servidor público.⁶⁷

Tomando en cuenta lo anteriormente expuesto, de acuerdo a la legislación colombiana el sujeto activo puede ser: (I) "cualquier particular sin ninguna calificación"⁶⁸, entendido esto como aquel que pertenece o no a un grupo, y en el caso que pertenezca algún grupo, independientemente que dicho grupo sea armado o no, o que se encuentre o no al margen

⁶⁷ Corte Constitucional Colombiana, *op cit.*

⁶⁸ *Ídem.*

de la ley. (II) un servidor público, o (III) un particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia del servidor público.

El segundo elemento – conducta- se identifica: la privación de la libertad cualquiera que sea la forma (I), seguida de, “su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación” (II), “o de dar información sobre su paradero” (III).

Concomitantemente a este elemento se pronunció la Corte Constitucional en el sentido que la formula “*seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley*, debe entenderse que la conjunción “y” no exige que para cometer la infracción el particular deba ser requerido, sino que basta solamente la falta de información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad”, en virtud que “los particulares no están obligados a auto incriminarse.” En consecuencia, la Corte condicionó la exequibilidad del inciso primero del artículo 165, “bajo el entendido que no es necesario el requerimiento para dar información o de la negativa a reconocer la privación de la libertad, sino que basta la falta de información sobre el paradero de la persona.”⁶⁹

El tercer elemento es el consecuencial el cual consta al señalar que a la víctima se sustrae del amparo de la ley. 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 2005,⁷⁰ se crítica el tipo penal colombiano, señalando conducentemente lo siguiente:

46. Además de los problemas suscitados por el carácter del marco institucional creado, se plantean otras dificultades fundamentales en relación con algunas de las leyes existentes. Por ejemplo, *un aspecto negativo de la definición de desaparición forzada enunciada en el*

⁶⁹ *Ídem.*

⁷⁰ A invitación del Gobierno de Colombia, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (el Grupo de Trabajo) visitó el país del 5 al 13 de julio de 2005. El Grupo de Trabajo estaba representado por el Presidente-Relator, J. Adebayo Adekanye y el miembro del Grupo Santiago Corcuera. Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición: Misión a Colombia”, E/CN.4/2006/56/Add.1 (17 de enero de 2006). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/102/28/PDF/G0610228.pdf?OpenElement>.

derecho penal de Colombia es que incluye la posibilidad de que algunos actos sean calificados de desaparición aun cuando sus autores sean agentes no estatales (El particular que perteneciendo a un Grupo armado al margen de la ley) sin el apoyo, consentimiento o aprobación del Estado.

47. La definición de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas *se refiere únicamente a los actos perpetrados por "agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto". La definición de la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas es análoga a la primera.*

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.⁷¹ (El énfasis es nuestro)*

⁷¹ Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, "Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición: Misión a Colombia", E/CN.4/2006/56/Add.1 (17 de enero de 2006). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/102/28/PDF/G0610228.pdf?OpenElement>.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, misión a Colombia, 2006, pp. 14-15, párrs. 46-49, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/102/28/PDF/G0610228.pdf?OpenElement>.

II.II.III. Costa Rica

El caso costarricense es *sui generis*, porque las definiciones de desaparición forzada contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos -La Convención Interamericana y la Convención Internacional- y de derecho penal -ER- 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, fracción 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.⁷²

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 penal⁷³ y en su Constitución Política.⁷⁴

⁷²Código Penal de la República de Costa Rica, Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NR TC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=96389&strTipM=TC

⁷³ 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 aquélla no haya establecido previamente.

⁷⁴ 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>

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 otro material y las explica de la siguiente manera:

El principio de legalidad comprende dos dimensiones: formal y material. La legalidad formal implica la emisión de normas jurídicas adoptadas por el órgano legislativo según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado, dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Ello implica que las mismas sean dictadas en función del bien común. En virtud de ello, los Estados deben abstenerse de tipificar penalmente las actividades que son propias de la promoción y protección de los derechos humanos.⁷⁵

Por otra parte, la 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.**⁷⁶ (Lo negrita es nuestro)

La Corte IDH sostiene una postura similar de la dimensión material del *principio de legalidad*, declarando 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

⁷⁵ CIDH, “Informe Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos,” (OEA, 2015) párr.242

⁷⁶ *Ibidem*, párr.243.

cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa.⁷⁷

A diferencia del caso argentino que remite las conductas que constituyen crimen de lesa humanidad directamente al artículo 7 del ER, éste da la posibilidad que sean consideradas las definiciones de desaparición forzada de personas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional.

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 penal internacional 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 penal internacional -Estatuto de Roma- no establecen tipos penales, sino estándares internacionales, en ese sentido, los Estados deberán armonizar en sus respectivas legislaciones internas dichos estándares.

II.II.IV México

En la *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de noviembre de 2017 y vigente a partir del 16 de enero de 2018,⁷⁸ en el artículo 27 se tipifica la Desaparición Forzada de Personas como responsabilidad de Estado de la siguiente manera:

⁷⁷ 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), párr.162, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf

⁷⁸ 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

Artículo 27. Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público o el particular que, con la autorización el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, prive de la libertad en cualquier forma a una persona, seguida de la abstención o negativa a reconocer dicha privación de la libertad o a proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero.

En este se identifica como perpetradores: (I) el servidor público o (II) el particular que, actúe con la autorización el apoyo o la aquiescencia de un servidor público. La conducta típica inicia con la privación de la libertad que puede ser de cualquier forma (I), seguida de, la abstención (II), o negativa a reconocer dicha privación de la libertad (III), o la negativa a “proporcionar la información sobre la misma o su suerte, destino o paradero” (IV).

Por otro extremo, el artículo 34 tipifica el tipo penal de “Desaparición” cometida por particulares así:

Artículo 34. Incurre 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.

En este tipo penal se identifica como sujeto activo el particular que actúe *motu proprio*. La conducta típica inicia con la privación de la libertad e incluye un elemento *mens rea* para que se configure el delito al señalar que dicha privación debe materializarse con “la finalidad de ocultar a la víctima o su suerte o paradero.”

Cabe mencionar que la referida ley no hace alusión a la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad. En ese sentido, el Comité contra la Desaparición Forzada en sus Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención Internacional se refirió a ello y al tipo penal de desaparición cometida por particulares contenida en el artículo 34 de la Ley General, recomendando lo siguiente:

10. El Comité observa que la Ley General incluye la tipificación del delito de desaparición forzada. No obstante, al Comité le preocupa que el artículo 34 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. Preocupa igualmente al Comité que no se incluya en el sistema jurídico del Estado parte la tipificación del delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.

11. 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 Convención y que la desaparición forzada sea tipificada también como crimen de lesa humanidad.⁷⁹

II.II.V. Panamá

El código penal panameño⁸⁰ contempla el Crimen de Lesa Humanidad en el Título XV, Delitos contra la Humanidad; Capítulo I, Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, artículo 441, numeral 9, el cual reza lo siguiente:

Artículo 441. Quien de manera generalizada y sistemática realice contra una población civil o conozca de los siguientes hechos y no los impida, teniendo los medios para ello, será sancionado con prisión de veinte a treinta años, cuando se causen las siguientes conductas:

[...] 9. Desaparición forzada de persona.

Previo analizar el artículo antes citado, se destaca que en el artículo 7 numeral 1, párrafo primero del ER distingue tres elementos: ataque generalizado o sistemático (I) contra una población civil (II) y con conocimiento de dicho ataque (III). En el primer elemento – ataque generalizado o sistemático- la conjunción disyuntiva “o” cumple una doble función:

⁷⁹ Naciones Unidas, Comité contra la Desaparición Forzada, “Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”, CED/C/MEX/FU/1 (19 de noviembre de 2018), párrs.10-11. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/MEX/CED_C_MEX_FU_1_3306_6_S.pdf

⁸⁰ Código Penal: Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, *Texto único del Código Penal de la República de Panamá (Comentado)*, Panamá, CARPAL, 2016.

incluyente en el sentido que pueden materializarse ambas, el ataque puede ser generalizado y sistemático a la vez, o *alternativa*, es decir, el ataque puede ser sistemático sin necesidad de probar que es también generalizado o a la inversa. De igual manera, la conjunción copulativa “y” entre el elemento II y III, hace necesaria la concreción de los tres elementos -mismos que serán explicados en el apartado IV- que constan en el primer párrafo del ER.

En el caso panameño respecto al primer elemento, la conducta debe ser cometida de forma generalizada como también sistemática para que se cumpla el elemento de contexto. También la conjunción disyuntiva “o” que consta en el artículo 441 distingue dos momentos, entre ellos, el mero hecho de conocer el hecho generalizado y sistemático, contra una población civil y no impedirlo, teniendo los medios para ello (I), o perpetrar dicho hecho (II).

La desaparición forzada de personas se encuentra tipificada en el Título II, Capítulo I Delitos contra la libertad individual, artículo 152 del Código Penal de esta manera:

Artículo 152. La privación de libertad de una o más personas, cualquiera que sea su forma, cometida por Agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos o de las garantías procesales pertinentes, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

Esta definición -como delito- es similar a la contenida en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, lo que la hace de las mejores de Centroamérica. Empero, no siempre fue así ya que en el caso *Heliodoro Portugal Vs Panamá*, la Corte IDH se pronunció en contra del elemento conductual en el sentido que será referido en el siguiente apartado.

CAPITULO II.- DESAPARICIÓN FORZADA Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El análisis de los tipos penales hondureños se hará con base en los tres componentes del tipo penal de la desaparición forzada identificables en los instrumentos internacionales sobre la materia: perpetrador o sujeto activo, conducta y consecuencia. Estos tres elementos son desarrollados por el Grupo de Trabajo en su comentario general sobre la definición de desaparición forzada que, en marzo de 2007, durante su 81º período de sesiones lo aprobó con el fin de formular la definición más idónea para proteger a todas las personas contra las desapariciones forzadas. En el mismo señaló lo siguiente:

1. Por lo que respecta a los autores del delito, el Grupo de Trabajo ha determinado claramente que, a efectos de su labor, las desapariciones forzadas sólo se consideran tales cuando el acto en cuestión lo cometen agentes estatales o particulares o grupos organizados (por ejemplo grupos paramilitares) que actúan en nombre o con el apoyo directo o indirecto del Gobierno o con su consentimiento o aquiescencia.
2. El Grupo de Trabajo está de acuerdo con las disposiciones del artículo 3 de la Convención Internacional en el sentido de que los Estados tomarán las medidas apropiadas para investigar los actos equiparables a las desapariciones forzadas cometidos por personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado y procesar a los responsables.
3. El Grupo de Trabajo ha manifestado en su observación general sobre el artículo 4 de la Declaración que, aunque los Estados no están obligados a seguir estrictamente en sus códigos penales la definición contenida en la Declaración, se asegurarán de que el acto de la desaparición forzada se defina de forma que lo distinga claramente de otros delitos afines, como el rapto o el secuestro.
4. Sobre la base de lo que precede, el Grupo de Trabajo no admite los casos relativos a actos similares a las desapariciones forzadas cuando se atribuyen a personas o grupos que no actúan en nombre o con el apoyo directo o indirecto, el consentimiento o aquiescencia del Gobierno, como los movimientos terroristas o insurgentes, que combaten al Gobierno en su propio territorio, ya que considera que debe respetar estrictamente la definición que figura en la Declaración.

5. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración, todo acto de desaparición forzada tiene como consecuencia sustraer a la víctima de la protección de la ley. Así pues, el Grupo de Trabajo admite casos de desaparición forzada sin exigir que la información en que una fuente denuncia un caso demuestre o presuma la intención del autor de sustraer a la víctima a la protección de la ley.

6. En los casos en que el Grupo de Trabajo recibe informes de desapariciones forzadas en que la víctima ya ha aparecido muerta, el Grupo de Trabajo, de acuerdo con sus métodos de trabajo no admitiría el caso para transmitirlo al Gobierno respectivo, ya que se trataría de un caso ab initio. En realidad, según sus métodos de trabajo, la aclaración se produce cuando se demuestra claramente el paradero de la persona desaparecida, independientemente de que la persona esté viva o muerta. Sin embargo, esto no significa que estos casos no respondan a la definición de desaparición forzada que figura en la Declaración, si la privación de libertad tuvo lugar: a) contra la voluntad de la persona interesada; b) con la participación de agentes del Gobierno, al menos indirectamente o con su aquiescencia; y c) los agentes del Gobierno se niegan posteriormente a reconocer el hecho o a revelar la suerte o el paradero de la persona interesada. Esto significa que de acuerdo con el mandato del Grupo de Trabajo relativo a la supervisión de la aplicación de la Declaración, estos informes pueden transmitirse al Gobierno en cuestión con arreglo al método de "denuncias generales", pero no con arreglo al procedimiento de urgencia ni con arreglo al "procedimiento ordinario", en el sentido en que se utilizan estos términos en los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo. Con arreglo al método de las denuncias generales, el Grupo de Trabajo invitaría a los gobiernos interesados a comentar las medidas que deben adoptarse en virtud de la Declaración para investigar estos casos, procesar a los autores, respetar el derecho a una indemnización adecuada y también adoptar medidas para poner fin e impedir las desapariciones forzadas.

7. Conforme a la definición de desapariciones forzadas que figura en la Declaración, el delito en cuestión comienza con el arresto, detención o traslado contra su voluntad de la víctima, lo que significa que la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal. Es decir que la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que ésta revista, y no limitarse a los casos de privación ilegal de libertad.

8. Aunque el Grupo de Trabajo en su observación general sobre el artículo 10 de la Declaración ha mantenido que cualquier detención que se prolongue indebidamente

constituye una violación de la Declaración, esto no significa que la Declaración permita una detención breve, ya que el Grupo de Trabajo aclara inmediatamente que una detención, en que no se formulen cargos contra el detenido para que pueda comparecer ante la autoridad judicial, constituye una violación de la Declaración.

9. Como el Grupo de Trabajo indicaba en la misma observación general la detención administrativa o preventiva, per se, no constituye una violación del derecho internacional o de la Declaración. Sin embargo, si la detención, aunque sea por breve tiempo, va seguida de una ejecución extrajudicial, esta detención no puede considerarse administrativa o preventiva en virtud del artículo 10 de la Declaración, sino más bien como una situación cuya consecuencia inmediata es sustraer al detenido a la protección de la ley. El Grupo de Trabajo considera que cuando el cadáver de la víctima aparece mutilado o con claros indicios de haber sido torturada, o con los brazos o piernas atados, estas circunstancias indican claramente que la detención no fue seguida inmediatamente de una ejecución, sino que la privación de libertad duró algún tiempo, al menos algunas horas o días. Una situación de esta naturaleza no sólo constituye una violación del derecho a no ser objeto de desaparición, sino también del derecho a no ser sometido a torturas, del derecho al reconocimiento como persona ante la ley y del derecho a la vida, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración.

10. En consecuencia, una detención seguida de una ejecución extrajudicial como la descrita en el párrafo anterior constituye una desaparición forzada en sentido propio, siempre que esa detención o privación de libertad la hayan realizado agentes gubernamentales, de cualquier sector o nivel, o grupos organizados o particulares que actúen en nombre o con el apoyo directo o indirecto del Gobierno o con su consentimiento o aquiescencia, y que con posterioridad a la detención o incluso después de haberse llevado a cabo la ejecución, se nieguen a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que el acto se haya cometido en absoluto.⁸¹

I. PERPETRADOR O SUJETO ACTIVO

⁸¹ Naciones Unidas, Asamblea General “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), pp.13-14. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/101/08/PDF/G0810108.pdf?OpenElement>

En vista que se profundizará sobre este elemento en otra sección dedicada a las desapariciones forzadas que ocurren como conductas de crímenes de lesa humanidad se analizará con base en las definiciones contenidas en los tres instrumentos de Derechos Humanos sobre la materia, es decir, en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas que dispone:

Artículo II: Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

El artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada:

Artículo 2: A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Y la contenida en la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, instrumento que no es vinculante y cuyo tipo penal es desarrollado en su preámbulo de esta manera:

Profundamente preocupada por el hecho de que en muchos países, con frecuencia de manera persistente, se produzcan desapariciones forzadas, es decir, que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que estas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el

paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

En estos tres instrumentos, la desaparición forzada la cometen personas físicas, es decir, Agentes Gubernamentales o del Estado, o personas o grupos de personas que actúen con el apoyo, autorización o aquiescencia de los primeros, subrayo que en la declaración se refiere a “asentimiento” que es sinónimo de “aquiescencia”.

En el artículo 333-A del CPHV se identifican: el funcionario o empleado público (I), y “quienes” actúen con la autorización (II), apoyo (III) o la aquiescencia (IV) de uno o más funcionarios o empleados públicos, y en el artículo 140 del NCPH se identifican: el funcionario público (I), agente del Estado (II) o personas o grupo de personas, que actúen con la autorización (III), el apoyo (IV) o la aquiescencia (V) del Estado. Igualmente, tanto en el CPHV como en el NCPH, en sus artículos 393 y 134 respectivamente, contienen una disposición que menciona a quienes se reputarán como funcionario o empleado público de la siguiente forma:

Código Penal vigente, Decreto 144-83

Artículo 393. Para todos los efectos de este Código se reputará funcionario o empleado público a toda persona natural que, por disposición de la ley o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas o desempeña un cargo o empleo público. Se reputarán funcionarios públicos a los alcaldes y regidores municipales.

Nuevo Código Penal para Honduras, Decreto 130-2017

ARTÍCULO 134.- FUNCIONARIO O EMPLEADO PÚBLICO. A efectos penales es funcionario o empleado público:

- 1) Toda persona que por disposición legal, por elección popular, por nombramiento o vinculación contractual participa en el ejercicio de funciones públicas, así como la Alianza Público- Privada; y;

- 2) Los gestores de empresas, asociaciones o fundaciones públicas, considerándose así aquellas en que es mayoritaria la participación de la Administración Pública.

A los mismos efectos, se considera funcionario o empleado público extranjero a las personas siguientes:

- 1) Cualquier persona que participe en el ejercicio de funciones o servicios públicos en nombre de otro país; y,
- 2) Cualquier funcionario o representante de un organismo público internacional.

Tanto en el 333-A del CPHV como en el 140 del NCPH, se identifica que cumplen con el estándar internacional de los derechos humanos de este componente. Como señalan Kai Ambos y María Laura Böhm, en los ordenamientos nacionales el tipo penal de la desaparición forzada de personas:

[...] es sancionada mayoritariamente (en concordancia con la figura en el ámbito internacional) como delito especial, es decir, un delito que solo puede ser cometido por quienes revisten una calidad especial. Así se sanciona en Perú en el artículo 320 del Código Penal (“El funcionario o servidor público”) y en Uruguay en el artículo 21.1 del Código Penal (“siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado”). [...] la calidad especial del tipo penal de la desaparición forzada de personas refleja claramente la naturaleza de las prácticas que dieron origen a la tipificación. Precisamente en el contexto de dictaduras latinoamericanas las desapariciones se dieron fundamentalmente en manos de agentes estatales. Así también lo ponen de manifiesto los casos comentados, en que se trata de hechos cometidos por uniformados.”⁸²

Tomando en cuenta lo anterior es de suma importancia mencionar que la participación de los particulares, en los códigos penales es recomendable que se tipifique con un nexo de

⁸² La última línea de la cita hace alusión a la técnica de “desaparecer” personas utilizada por la antigua Unión Soviética en la década del treinta del siglo pasado y de las prácticas de desaparición en el Tercer Reich alemán. Ambos, Kai y Böhm, María Laura “La desaparición forzada...”, *cit.*, pp. 198-199 y 208.

responsabilidad estatal, porque *a contrario sensu*, tal como lo señaló el grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias sobre la visita a Colombia se diluiría la responsabilidad del Estado. En esa misma línea, la Corte IDH ha señalado que este delito es “particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.” [...] y su prohibición ha alcanzado carácter de jus cogens.”⁸³ No obstante, más adelante observaremos que en la definición establecida en el ER se da un giro respecto del perpetrador, al tipificar que una organización política sin la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado puede ser responsable de una desaparición forzada en un contexto de crimen de lesa humanidad.

Para terminar con este componente y, meramente por cuestión de estilo en la redacción, se considera que en virtud de la locución latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta praevia*, es preciso que la norma jurídica sea clara, estricta y precisa, por ello, en el código penal vigente en lugar de mencionar “quienes”, es preferible que se haga alusión a las “personas o grupos de personas,” como si consta en el artículo 140 del NCPH.

II. CONDUCTA

II.I. Privación de la libertad, cualquiera que fuere su forma

Todos los instrumentos internacionales sobre la materia se refieren a acciones que consisten en la privación de libertad de uno o más personas. Tanto en los artículos 333-A del CPHV como 140 del NCPH, en primer lugar se refieren a que comete este delito *quien priva de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma*, en ese sentido, se toma la misma fórmula de la Convención Interamericana, misma que si la comparamos con los demás instrumentos internacionales sobre la materia, resulta ser la de mayor especificidad y amplitud porque se refiere a cualquier forma de privación de la libertad. Por esa razón se sugiere conservar esta fórmula.

⁸³ Corte IDH, caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr., 139, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

Respecto a la formula “Cualquiera que fuere su forma”, resulta oportuno mencionar que la Corte IDH en la sentencia de 12 de agosto de 2008, caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, señaló conducentemente lo siguiente:

192. La tipificación del delito de desaparición forzada que se encuentra en el artículo 150 del actual Código Penal panameño contempla como elemento sustantivo que la privación de libertad personal se lleve a cabo por un servidor público “con abuso de sus funciones o en infracción de las formalidades legales”, o por un particular que actúe “con autorización o apoyo de los servidores públicos” (supra párr. 190). Al limitar la privación de libertad en este contexto a aquellas situaciones en que ésta sea ilegal, excluyendo así formas legítimas de privación de libertad, la tipificación del delito se aparta de la fórmula mínima convencional. *Cabe resaltar que la fórmula contenida en la Convención Interamericana señala como elemento básico la privación de libertad, “cualquiera que fuere su forma”. Es decir, no resulta relevante la forma en que se hubiese producido: lícita o ilícita, violenta o pacífica, por ejemplo.* (El énfasis es nuestro)

193. La tipificación de este delito en el Código Penal panameño es, en este extremo, similar a la tipificación que la Corte encontró insuficiente en el caso Blanco Romero y otros. En aquél caso, como en este, la descripción de la conducta típica de desaparición forzada sólo se refería a la privación ilegal de la libertad, lo cual excluye otras formas de privación de libertad. *Por ejemplo, una privación de libertad puede que sea legal en un principio, pero devenga ilegal al cabo de cierto tiempo o por determinadas circunstancias.*⁸⁴ (El énfasis es nuestro)

No obstante, en el informe presentado en el 2016 por el Estado Hondureño ante el Comité contra la Desaparición Forzada -y que correspondía ser presentado en el 2012 porque la Convención Internacional entró en vigor a partir del 23 de diciembre de 2010- en virtud del artículo 29, párrafo 1 de la convención que constituyó el referido órgano, se indica que en el Congreso Nacional se está discutiendo “un proyecto de nuevo código penal, en el cual se contemplan mejoras a la redacción para el tipo penal de desaparición forzada” y que entre

⁸⁴ Corte IDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá sentencia de 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrs. 192 y 193, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf.

los cambios que se introducirían, *inter alia*, se haría la “alusión expresa a las modalidades de aprehensión, detención o secuestro, sin dejar por ello de mencionar la figura genérica de la privación de libertad”⁸⁵ en ese sentido, no es recomendable introducir un tipo penal dentro de otro, porque afecta el carácter autónomo de este delito y en ese caso requerirían de ciertos elementos propios del tipo que se trate (detención ilegal, secuestro, raptó) y adicionales al tipo de desaparición forzada para que se configure.

Además, la detención o la aprehensión, son actos de autoridad que tienen cierta base legal, sin embargo, la desaparición forzada no pudiera derivarse de una detención o aprehensión propiamente dicha, solamente sí esa detención o aprehensión realizadas de forma legal posteriormente se conviertan en arbitrarias, como la Corte IDH lo señaló en la supra sentencia.

De acuerdo con esto, la Corte IDH se ha referido reiterativamente sobre la importancia del carácter autónomo de este delito. Verbigracia, en el caso *Gelman Vs Uruguay* señaló que, para que una investigación sea efectiva, el Estado debe:

[...] aplicar un marco normativo adecuado para desarrollarla, lo cual implica regular y aplicar, como delito autónomo en su legislación interna, la desaparición forzada de personas, puesto que la persecución penal es un instrumento adecuado para prevenir futuras violaciones de derechos humanos de esta naturaleza y, asimismo, el Estado debe garantizar que ningún obstáculo normativo o de otra índole impida la investigación de dichos actos y, en su caso, la sanción de sus responsables.”⁸⁶

En esa misma dirección se pronunció en los casos *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia*⁸⁷ y *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil*.⁸⁸ De igual manera,

⁸⁵ Comité contra la Desaparición Forzada, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, Honduras, 2016, párr. 15, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-HND-1_sp.pdf

⁸⁶ Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), párr. 237, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

⁸⁷ Corte IDH, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia sentencia de 1 de septiembre de 2010 (fondo, reparaciones y costas), párr. 66. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf.

en el caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, como en el caso *Radilla Pacheco Vs México*, con motivo del carácter *pluriofensivo* de este delito, la Corte IDH apuntó que:

[...] la tipificación de este delito autónomo y la definición expresa de las conductas punibles que lo componen tienen carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica. 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. La desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado, caracterizado por la violación múltiple y continua de varios derechos protegidos en la Convención.”⁸⁹

[...] 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.”⁹⁰

En este punto es válido distinguir -antes de continuar con el siguiente elemento conductual- las diversas características de la desaparición forzada de personas siendo las siguientes:

II.II. Características de la Desaparición Forzada de personas

II.II.I. Es Pluriofensiva

La Corte IDH ha señalado que este carácter, “en cuanto a los derechos afectados, y continuada o permanente de la desaparición forzada, también se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal de manera constante desde su primer caso contencioso resuelto en 1988, incluso, con anterioridad a la definición contenida en la Convención

⁸⁸ Corte IDH, caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”)* vs. Brasil sentencia de 24 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 109, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf.

⁸⁹ Corte IDH, caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, *op. cit.*, párr. 181.

⁹⁰ Corte IDH, caso *Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*, párr. 238.

Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.”⁹¹ En ese sentido, es pluriofensiva porque constituye una violación múltiple de varios derechos como ser la vida, la integridad personal, la libertad personal y la personalidad jurídica⁹², e incluso se ha condenado adicionalmente por la violación de otros derechos de acuerdo a las circunstancias del caso, por ejemplo a las garantías judiciales y protección judicial.⁹³

II.II. II. Es continuada o permanente

Cristalizados los elementos conductuales del tipo, mientras se desconozca del destino o paradero de la víctima, la desaparición forzada se extenderá durante todo ese tiempo. Sobre esta característica la Corte IDH ha dicho que:

[...] la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad.⁹⁴

[...] los actos constitutivos de desaparición forzada tienen carácter continuado o permanente, y que sus consecuencias acarrearán una pluriofensividad a los derechos de las personas reconocidos en la Convención Americana mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos, por lo cual, los Estados tienen el deber correlativo de investigar y, eventualmente, sancionar a los responsables, conforme a las obligaciones derivadas de la Convención Americana.⁹⁵

⁹¹ Corte IDH, caso Contreras y Otros Vs. El Salvador, sentencia de 31 de agosto de 2011 (fondo, reparaciones y costas), párr.82, http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf; en ese mismo sentido, Corte IDH, caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”) vs. Brasil, *op. cit.*, párr. 104.

⁹² Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay, *op. cit.*, párr. 77,

⁹³ Corte IDH, caso Contreras y Otros Vs. El Salvador, *op. cit.*, párrafos 176 y 177

⁹⁴ Corte IDH, caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”) vs. Brasil, *op. cit.*, párr.

103.

⁹⁵ *Ibidem*, párr. 110.

El Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzadas o Involuntarias en su comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado señaló:

Aunque una conducta viole varios derechos, incluido el derecho al reconocimiento de una persona ante la ley, su derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho a no ser sometida a tortura ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y viole, además, el derecho a la vida o lo ponga gravemente en peligro, el Grupo de Trabajo considera que una desaparición forzada es un acto único y consolidado y no una combinación de actos. Aun cuando varios aspectos de la violación puedan haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras partes de la violación persisten, y mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso y no deberá fragmentarse el acto.⁹⁶

II.II.III. Es imprescriptible y de carácter jus cogens

En principio la desaparición forzada debe ser imprescriptible, así consta en el primer párrafo del artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas. No obstante, en su segundo párrafo señala que al existir una norma de carácter fundamental que impida la aplicación de este carácter, se podrá fijar un período de prescripción siempre y cuando este sea igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

En la Convención Internacional, artículo 8 numeral 1 incisos a) y b), señala que el plazo de prescripción de la acción penal, en su caso, debe ser “prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito” y que se contará “a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito” y en el numeral 2 impone la obligación de garantizar a las víctimas de desaparición forzada “el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción.”

⁹⁶ Naciones Unidas, Asamblea General, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), párr. 39, numeral 2 del Comentario General sobre la desaparición forzada como delito continuado. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/104/48/PDF/G1110448.pdf?OpenElement>.

Con respecto a la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad, el artículo 29 del ER señala que los crímenes de la competencia de la Corte, entre ellos el crimen de lesa humanidad, no prescribirán. Asimismo, de acuerdo al artículo I del Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (En adelante CICGLH), señala que los crímenes de lesa humanidad “según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946” es imprescriptible cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido. Empero, esa definición no contempla la desaparición forzada de personas como conducta.

Considerando esto, es válido cuestionarse: ¿Estará obligado un Estado a reconocer el carácter de imprescriptibilidad de la acción penal en el caso de las desapariciones forzadas cometidas como conducta de crimen de lesa humanidad cuando no haya ratificado el ER ni la CICGLHN, o bien, únicamente esta última?

La Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano Vs Chile*, señaló que en el caso de aquellos Estados que no han ratificado dicha Convención, la Corte IDH “considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención” – CICGLHN- “sino que está reconocida en ella”⁹⁷ en consecuencia están obligados a cumplir con esa norma imperativa.

Asimismo, en su jurisprudencia ha dicho “que la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarlas y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*.”⁹⁸ Aunado a esto, si consideramos lo dicho en los casos

⁹⁷ Corte IDH, Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 153, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

⁹⁸ Corte IDH, Caso *Goiburú y otros Vs. Paraguay*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 84, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf

caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs Bolivia y Barrios Altos Vs Perú* en relación a la prescripción y al carácter *jus cogens* de conductas –desaparición forzada- cometidas en un contexto de violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos humanos, al señalar que:

[I]ndependientemente de si una conducta es determinada por el tribunal interno como crimen de lesa humanidad o no, para el análisis de la aplicación del instituto procesal de la prescripción a conductas tales como la tortura o el asesinato cometidas durante un contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos...” [...] debe tenerse en cuenta el deber especial que éste tiene frente a tales conductas de realizar las debidas investigaciones y determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos respectivos para que éstos no queden en la impunidad.⁹⁹

[S]on inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.¹⁰⁰

Podríamos concluir que la desaparición forzada cuando alcanza el nivel de crimen de lesa humanidad, independientemente que no se encuentre incluida en la definición de crimen de lesa humanidad utilizada por la CICGLH al remitirse al Estatuto de Núremberg, o bien por el hecho de que un Estado no haya ratificado la CICGLH ni el ER, la desaparición forzada de personas como parte de un ataque generalizado o sistemático, en virtud que constituye una violación grave de los derechos humanos y a su vez, al atentar contra varios derechos inderogables por motivo de su carácter pluriofensivo: es imprescriptible y obliga a los Estados a investigar, sancionar y reparar en cualquier tiempo.

⁹⁹ Corte IDH, caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, *op. cit.*, párr. 208.

¹⁰⁰ Corte IDH, Caso *Barrios Altos Vs. Perú*, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo), párr. 41, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

II.III. 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

Continuando con este análisis, en el art. 333-A del CPHV, se menciona que se requiere que “*concurran* cualquiera de las circunstancias siguientes; 1) Falta de información con la negativa a reconocer la privación de libertad; y, 2) Oculten o nieguen el paradero de la o las personas detenidas.” (El énfasis es nuestro)

La palabra “*concurra*”, tiene la misma función copulativa que las palabras “*y que luego*” de la declaración del 92, “*seguida de*” de la convención interamericana como también de la convención internacional, e incluso de, “*seguido de*” del ER, 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. Hecha la observación anterior, este tipo penal se refiere a dos circunstancias adicionales a la privación de la libertad, que de concurrir una u otra, configura el delito:

La primera es la “*falta de información con la negativa a reconocer la privación de libertad*”, esta circunstancia no cumple con el estándar internacional de los derechos humanos, porque coloca un nexo copulativo entre la “*falta de información*” y “*la negativa a reconocer la privación de libertad*”, es decir, hace necesario que concurran ambas circunstancias para que se configure el delito, contrario a lo que disponen tanto la convención regional como universal de derechos humanos sobre la materia que las separan con la conjunción disyuntiva “o”, por lo cual para que se configure el delito debe darse una u otra.

La segunda circunstancia es que “oculten o nieguen el paradero de la o las personas detenidas”. En correlación al ocultamiento, si bien es cierto la Convención Internacional se refiere al “*ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida*”, en el 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.”¹⁰¹

En consecuencia, en el ámbito hondureño, un juez al aplicar el artículo 333-A a un caso concreto, tendría que remitirse a esta interpretación, por esta razón es mejor que la desaparición forzada de personas se tipifique de una forma exacta que evite interpretaciones que puedan ser distintas a la ya realizada por el Comité y por ello sea remplazado por la fórmula: falta de información o la negativa a reconocer una privación de libertad. No obstante, de colocar en el inciso 2) del artículo 333-A esa fórmula en lugar de “oculten...”, se repetiría –tomando en cuenta la sugerencia que se brindó- la misma fórmula con respecto al numeral 1) del mismo artículo.

El mismo numeral 2) del artículo 333-A, indica otra circunstancia: *negar el paradero*. Si la comparamos esta fórmula a la establecida en los 4 instrumentos internacionales sobre la materia es identificable que es muy diferente a las otras, por ejemplo, en la Declaración del 92 se refiere a *negarse a revelar la suerte o el paradero*; la Convención Interamericana indica *la negativa de informar sobre el paradero*; la Convención Internacional describe *al ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida*, el cual si nos remitimos a la supra interpretación es la falta de información o la negativa a reconocer una privación de la libertad, y; el ER *a la negativa a dar información sobre la suerte o el paradero*, por eso la formula “*negar el paradero*” se torna inexacta e imprecisa ya que no es clara si se refiere *a la negativa a informar sobre el paradero* que no es lo mismo que *negar el paradero*, es decir que en este último caso implica que al perpetrador u otra persona que conozca el paradero del desaparecido sea consultado sobre si en un lugar específico se encuentra la víctima, y este lo niegue a sabiendas que en ese lugar efectivamente está. Sin embargo, en el supuesto que se le consulte si en un determinado lugar se encuentra el desaparecido, mismo que es la ubicación incorrecta, y a quien se le consulta responde que efectivamente no se encuentra en ese lugar porque justamente sabe que no es su ubicación real, no se configura el delito, resultando ambigua esta fórmula.

¹⁰¹ Comité contra la Desaparición Forzada, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 31 de la Convención, respecto de la comunicación número 1/2013, 2016, párr. 10.4, file:///C:/Users/usuario/Downloads/G1607492%20(1).pdf.

En el artículo 140 del NCPH, este elemento (conducta) está plasmado de la siguiente manera: “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.” Por fortuna, se corrigen los errores antes señalados y se toma la fórmula de la Convención Interamericana, misma que no contiene la palabra “oculten” u “ocultamiento” por el cual no hay necesidad de remitirse a la interpretación realizada por el *Treaty Body* supra referido.

En este punto quisiera agregar que en el primer borrador del nuevo código penal, el cual fue obtenido de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID),¹⁰² el tipo penal estaba redactado de una forma diferente en el artículo 140 numeral 1). En particular este elemento (conducta) estaba plasmado del siguiente modo:

Comete el delito de desaparición forzada de personas, [...] el particular que actuando bajo la autorización o con apoyo del Estado o de sus autoridades o agentes, priva de libertad a una persona ocultando de cualquier modo su situación de detención o paradero.

En esta fórmula del artículo 140.1) del primer proyecto de este nuevo código que vendría a derogar el artículo 333-A, me atrevo a señalar que de no haberse cambiado a la fórmula que se ha desarrollado, hubiese empeorado el tipo penal vigente por cuatro motivos:

En primer lugar, no se menciona de forma completa la fórmula utilizada en la Convención Interamericana y que consta en los artículos 333-A del código vigente y 140 del nuevo código, en el sentido que no se refiere a la privación de libertad “cualquiera que fuere su forma”, fórmula que la haría de mayor alcance y protección.

En segundo lugar, se denota que trataban de incorporar la fórmula de la Convención Internacional, pero de forma inexacta, ya que no se menciona posterior a la privación de libertad la fórmula “seguida de” u otra palabra análoga, que como se mencionó en líneas

¹⁰² AECID, “*Proyecto de Código Penal de Honduras*”, <http://interconecta.aecid.es/Gestin%20del%20conocimiento/19-PCP%20Honduras%20TEXTO%20DEFINITIVO%2010%20abril%202016%20CON%20I%CC%81INDICE%20DE%20VOCES.pdf>.

anteriores en concomitancia con la palabra “concurra”, tiene la función copulativa de unir ciertas circunstancias que deben cumplirse *adicionalmente pero no con inmediatez* a la privación de libertad; sino que la reemplaza con el gerundio “ocultando” que da la impresión que la privación de libertad se tiene que dar de forma simultánea al ocultamiento, lo que no es correcto porque en primer lugar se da la privación de libertad y luego el ocultamiento, mismo que no es necesario que ocurra de forma inmediata.

El tercer motivo, como se indicó anteriormente, al utilizar la palabra “ocultando” obliga al juez al momento de aplicar este tipo penal de remitirse a la interpretación realizada por el Comité contra Desapariciones Forzadas, misma que señaló que es la falta de información o la negativa a reconocer una privación de libertad.

Como cuarto y último motivo, en este primer proyecto se menciona una “situación de detención o paradero”. Como se ha señalado la palabra “detención” podría conllevar a una connotación jurídica demasiado específica la cual podría alterar a los elementos del tipo para que se configure. También es preciso mencionar que este inciso da la impresión falsa que el particular que actúa bajo la autorización o con apoyo del Estado o de sus autoridades o agentes tiene la facultad de realizar una detención, que a su vez, al utilizar esta palabra que es más restringida a la privación de libertad *per se*, resulta contradictorio referirse en principio a quienes priven de la libertad y sucesivamente la limiten a una detención.

III. CONSECUENCIA

En las observaciones finales sobre el informe presentado por el Ecuador en virtud del artículo 29 numeral 1 de la Convención Internacional, en el párrafo 6, el Comité contra Desapariciones forzadas se refirió a este componente señalando conducentemente lo siguiente:

El Comité acoge con beneplácito las seguridades brindadas por el Estado parte de que la frase “con lo cual se impida el ejercicio de garantías constitucionales o legales”, incluida en la definición de desaparición forzada prevista en el artículo 84 del COIP, **no es un**

elemento constitutivo del tipo penal, sino la consecuencia directa de la conducta delictiva. (Lo negrita es nuestro)

En este orden de ideas, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias en el comentario general sobre la definición de desaparición forzada interpretó que:

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 de la Declaración, todo acto de desaparición forzada tiene como consecuencia sustraer a la víctima de la protección de la ley. Así pues, el Grupo de Trabajo admite casos de desaparición forzada sin exigir que la información en que una fuente denuncia un caso demuestre o presuma la intención del autor de sustraer a la víctima a la protección de la ley.¹⁰³

En conclusión, la limitación o negación al ejercicio de las garantías constitucionales y las garantías procesales pertinentes (art. 333-A del CPHV) o bien el impedimento al ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes (Art. 140 del NCPH) no son un elemento *per se* del tipo penal sino una *consecuencia directa de la conducta delictiva*.

Sin embargo, el Estado Hondureño en el informe presentado ante el comité contra la desaparición forzada citado en líneas anteriores, sorprendentemente señaló en el párrafo 14, que el tipo penal establecido en el artículo 333-A del CPHV “define la desaparición forzada incorporando los tres elementos constitutivos del artículo 2 de la Convención” entre ellos “la sustracción a la protección de la ley (se limite o niegue el ejercicio de las garantías constitucionales y las garantías procesales pertinentes).”

Si bien, tanto artículo 333-A del CPHV como el artículo 140 del NCPH, utilizan la fórmula “con lo cual”, misma que es utilizada en la Convención Interamericana, refiriéndose a la misma como una consecuencia o efecto de la conducta, al igual como lo señalan los otros

¹⁰³ Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, *Comentario General sobre la definición de desaparición forzada*, párr.5, p, 18, http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf.

instrumentos de derechos humanos sobre la materia; en el informe presentado al Comité se hace constar que la misma es considerada como un elemento del tipo, lo que es incorrecto.

No obstante, el Comité le solicitó al Estado hondureño en la “Lista de cuestiones relativa al informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención” de fecha 13 de octubre de 2017, que aclarara si la frase “con lo cual se limite o niegue el ejercicio de las garantías constitucionales y las garantías procesales pertinentes” del artículo 333-A del Código Penal vigente debía entenderse como un elemento intencional necesario para la incriminación de la conducta delictiva o si, por el contrario, debe entenderse como una consecuencia de la misma,¹⁰⁴ a lo que el Estado hondureño respondió, retractándose a lo afirmado en el primer informe, que efectivamente esa frase corresponde a una consecuencia del acto.¹⁰⁵

Es alentador al revisar el artículo 140 del NCPH mismo que derogaría el 333-A, se tipifica este componente con la fórmula: *con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes*, similar a la fórmula de la Convención Interamericana que hace alusión a una consecuencia o efecto de la conducta y no a un elemento del tipo. Por lo que podríamos decir que el Estado Hondureño ha rectificado esa interpretación errónea.

¹⁰⁴ Comité contra la Desaparición Forzada, *Lista de cuestiones relativa al informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*, 2017, párr. 4, fracciones a) y b), <file:///C:/Users/usuario/Downloads/G1731877.pdf>

¹⁰⁵ Comité contra la Desaparición Forzada, *Respuestas de Honduras a la lista de cuestiones relativa al informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención*, 2018, párr. 13, <file:///C:/Users/usuario/Downloads/G1804304.pdf>

CAPITULO III.- DESAPARICION FORZADA Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Para el análisis de los tipos penales hondureños de desaparición forzada de personas para su aplicación como conducta de crimen de lesa humanidad, se harán varias precisiones sobre el mismo, 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 Roma, porque, *inter alia*, se dan en contextos diferentes. En el artículo 7, numeral 1, se identifican los elementos de *contexto* del crimen de lesa humanidad, los cuales serán divididos de la siguiente manera.

I. ELEMENTOS DE CONTEXTO

I.I. Ataque

El artículo 7 numeral 2, fracción a) del ER señala que deberá entenderse como “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.” Si nos remitimos a la jurisprudencia del TIPY, se entiende “como el curso de una conducta que involucra la comisión de actos de violencia., sea o no armada.”¹⁰⁶

I.II. El ataque debe ser generalizado o sistemático

Se dice que es generalizado cuando el ataque es masivo. 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

¹⁰⁶ Medellín Urquiaga, Ximena, *op. cit.*, p. 70

la serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud.”¹⁰⁷

Es sistemático cuando se cometen dichos ataques con una frecuencia de tiempo y se identifica un patrón en la forma de actuar del perpetrador. 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”¹⁰⁸ 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”¹⁰⁹

En este punto hay que señalar que no todo ataque generalizado constituye *per se* crimen de lesa humanidad. Verbigracia, el artículo 7 numeral 1 fracción f) del ER señala a la Tortura entre los actos que podrían elevarse al nivel de crimen de lesa humanidad. En ese orden de ideas, en el informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, tras su visita a México entre el 21 de abril y el 2 de mayo de 2014 se señaló que:

La tortura es generalizada en México. Ocurre especialmente desde la detención y hasta la puesta a disposición de la justicia, y con fines de castigo e investigación. El Relator Especial identificó varias causas de la debilidad de las salvaguardias de prevención y recomienda medidas para atenderlas. Observó también serios problemas en las condiciones de detención, especialmente hacinamiento.¹¹⁰

Esta aseveración generó un gran debate en México al grado que fueron descalificadas por el gobierno mexicano e incluso, se presentó por la misiva del relator una reclamación ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Gómez Robledo, en ese entonces, subsecretario para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de la Secretaría

¹⁰⁷ *Ibidem*, p.71.

¹⁰⁸ *Ídem*.

¹⁰⁹ *Ídem*.

¹¹⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. Adición Misión a México”, A/HRC/28/68/Add.3 (29 de diciembre de 2014). Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/252/91/PDF/G1425291.pdf?OpenElement>

de Relaciones Exteriores (SRE), destacó que el término “generalizada” significa que “hay una política de Estado de violación a los derechos humanos, en un contexto de ataque o de comisión generalizada de violaciones en contra de la población civil en forma sistemática y con conocimiento de causa de quien lo perpetra.”¹¹¹

Empero, Santiago Corcuera Cabezut en una columna del Diario El Universal, basándose en el proyecto de informe de Sean D. Murphy, Relator de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU para el tema de “crímenes de lesa humanidad” acertadamente explica que no es así, pues:

En los crímenes de lesa humanidad, la conducta (e.g. tortura, desapariciones forzadas), debe darse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y con conocimiento de dicho ataque. Para ello, el ataque debe ser parte de una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos (e.g. tortura) contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado de cometer ese ataque o para promover esa política. Así, la práctica de la tortura puede ser generalizada, pero no por ello necesariamente presuponer una política de Estado.

El proyecto de informe referido explica que una política de Estado implica un plan preconcebido -que puede incluir actos u omisiones deliberadas- para ejecutar o permitir que se ejecute el ataque contra una población civil; puede inferirse que involucra la comisión sistemática de una multiplicidad de crímenes. El proyecto de informe cita dos casos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda: el caso Akayesu 1998: “sistemático puede definirse como plenamente organizado y en seguimiento de un patrón consistente, basado en una política común” y en el caso Kayishema 1999: “sistemático significa un ataque llevado a cabo de conformidad con un plan o política preconcebidos”. Por ello, los actos aislados (aunque sean muchos) cometidos por malos agentes militares o policíacos, que no actúan de conformidad con el plan o política en cuestión, serán crímenes de Estado, o mejor aún, actos internacionalmente ilícitos del Estado, pero no podrían considerarse parte de una política de Estado, ni por lo tanto, como crímenes de lesa humanidad.

¹¹¹ La Jornada, “Insiste Gómez Robledo en descalificar a relator de la ONU”, México, 1 de abril de 2015, <https://www.jornada.com.mx/2015/04/01/politica/005n1pol>

Los elementos de los Crímenes de la Corte Penal Internacional indican que la “política de Estado” requiere que el Estado promueva o aliente activamente (mediante actos u omisiones deliberadas) un ataque de esa índole contra una población civil. Puede haber, entonces, múltiples actos de tortura, cometidos por múltiples agentes del Estado, de diferentes ámbitos y niveles, en muchos lugares y no por ello ser parte de una política de Estado, aunque la práctica pueda calificarse justificadamente de generalizada.

El informe del relator afirma que en México la práctica de la tortura es generalizada no implica necesariamente que sea parte de una política de Estado, ni que sea sistemática, ni que constituya un crimen de lesa humanidad. Es decir, afirmar que la práctica de la tortura es generalizada no implica necesariamente que sea parte de una política de Estado.

A veces he escuchado o leído afirmaciones en el sentido de que la tortura o la desaparición forzada son crímenes de lesa humanidad, así nomás. Hay que reiterar que no todo acto de tortura, ni toda desaparición forzada son, per se, crímenes de lesa humanidad. Creo que, en este terreno la exactitud es imprescindible, para no diluir la gravedad de los crímenes que realmente alcanzan la categoría de crímenes de lesa humanidad, ni afirmar que se comenten ese tipo de crímenes cuando no sea así.¹¹²

I.III. Contra una población civil

Ximena Medellín, Juan Carlos Arjona Estévez y José A. Guevara, citando la jurisprudencia del TIPY se refieren a este elemento así:

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

¹¹² Corcuera Cabezut, Santiago, “Tortura generalizada vs. Crímenes de lesa humanidad”, México, EL Universal, 11 de abril de 2015, <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2015/04/75821.php>

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.¹¹³

I.IV. Con conocimiento de dicho ataque

Este elemento se refiere a que el perpetrador haya tenido conocimiento de que la conducta –cualquiera de las conductas que constan en el artículo 7 numeral 1 del ER, mismas que son enunciativas y no taxativas en función a la fracción k)¹¹⁴- 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.”¹¹⁵ De igual manera, Ximena Medellín, Juan Carlos Arjona Estévez y José A. Guevara, señalan que este elemento:

[N]o debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento existe si el autor tenía la intención de promover un ataque de esa índole.¹¹⁶

II. ANALISIS DE LA DEFINICION

Si nos remitimos a la definición de desaparición forzada de personas como conducta de crimen de lesa humanidad contenida en el artículo 7 numeral 1 párrafo primero y numeral 2 fracción i) del ER, en relación al *perpetrador o sujeto activo*, de acuerdo al análisis elaborado por Santiago Corcuera Cabezut,¹¹⁷ los tres instrumentos de Derechos Humanos sobre desaparición forzada estipulan que para que se configure la conducta como

¹¹³ *Ibidem*, p.72.

¹¹⁴ ER, Artículo 7, numeral 1, fracción k), “Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.”

¹¹⁵ Medellín Urquiaga, Ximena, *op. cit.*, p. 72

¹¹⁶ *Ídem*.

¹¹⁷ 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.

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 es nuestro)

La tercera conjunción disyuntiva “o” de este fragmento es la que hace diferente 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 ER 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.

Cabe agregar que esta definición también acrecienta la calidad especial de los autores de este delito concomitantemente a los particulares que actúen bajo la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, extendiéndose a una organización política. Por lo cual 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. No obstante, los particulares *per se* no pueden ser considerados como autores si estos no actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado o bien de una organización política.

Es de suma importancia hacer una precisión en cuanto al concepto de *organización*, el crimen de lesa humanidad es independiente de la guerra, es decir, no se debe probar un nexo con un conflicto armado, indistintamente de índole internacional o no, pero para

definir a una *organización* se es necesario remitirnos al Derecho Internacional Humanitario, o *jus in bello*.

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, se observa que, se requieren ciertos componentes para que una organización sea considerada como tal, el cual conducentemente señala en la definición 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.”¹¹⁸

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 [...] Estos actores deben estar en condiciones de actuar como un Estado,¹¹⁹ es decir, deben poseer una capacidad similar en organización y fuerza”¹²⁰ y este mismo citando a Bassiouni menciona

¹¹⁸ 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, art. 1, <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>.

¹¹⁹ El Juez Hans Peter Kaul sostuvo en un voto disidente, que de acuerdo con el Artículo 7 una “organización” en sí debe contar con las siguientes características “similares a un estado”: (i) composición por una colectividad de personas, (ii) concebida y que actúa con un propósito común, (iii) durante un período prolongado de tiempo; (iv) bajo un mando responsable o con un determinado nivel de estructura jerárquica, que incluye como mínimo una política de algún grado; (v) con la capacidad de imponer la política entre sus miembros y sancionarlos, y; (vi) 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”. Ver notas final 609 en: Open Society Justice Initiative, *Atrocidades Innegables: Confrontando Crímenes de lesa humanidad en México*, New York, 2016, p. 198 Disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/undeniable-atrocities-esp-2nd-edition.pdf>

¹²⁰ Ambos, Kai, “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”, *Revista General de Derecho Penal* 17, año 2012, p. 7, <http://www.department-ambos.uni->

que “los actores no estatales “participan de las características de los actores estatales en cuanto ejerzan algún dominio o control sobre el territorio y el pueblo, y lleven a cabo una “política” que tenga características similares a las de “la acción del Estado o de la política.”¹²¹

Open Society en un informe destacó que la interpretación adoptada por la mayor parte de las Salas de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional que presiden las fases iniciales de la situación en Kenia es la preponderante con respecto a los elementos de “una organización” para los fines de análisis de los crímenes de lesa humanidad. Sosteniendo la mayoría que para determinar si un grupo en concreto puede ser considerado como una organización al tenor de los requisitos del Estatuto, la sala debe tener en cuenta diversas consideraciones, entre ellas:

(i) si el grupo se encuentra bajo un mando responsable, o tiene una jerarquía establecida; (ii) si el grupo posee los recursos, los medios y la capacidad suficiente y efectiva para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) si el grupo ejerce control sobre parte del territorio de un Estado; (iv) si el grupo dirige sus actividades criminales contra la población civil como un objetivo principal; [y] (v) si el grupo articula, explícita o implícitamente, una intención de atacar a una población civil...¹²²

Tomando en cuenta lo anteriormente mencionado, en el CPHV no se tipifica el crimen de lesa humanidad y por ende, tampoco contiene la desaparición forzada como una de sus conductas. Empero, en el NCPH, si lo hace, para ser más precisos, en el libro II; Título I: Delitos contra la Comunidad Internacional; Capítulo I: Crimen de lesa humanidad, artículo 139, tipifica el crimen de lesa humanidad, y en el numeral 9) menciona como conducta del tipo la Desaparición Forzada, señalando conducentemente de la siguiente manera:

ARTÍCULO 139.- CRIMEN DE LESA HUMANIDAD. Debe ser castigado con la pena de prisión de treinta (30) años a prisión a perpetuidad, pérdida de la nacionalidad e

goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/CRIMENESDELESAHUMANIDAD.pdf.

¹²¹ *Ídem*, nota al pie de página 26.

¹²² Open Society Justice Initiative, *op.cit.*, pp. 92-93.

inhabilitación absoluta con la misma duración que la pena de prisión, quien comete un crimen de lesa humanidad como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque, en cualquiera de los actos siguientes:”; [...] 9) Desaparición forzada de personas.”

Si comparamos la definición del artículo 139 del NCPH con la del artículo 7 numerales 1 y 2 letra a) del ER, se puede apreciar que de acuerdo al contenido del artículo 139, cualquiera de los 11 actos enumerados en el referido artículo (Por ejemplo, asesinato, exterminio, esclavitud, desaparición forzada de personas, etc.) constituyen por sí mismos crimen de lesa humanidad al señalar “*quien comete un crimen de lesa humanidad*” y, al cometerlos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque constituye la conducta punible, lo que es incorrecto, ambiguo e impreciso, ya que para el estándar del derecho penal internacional el crimen de lesa humanidad se materializa cuando cualquiera de las conductas señaladas en el artículo 7 numeral 1 de las fracciones a) a la k) del ER se perpetra como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, de lo que se desprende que ninguna conducta por sí misma constituye crimen de lesa humanidad, siendo necesario que se cristalicen los elementos de contexto para ello. Tampoco, se hace alusión al elemento indicado en el artículo 7 numeral 2 letra a) del ER, en el sentido que esas conductas deben de ser de conformidad con una política o planificación de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

El NCPH contempla algunas novedades, entre ellas, las circunstancias agravantes y atenuantes del delito de desaparición forzada, mismas que son algunas de las descritas en el artículo 7 numeral 2 fracciones a) y b) de la Convención Internacional, lo que es significativo ya que el Estado hondureño al Comité contra Desapariciones Forzadas reconoció no contemplarlas en el artículo 333-A del CPHV¹²³.

¹²³ Comité contra la Desaparición Forzada, *Respuestas de Honduras a la lista de...*, op. cit., párr. 15.

ARTÍCULO 141.- DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS AGRAVADA. La pena de prisión se aumenta en un tercio (1/3), si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

1) La privación de libertad de la persona desaparecida se prolonga más de setenta y dos (72) horas; o,

2) La persona desaparecida es menor de dieciocho (18) años, mujer embarazada, persona de avanzada edad, con discapacidad o padece una enfermedad que le impide valerse por sí misma.

ARTÍCULO 142.- DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS ATENUADA. La pena se reduce en un tercio (1/3) cuando, en un plazo no superior a setenta y dos (72) horas desde la privación de libertad, el responsable libera a la víctima voluntariamente o como producto de negociaciones suministra información que conduce a su localización, siempre que ésta no haya sufrido daño en su salud e integridad física.

Además, en el artículo 9 numeral 3 fracciones a) y j) y 116 numeral 1) del Decreto 130-2017 se incorpora el principio de justicia universal aplicable a los delitos de lesa humanidad y desaparición forzada de personas y, la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad y desaparición forzada, respectivamente.

ARTÍCULO 9.- APLICACIÓN ULTRATERRITORIAL DE LA LEY PENAL. La Ley penal es aplicable, aún cuando la conducta haya sido realizada fuera del territorio nacional, en los casos siguientes...”

“...3) Principio de Justicia Universal. Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión de la conducta punible y de la nacionalidad del autor, se puede juzgar y sancionar conforme con la Ley penal hondureña los delitos cometidos en el extranjero cuando se cumplen las condiciones establecidas en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y/o ratificados por el Estado de Honduras, así como cuando los autores o los instrumentos del delito se encuentran dentro del territorio nacional o en un lugar donde el Estado de Honduras ejerce jurisdicción, en los delitos siguientes:

- a) Genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra...”
- j) Desaparición forzada de personas; y,

ARTÍCULO 116.- DELITOS Y PENAS IMPRESCRIPTIBLES. No prescriben en ningún caso los delitos siguientes:

- 1) Los delitos contra la humanidad, terrorismo cuando se hubiere causado la muerte de una o varias personas, tortura, desaparición forzada, trata de personas y explotación sexual de menores de dieciocho (18) años; y,

No obstante, la única definición que contempla el Nuevo Código Penal para Honduras, en relación a la desaparición forzada es la que hemos desarrollado en el presente trabajo relativa al artículo 140 que, como se mencionó anteriormente, no hace alusión de los agentes no estatales que no actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado. El problema de mantener una sola definición que abarque todos los elementos de los cuatro instrumentos internacionales sobre desaparición forzada es el siguiente:

En el caso de incorporar entre los perpetradores a agentes no estatales que no actúen con la aquiescencia, apoyo o autorización del Estado: Podríamos hacer mención a lo que se dijo en líneas anteriores respecto al informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias sobre la visita a Colombia realizada en el 2005 que señaló que *equivaldría a diluir o suprimir la responsabilidad del Estado por los actos de "desapariciones"*, lo que ratificaría el Comité contra la Desaparición Forzada en el 2016 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.¹²⁴

*En el caso de extraer entre los perpetradores a los 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: en el supuesto que estando vigente cualquiera de los dos tipos penales hondureños -333-A del CPHV o 140 del NCPH-, un juez ordinario no podría conocer de la causa como una desaparición forzada *per se* o como una conducta de crimen de lesa humanidad, porque ambos tipos penales los excluyen.*

Consiguientemente, se tendría que continuar con la práctica que utilizaba el Ministerio Público para sustentar acusaciones y requerimientos por presuntas desapariciones forzadas de acuerdo es señalado en el informe presentado por el Estado Hondureño ante el Comité Contra Desapariciones Forzadas, en el sentido que, de forma analógica aplicaba “los delitos de secuestro, establecido en el artículo 201, y de delitos cometidos por los funcionarios

¹²⁴ Comité contra la Desaparición Forzada, Naciones Unidas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/COL/CO/1, 27 de octubre de 2016. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fCOL%2fCO%2f1&Lang=es

contra el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución, contemplado en el artículo 333, ambos del Código Penal”¹²⁵ vigente.

Además, 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 ER- este sería un buen argumento para que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia so explicación que el Estado Hondureño 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 tanto el CPHV ni lo contempla o bien, una vez que éste vigente el NCPH, no admite como perpetradores a los agentes no estatales que no actúen con la aquiescencia, apoyo o autorización del Estado.

Aunado a esto, la Convención Internacional 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.

La Delegación para México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja, en vista que la definición convencional de una desaparición requiere de la participación directa o indirecta de agentes estatales, sin embargo, esto no necesariamente engloba las diferentes modalidades de desapariciones que actualmente se cometen en México –de suma importancia considerarlo porque por efectos de la migración muchos hondureños son desaparecidos en México y EE.UU¹²⁶- y considerando lo estipulado en el artículo 3 de la

¹²⁵ Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29, *op. cit.*, párr. 16.

¹²⁶ La Pastoral de Movilidad Humana, una organización de la iglesia católica de Honduras, denunció con fecha 30 de agosto de 2017, en un foro que 727 hondureños han desaparecido desde 1996 en su viaje a Estados Unidos, (Casos que han sido documentados por esa organización y la Unión Nacional de Comités de Familiares de Migrantes Desaparecidos de Honduras) y pidió al Gobierno "una mayor incidencia" para que México y EE.UU. garanticen los derechos humanos de

Convención Internacional, propone tipificar de alguna forma las desapariciones cometidas por particulares, proponiendo tres opciones:

1. Tipo autónomo de desaparición cometida por particulares, para lo cual puede servir de ejemplo la legislación de Querétaro en la materia.¹²⁷
2. Agravante a otros tipos penales como secuestro, privación ilegal de la libertad, homicidio o trata de personas. En este caso, será muy importante plantear la desaparición como consecuencia del delito principal y sus modos de comisión, y no como un elemento de intención para evitar elevar demasiado la carga probatoria.
3. Configurar el delito de desaparición como un delito que puede ser cometido por cualquier persona, agravándolo para el caso que sea cometido por una autoridad.¹²⁸

esas personas. Agencia EFE, *Denuncian la desaparición de más de 700 hondureños en el intento de cruzar hacia EE.UU*, Tegucigalpa, EFE, 2017,

<https://www.efe.com/efe/america/sociedad/denuncian-la-desaparicion-de-mas-700-hondurenos-en-el-intento-cruzar-hacia-ee-uu/20000013-3365842>. Asimismo, el Comité contra la Desaparición Forzada señaló que: "...tiene presente las recomendaciones del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 2016 (véase CMW/C/HND/CO/1, párrs. 31 a 33). Preocupa al Comité la información sobre los numerosos casos de desapariciones de migrantes hondureños en el extranjero, así como el descubrimiento de varias fosas clandestinas en México, donde se encontraron víctimas hondureñas, entre las cuales también podría haber casos de desaparición forzada. El Comité toma nota de la existencia de un banco de datos forenses de migrantes desaparecidos y de la Mesa de Búsqueda de Migrantes Desaparecidos, así como de las medidas adoptadas por el Estado parte en relación con la investigación de las desapariciones de migrantes y la búsqueda, atención y protección de los mismos, incluida la cooperación con los países de la ruta migratoria hacia los Estados Unidos de América. Sin embargo, el Comité observa con preocupación que muchas de estas medidas e iniciativas están impulsadas por organismos internacionales y por la sociedad civil, sin un liderazgo de las instituciones del Estado. Al respecto, preocupa al Comité la inexistencia de una base de datos de migrantes desaparecidos y de un protocolo de búsqueda, lo que provoca que los familiares de las personas migrantes desaparecidas tengan que acudir a múltiples instituciones para llevar a cabo las diligencias necesarias sin que haya una comunicación constante ni coordinada entre las mismas (arts. 1, 2, 3, 9, 12, 15 y 24). Comité contra la Desaparición Forzada, Naciones Unidas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 4 de julio de 2018, párr.28. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fHND%2fCO%2f1&Lang=es

¹²⁷ Ley para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar la Desaparición de Personas en el Estado de Querétaro, **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.

¹²⁸ CICR, *Elementos Esenciales para Regular la Desaparición de Personas*, 2015, pp. 7 y 8.

Considerando lo desarrollado por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre la visita a Colombia y, lo dicho por el Comité de la Desaparición Forzada en sus Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, la opción 3 vendría a diluir la responsabilidad del Estado.

Con respecto a la opción 2, el hecho de incluir como agravante -de un rapto, secuestro u cualquier otro delito- la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, como se dijo en líneas anteriores constituye “una flagrante violación al derecho de no incriminarse”, derecho que se encuentra reconocido en el artículo 88 de la Constitución de la Republica de Honduras¹²⁹ y artículo 8 fracción 2 literal g) de la CADH.¹³⁰

Finalmente, respecto a la opción 1, en ninguno de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia incorpora como sujeto activo de la Desaparición Forzada de Personas a los particulares que actúen sin la autorización, apoyo o aquiescencia de agentes estatales. La excepción a esta regla la establece el ER al referirse de organizaciones políticas o a los particulares que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia de estas.

No obstante, se es de la opinión que un tipo penal autónomo de desaparición cometida por particulares es la propuesta idónea para no alterar los elementos de la definición de desaparición forzada de personas como delito o cuando la misma adquiriera nivel de crimen

¹²⁹ CRH, ARTÍCULO 88. No se ejercerá violencia ni coacción de ninguna clase sobre las personas para forzarlas o declarar. Nadie puede ser obligado en asunto penal, disciplinario o de policía, a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge o compañero de hogar, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Sólo hará prueba la declaración rendida ante Juez competente. Toda declaración obtenida con infracción de cualquiera de estas disposiciones, es nula y los responsables incurrirán en las penas que establezca la ley.

¹³⁰ CADH, Artículo 8. Garantías Judiciales. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y...”

de lesa humanidad y, constituye una medida apropiada para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 de la convención Internacional, cuando 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. Considerando lo anteriormente expuesto, propongo realizar un híbrido tomando como referencia los tipos penales de México y Argentina de la siguiente manera:

Con respecto a *la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad*, se podría emplear la fórmula argentina, en el sentido que además de tipificar en su Código Penal la desaparición forzada de personas como delito, a través de la Ley 26.200 señala, *inter alia*, que el crimen de lesa humanidad será punible para Argentina de acuerdo a la tipificación del ER en su artículo 7.

En ese sentido, en el NCPH se podría agregar una leyenda que indique que la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad se entenderá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 del ER considerándose que, el artículo 16, párrafo 2 de la Constitución de la República de Honduras señala que “[l]os tratados internacionales celebrados por Honduras con otros Estados, una vez que entran en vigor, forman parte del derecho interno,” 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 ER o mejor aún, que es mi propuesta final, 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 específico, la establecida en la *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*. 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 al Estado mexicano al señalar que:

[...] la Ley General incluye la tipificación del delito de desaparición forzada. No obstante, al Comité le preocupa que el artículo 34 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 Convención [...]¹³¹

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” que cabe mencionar si nos remitimos a la interpretación realizada por el mismo Comité el ocultamiento es “la falta de información o la negativa a reconocer una privación de la libertad.” 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 recomiendo se consigne la formula “cualquier forma de privación de la libertad.” Es decir, similar a la Ley para Prevenir, Investigar, Sancionar y Reparar la Desaparición de Personas en el Estado de Querétaro, México.

En vista que en el capítulo II de este trabajo se desarrolló y considero el componente de la *conducta* de la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad, me remito a lo ya desarrollado concomitantemente a este elemento en el tipo penal de desaparición forzada como delito *per se*.

Por lo que corresponde a la *consecuencia*, de acuerdo a los razonamientos que se han realizado, el componente consecuencial en los instrumentos internacionales de Derechos

¹³¹ Comité contra la Desaparición Forzada, Naciones Unidas, Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/MEX/FU/1, 19 de noviembre de 2018, párrs. 10 y 11.

Humanos no es un elemento *per se* del tipo penal, sino una consecuencia o efecto de la conducta. No obstante, el ER, 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.”

El artículo 5 de la Convención Internacional 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 ni las mismas consecuencias, 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 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 o pro homine*, tomando la definición de la profesora Mónica Pinto¹³², que señala que este principio:

¹³² Como señala Ximena Medellín Urquiaga, “la mayoría de la literatura latinoamericana que ha estudiado el tema del principio pro persona utiliza la definición propuesta por Mónica Pinto y no se refieren directamente al voto del juez Piza Escalante, a pesar de ser cronológicamente anterior al trabajo de Pinto.” Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, México, CDHDF, SCJN, OACNUDH México, 2013, p. 19. El Juez de la Corte IDH, Rodolfo E. Piza Escalante, en su opinión separada de la OC 07/86 señaló conducentemente que: [...] el **criterio fundamental** es el **que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen**. Ese criterio fundamental --principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos--, **conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción**, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas "condiciones que establezca la ley", es un derecho exigible *per se*. (Lo negrita es nuestro) Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante en Corte IDH, OC-7/86 del 29 de agosto de

[E]s un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.¹³³

Y de los artículos 37¹³⁴ y 43¹³⁵ 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, como se ha señalado a lo largo de este trabajo 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 formula “por un periodo prolongado”, como se aludió en el apartado anterior, el Grupo de Trabajo en su comentario general sobre la definición de desaparición forzada de marzo de 2007 señaló que la Declaración no permite una detención breve.¹³⁶ Asociado a ello, el Comité contra la Desaparición Forzada en el caso Yrusta indicó que:

1986, exigibilidad *del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 convención americana sobre derechos humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica, párr. 36.

¹³³ Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro...*, *op cit.* p. 19.

¹³⁴ 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.

¹³⁵ Artículo 43: La presente Convención se entiende sin perjuicio de las disposiciones del derecho internacional humanitario, incluidas las obligaciones que incumben a las Altas Partes contratantes de los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977, o de la posibilidad que tiene cada Estado Parte de autorizar al Comité Internacional de la Cruz Roja a visitar los lugares de detención en los casos no previstos por el derecho internacional humanitario.

¹³⁶ Naciones Unidas, Asamblea General “Promoción y protección...”, *op.cit.*, párr.8.

[...] 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.”¹³⁷

Concomitantemente a este caso, miembros del Comité contra la Desaparición Forzada de la Organización de las Naciones Unidas¹³⁸, señalaron que: “La caracterización del delito de desaparición forzada no depende del tiempo que una persona permanezca detenida sin que se sepa dónde está.”¹³⁹ En otras palabras, 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 es consumado. Por estos motivos es preferible continuar con la fórmula que deja claro que este elemento es una consecuencia del tipo y no un elemento *per se* del tipo.

Para finalizar, es importante destacar que el Comité contra la Desaparición forzada de las Naciones Unidas en sus observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención respecto a: la definición de desaparición forzada; penas apropiadas; circunstancias agravantes y atenuantes; responsabilidad penal de los superiores y obediencia debida; carácter continuo del delito de desaparición forzada, y; jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada, señaló y recomendó conducentemente lo siguiente:

14. El Comité observa que la definición de desaparición forzada del Código Penal vigente y del nuevo Código Penal aprobado, no vigente, no se ajusta plenamente a la Convención. Asimismo, preocupa al Comité que la legislación penal no contenga las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el artículo 7, párr. 2, apdo. a), de la Convención, y que la desaparición forzada no se encuentre entre los delitos sancionados con las penas más

¹³⁷ Comité contra la Desaparición Forzada, Dictamen aprobado..., *Cit.*, párr. 10.3, pp., 13-14.

¹³⁸ Miembros del comité representantes del comité

¹³⁹ ONU, “*La desaparición forzada, aunque sea breve, sigue siendo delito, dicen expertos de la ONU en dictamen sobre caso de Argentina*,” Ginebra, marzo de 2016, <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18494&LangID=S>.

elevadas. También preocupa al Comité que, de acuerdo con el artículo 28 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público pueda abstenerse de ejercer la acción penal si el presunto culpable colabora eficazmente con la investigación (arts. 2, 6, 5, 7 y 12).

15. El Comité recomienda al Estado parte que tome todas las medidas necesarias para asegurar que:

a) La definición de desaparición forzada se ajuste plenamente al artículo 2 de la Convención e incluya el arresto, la detención y el secuestro, como formas de privación de la libertad, que sea obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, así como la negativa a dar información sobre la suerte y no solo el paradero de la persona desaparecida;

b) La desaparición forzada se tipifique, en sus dos modalidades, como un delito autónomo (art. 2) y como crimen de lesa humanidad (art. 5);

c) Se incluyan todas las circunstancias atenuantes y agravantes mencionadas en el artículo 7, párr. 2, de la Convención;

d) El delito de desaparición forzada sea sancionado con la pena más alta que contemple la legislación penal, dada su extrema gravedad;

e) Se penalicen todas las modalidades descritas en el artículo 6, párr. 1, apdo. a), de la Convención y no se incluyan disposiciones que permitan abstenerse de ejercer la acción penal en todo caso de desaparición forzada.

16. El Comité observa que la legislación penal no desarrolla adecuadamente la responsabilidad penal de los superiores, de acuerdo con el artículo 6, párr. 1, apdo. b), de la Convención y no excluye expresamente la invocación de la obediencia debida como justificación de una desaparición forzada (art. 6).

17. El Comité recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para garantizar que la legislación penal:

a) Prevea la responsabilidad del superior cuando este:

i) haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente;

ii) haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación;

iii) no haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento;

b) Haga explícita la prohibición de invocar órdenes o instrucciones de un superior para justificar un delito de desaparición forzada.

18. Preocupa al Comité que la desaparición forzada no esté calificada expresamente en la legislación penal como un delito continuo y que no esté claramente definido el momento a partir del cual empieza a contarse el plazo de prescripción (art.8).

19. El Comité, teniendo en cuenta el carácter continuo de la desaparición forzada, recomienda al Estado parte que tome las medidas necesarias para garantizar que:

a) El plazo de prescripción del delito de desaparición forzada sea prolongado y proporcional a su extrema gravedad;

b) El plazo de prescripción de la acción penal se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada.

20. El Comité observa que la legislación penal no garantiza el ejercicio de la jurisdicción del Estado parte sobre un delito de desaparición forzada cometido en el extranjero, según lo dispuesto en el artículo 9, párr. 1, apdos. b) y c), de la Convención. El Comité expresa su preocupación por la información recibida, de acuerdo con la cual el Ministerio Público y el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (CONADEH) se habrían negado a recibir denuncias sobre posibles desapariciones forzadas de migrantes hondureños ocurridas en el extranjero, por considerar que los hechos no se cometieron en su jurisdicción, y tampoco las habrían remitido a la jurisdicción de otros países (arts. 9, 12, 14 y 15).

21. El Comité recomienda al Estado parte que adopte las medidas necesarias para garantizar plenamente el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales hondureños sobre todo delito de desaparición forzada, incluidos aquellos cometidos en el exterior en perjuicio de personas hondureñas.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Comité contra la Desaparición Forzada, Naciones Unidas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 4 de julio de 2018. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fHND%2fCO%2f1&Lang=es

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

PRIMERO: El Estado Hondureño se encuentra obligado en virtud de los instrumentos de Derechos Humanos sobre Desaparición forzada, de establecer en su ordenamiento jurídico, es decir, en la legislación penal, el delito de la Desaparición Forzada como un delito Autónomo -en otras palabras, que sea posible de ser distinguido de otras conductas delictivas análogas, por ejemplo del secuestro, rapto o detención ilegal- como también, reconocer su carácter pluriofensivo, jus cogens, continuado o permanente, imprescriptible o bien, que el plazo de prescripción inicie una vez que se encuentre el cuerpo o se dé con su paradero y fijar una pena que la distinga entre las más gravosas, empero, como conducta de crimen de lesa humanidad siempre será imprescriptible.

SEGUNDO: Para ilustrar esto, el art. 4 de la Convención Internacional establece que “cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal”, y la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas en el art. III establece que:

[L]os Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

TERCERO: Se evidenció que la desaparición forzada es una práctica que, si bien es cierto, tuvo presencia en Europa antes que en América, empero, fue precisamente por consecuencia de las prácticas realizadas en las dictaduras latinoamericanas que surge la necesidad de definir dicha conducta en instrumentos internacionales, y que lastimosamente, el Estado hondureño se vio involucrado en dichas prácticas y en el desarrollo de la definición de desaparición forzada de personas tras ser juzgado y condenado por un órgano jurisdiccional supra nacional.

Se identificó que aquellos Estados que no han ratificado ninguno o solamente alguno de los instrumentos internacionales sobre la materia, tienen como característica común que ninguno cumple con los estándares internacionales –por obvias razones- y que tienden a mezclar el tipo penal de la desaparición forzada como delito y como conducta de crimen de lesa humanidad en un único tipo penal sin considerar los elementos de contexto a excepción del caso guatemalteco que no tipifica en su Código Penal el crimen de lesa humanidad.

CUARTO: En el caso de aquellos Estados que han ratificado todos los instrumentos internacionales sobre la materia, -el Estado hondureño pertenece a este grupo- se aprecia una mejoría significativa del tipo penal en su legislación interna pero igual en algunas legislaciones se presentan deficiencias en cuanto a los elementos del tipo. Asimismo, incorporan el crimen de lesa humanidad en su derecho interno, pero con respecto a la desaparición forzada, en algunos ordenamientos no se diferencia ésta como delito o como crimen.

QUINTO: Concomitantemente al tipo penal establecido en el artículo 333-A del CPHV, se comprobó que con base en los componentes comunes de las definiciones de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos sobre desaparición forzada no se ajusta en cuanto al componente de conducta. No obstante, es alentador que, en el Nuevo Código Penal no vigente, se haya incorporado el crimen de lesa humanidad y que también se hayan reformado los elementos del tipo penal de desaparición forzada de personas.

Considerando los elementos desarrollados respecto a la desaparición forzada de personas como delito se hace la siguiente propuesta de tipo penal:

Desaparición forzada de personas. Comete el delito de desaparición forzada de personas y debe ser castigado con las penas de prisión de treinta (30) años a prisión a perpetuidad, el funcionario público, agente del Estado o personas o grupo de personas que actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, privan 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, indistintamente del tiempo en que se encuentre desaparecida la víctima, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Cuando el hecho sea realizado por un funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones, además de las penas señaladas en el párrafo anterior, se le debe imponer la pena de inhabilitación absoluta con la misma duración que la pena de prisión.

Con respecto 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 propone un tipo penal autónomo de desaparición cometida por particulares de la siguiente manera:

Desaparición de personas: Incurrir en el delito de desaparición cometida por particulares quien prive de la libertad a una persona, 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, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

En cuanto la desaparición forzada como conducta de lesa humanidad, se identificó que el CPHV no se contempla la figura, pero será incorporada en el NCPH. Empero, se demostró que si comparamos la definición de crimen de lesa humanidad contenida en el NCPH con la del ER, resulta ambigua ya que señala que las once conductas -incluida la desaparición forzada- constituyen *per se* crimen de lesa humanidad y, de darse los elementos de contexto constituye la conducta punible lo que es incorrecto, ambiguo e impreciso, ya que de perpetrarse cualquier de las conductas señaladas en el artículo 7 del ER como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque es la que constituye el crimen de lesa humanidad.

De igual manera, se demostró que la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad no contiene el mismo contenido ni consecuencias que una desaparición forzada del derecho internacional de los derechos humanos, en ese sentido, se sugiere que se incluya un segundo tipo penal cuando se materialice como conducta de crimen de lesa humanidad el cual si se toman en cuenta todas las consideraciones desarrolladas en este trabajo se sugiere el siguiente tipo penal:

Crimen de lesa humanidad. Debe ser castigado con la pena de prisión de treinta (30) años a prisión a perpetuidad, pérdida de nacionalidad o suspensión de la ciudadanía por el tiempo que dure la pena de prisión ¹⁴¹ e inhabilitación absoluta con la misma duración que la pena de prisión, 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”.

¹⁴¹Se destaca que en el NCPH se establece la pena de “la pérdida de la nacionalidad”, para el crimen de lesa humanidad. Si consideramos lo establecido en los artículos 22, 28 y 29 de la Constitución de la República de Honduras; 20 y 27 de la CADH; 41 y 562 del NCPH que disponen que, “[l]a pérdida de la nacionalidad supone la privación de la nacionalidad a los hondureños que no lo sean de origen y la imposibilidad de obtenerla durante el tiempo de la condena” y que, “[s]i la persona condenada por alguno de los delitos de los preceptos anteriores es hondureño naturalizado, se le debe imponer, además, la pérdida de la nacionalidad. Si se tratara de hondureño originario, se le debe imponer la pena de pérdida de la ciudadanía por el tiempo que dure la pena de prisión”, respectivamente, y; lo señalado por la Corte IDH en el caso *Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas Vs. República Dominicana*, sentencia de 28 de agosto de 2014, en los párrafos 253, 256 y 257, En conclusión, si bien a los hondureños por nacimiento bajo ninguna forma se les podrá privar de su nacionalidad, con respecto a los naturalizados se podría siempre y cuando estos no quedasen en una situación de apatridia. Por lo tanto, se propone que en lugar de colocar la fórmula “pérdida de la nacionalidad” se haga alusión a “la pérdida de nacionalidad o la suspensión de la ciudadanía por el tiempo que dure la pena de prisión.” De igual manera, en el artículo 41 del nuevo Código Penal debería señalar que esa pena solo se podrá imponer cuando el condenado tenga doble o múltiple nacionalidad, de acuerdo con los Tratados y Convenios Internacionales suscritos y/o ratificados por el Estado de Honduras y siempre que esta no coloque a la persona en situación de apatridia.

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.

SEXTO: En diversas legislaciones de nuestra región como ser la argentina¹⁴², colombiana¹⁴³ y mexicana se ha incorporado la figura de la declaración especial de ausencia. En el caso mexicano, en la *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*, incorpora la figura de *la declaración especial de ausencia*, y en su artículo 146, extendiéndose a otras ramas del Derecho diferentes al Derecho Penal, señala los efectos de la declaración así:

Artículo 146. La Declaración Especial de Ausencia tendrá, como mínimo, los siguientes efectos:

¹⁴² El Comité celebra también las medidas legislativas y de otra índole adoptadas por el Estado parte sobre aspectos que guardan relación con la Convención, en particular las relacionadas con la reforma de la justicia militar (Ley 26394); la regulación del Banco Nacional de Datos Genéticos (Ley 26548); el régimen de la ausencia por desaparición forzada (Ley 24321); y las diversas leyes de reparación. Comité de la Desaparición Forzada, Naciones Unidas, Observaciones finales sobre el informe presentado por la Argentina en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/ARG/CO/ 1, 12 de diciembre de 2013, párr. 5, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fARG%2fCO%2f1&Lang=es

¹⁴³ “El Comité también saluda las medidas adoptadas por el Estado parte en ámbitos relacionados con la Convención, incluyendo: “...c) La adopción de la Ley núm. 1531 de 2012, por la cual se establece la acción de declaración de ausencia por desaparición forzada y otras formas de desaparición involuntaria...” Comité contra la Desaparición Forzada, Naciones Unidas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia, *op cit*, párr. 4 fracción c).

- I. Garantizar la conservación de la patria potestad de la Persona Desaparecida y la protección de los derechos y bienes de las y los hijos menores de 18 años de edad a través de quien pueda ejercer la patria potestad o, en su caso, a través de la designación de un tutor, atendiendo al principio del interés superior de la niñez;
- II. Fijar los derechos de guarda y custodia de las personas menores de 18 años de edad en los términos de la legislación civil aplicable;
- III. Proteger el patrimonio de la Persona Desaparecida, incluyendo los bienes adquiridos a crédito y cuyos plazos de amortización se encuentren vigentes, así como de los bienes sujetos a hipoteca;
- IV. Fijar la forma y plazos para que los Familiares u otras personas legitimadas por la ley, pueden acceder, previo control judicial, al patrimonio de la Persona Desaparecida;
- V. Permitir que los beneficiarios de un régimen de seguridad social derivado de una relación de trabajo de la Persona Desaparecida, continúen gozando de todos los beneficios aplicables a este régimen;
- VI. Suspender de forma provisional los actos judiciales, mercantiles, civiles o administrativos en contra de los derechos o bienes de la Persona Desaparecida;
- VII. Declarar la inexigibilidad temporal de deberes o responsabilidades que la Persona Desaparecida tenía a su cargo;
- VIII. Proveer sobre la representación legal de la persona ausente cuando corresponda, y
- IX. Establecer las reglas aplicables en caso de que la persona sea localizada con vida para el restablecimiento de sus derechos y cumplimiento de obligaciones.

El Comité contra la Desaparición Forzada ya se ha pronunciado sobre esta figura exhortando al Estado hondureño su incorporación de la siguiente manera:

Al Comité le preocupa que, para que se pueda regularizar la situación de los familiares de una persona desaparecida, la legislación civil requiere la presunción de muerte de la persona desaparecida, pese a no haberse establecido su suerte (art. 24).

El Comité recomienda al Estado parte que adopte las medidas legislativas necesarias para regular, de conformidad con el artículo 24, párr. 6, de la Convención, la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte o paradero no haya sido esclarecido y la de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, el derecho de familia y los derechos de propiedad, sin tener que declarar la muerte presunta de la persona desaparecida. A

este respecto, el Comité alienta al Estado parte a que establezca en la legislación la declaración de ausencia por desaparición forzada.¹⁴⁴

En este orden de ideas, es de suma importancia mencionar que estas reformas no deben limitarse a una definición de Desaparición forzada como delito per se o como conducta de crimen de lesa humanidad en el NCPH ya que las precisiones que se han realizado son en función a la mayor protección y beneficio de las víctimas de este delito y no como un ejercicio meramente académico, en ese sentido, se exhorta y se cita de manera ilustrativa, la incorporación en el ordenamiento jurídico hondureño la figura de *la declaración especial de ausencia*.

¹⁴⁴ Comité contra la Desaparición Forzada, Naciones Unidas, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras, *op. cit*, párr.38-39.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- AGENCIA EFE, Denuncian la desaparición de más de 700 hondureños en el intento de cruzar hacia EE. UU, Tegucigalpa, EFE, 2017,
<https://www.efe.com/efe/america/sociedad/denuncian-la-desaparicion-de-mas-700-hondurenos-en-el-intento-cruzar-hacia-ee-uu/20000013-3365842>
- AMBOS, Kai, “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional”, Revista General de Derecho Penal 17, año 2012, <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/CRIMENESDELESAHUMANIDAD.pdf>.
- AMBOS, Kai y Bönm, María Laura “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa”, en Ambos, Kai (coord.) Desaparición Forzada de personas: análisis comparado e internacional, Bogotá, Temis S.A., 2009,
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20110207_02.pdf.
- CASADO, María y López Ortega Juan José (coords), “Noche y niebla. Mito y significado”, *Desapariciones forzadas de niños en Europa y Latinoamérica: del convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, trad. de Albert Rayes, Universitat de Barcelona,
<http://www.archivomuseodelamemoria.cl/uploads/2/7/278925/00000544000002000001.pdf>
- CIDH, “Informe Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos,” (OEA, 2015)
- CÓDIGO PENAL: Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Texto único del Código Penal de la República de Panamá (Comentado), Panamá, CARPAL, 2016.
- COMISIONADO NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Los hechos hablan por sí mismos: informe preliminar sobre los desaparecidos en Honduras 1980-1990, 2a. ed., Tegucigalpa, Guaymuras, 2002.
- COMITÉ CONTRA LA DESAPARICIÓN FORZADA, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 31 de la Convención, respecto de la comunicación número 1/2013, 2016, [file:///C:/Users/usuario/Downloads/G1607492%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/G1607492%20(1).pdf).
- _____, examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, Honduras, 2016,
http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/SPReports/CED-C-HND-1_sp.pdf

_____, Lista de cuestiones relativa al informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, 2017, <file:///C:/Users/usuario/Downloads/G1731877.pdf>

_____, Observaciones finales sobre el informe presentado por la Argentina en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/ARG/CO/ 1, 12 de diciembre de 2013, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fARG%2fCO%2f1&Lang=es

_____, Observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, 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

_____, Observaciones finales sobre el informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/HND/CO/1, 4 de julio de 2018, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fHND%2fCO%2f1&Lang=es

_____, Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, CED/C/MEX/FU/1, 19 de noviembre de 2018, párr. 10 y 11.

_____, Respuestas de Honduras a la lista de cuestiones relativa al informe presentado por Honduras en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, 2018, <file:///C:/Users/usuario/Downloads/G1804304.pdf>

CORCUERA, CABEZUT, SANTIAGO, “Tortura generalizada vs. Crímenes de lesa humanidad”, México, EL Universal, 11 de abril de 2015, <http://www.eluniversalmas.com.mx/editoriales/2015/04/75821.php>

_____, Los derechos humanos, aspectos jurídicos generales, México, OXFORD, 2016.

EQUIPO NIZKOR, <http://www.derechos.org/nizkor/honduras/doc/cia1.html>

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Trad. de Aurelio Garzón del Camino, Buenos aires, Siglo XXI Editores, 2002.

GONZÁLEZ VEIGUELA, Lino, “Sin nombre y sin memoria: países con desaparecidos”, esglobal, marzo de 2014, <https://www.esglobal.org/sin-nombre-y-sin-memoria-paises-con-desaparecidos/art4.pdf>.

GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus, “Nationalsozialismus - “Nacht und Nebel”-Erlass”, 2015, <https://gra.ch/bildung/gra-glossar/begriffe/nationalsozialismus/nacht-und-nebel-erlass/>

GUTIÉRREZ FIGUEROA, Francisco, “El delito de desaparición forzada de personas en el Perú y su adecuación al Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional”, Foro jurídico, Perú, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13814/14438>.

ICC, https://asp.icccpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, misión a Colombia, 2006, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/102/28/PDF/G0610228.pdf?OpenElement>.

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, 2010. Documento A/HRC/16/48.

ISLAS COLÍN, Alfredo, “Desaparición forzada de personas: una visión internacional y comparada”, México, DF: Porrúa, 2016.

LA JORNADA, “Insiste Gómez Robledo en descalificar a relator de la ONU”, México, 1 de abril de 2015, <https://www.jornada.com.mx/2015/04/01/politica/005n1pol>

LÓPEZ CÁRDENAS, Carlos Mauricio, Tesis Doctoral: La desaparición forzada de personas en el derecho internacional de los derechos humanos: estudio de su evolución, concepto y reparación a las víctimas, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, et al., Manual básico sobre la Corte Penal Internacional, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *Principio pro persona*, México, CDHDF, SCJN, OACNUDH México, 2013.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General “Aplicación de la resolución 60/251 de la asamblea general, de 15 de marzo de 2006, titulada "consejo de derechos humanos" informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias. Adición misión a Guatemala”, A/HRC/4/41/Add.1 (20 de febrero de 2007), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/109/37/PDF/G0710937.pdf?OpenElement>

_____, Asamblea General, “Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, A/HRC/16/48 (26 de enero de 2011), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/104/48/PDF/G1110448.pdf?OpenElement>.

_____, Asamblea General, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez. Adición Misión a México”, A/HRC/28/68/Add.3 (29 de diciembre de 2014), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/252/91/PDF/G1425291.pdf?OpenElement>

_____, Asamblea General “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: informe del grupo de trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias. Adición: Misión a El Salvador”, A/HRC/7/2/Add.2 (26 de octubre de 2007), https://spinternet.ohchr.org/_Layouts/SpecialProceduresInternet/Download.aspx?SymbolNo=A%2fHRC%2f7%2f2%2fAdd.2&Lang=es

_____, Asamblea General “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo: Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias”, A/HRC/7/2 (10 de enero de 2008), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/101/08/PDF/G0810108.pdf?OpenElement>

_____, Comité contra la Desaparición Forzada, “Observaciones finales sobre el informe presentado por México en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”, CED/C/MEX/FU/1 (19 de noviembre de 2018), https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CED/Shared%20Documents/MEX/CED_C_MEX_FU_1_33066_S.pdf

_____, Consejo Económico y Social, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición: Misión a Colombia”, E/CN.4/2006/56/Add.1 (17 de enero de 2006), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/102/28/PDF/G0610228.pdf?OpenElement>.

OHCHR, “Expertos en Argentina, 35 años después”, Ginebra: 2015, <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/ExpertsInArgentina35YearsAfter.aspx>

- _____, “Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias”,
<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx>
ONU, “Consejo de Derechos Humanos”, 2013,
<http://www.un.org/es/rights/overview/hrcouncil.shtml>
Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G81/151/51/PDF/G8115151.pdf?OpenElement>
- _____, “La desaparición forzada, aunque sea breve, sigue siendo delito, dicen expertos de la ONU en dictamen sobre caso de Argentina,” Ginebra, marzo de 2016,
<http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18494&LangID=es>.
- OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Atrocidades Innegables: Confrontando Crímenes de lesa humanidad en México*, New York, 2016,
<https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/undeniable-atrocities-esp-2nd-edition.pdf>
- PEGORARO, Lucio, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- PELAYO MOLLER, Carlos María, *La Convención internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas (Fascículo 11)*, México, DF, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- PROCESO DIGITAL, “Aprobado el nuevo Código Penal de Honduras”, 18 de enero de 2018,
<http://www.proceso.hn/nacionales/9-nacionales/aprobado-el-nuevo-codigo-penal-de-honduras.html>.
- UNITED NATIONS, General Assembly “Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, Addendum: Follow-up report to the recommendations made by the Working Group, Missions to El Salvador and Morocco”, A/HRC/22/45/Add.3 (1 march 2013)
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.45.Add.3_EFS.pdf

VI.I. *Instrumentos nacionales e internacionales y jurisprudencia*

CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA, Ley 599 de 2000, Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000_pr005.html

CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ley 11.179, Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19>

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Disponible en:

<https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/380>

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Disponible en:

http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnalisisDocumentacionJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilacion%20Leyes%20Penales/expedientes/01_CodigoPenal.pdf

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Disponible en:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=5027&nValor3=96389&strTipM=TC

CÓDIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE HONDURAS, Publicado en el Diario Oficial La

Gaceta Número .24, 264 de fecha 12 de marzo de 1984 y vigente a partir del 12 de marzo

de 1985, <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoPenal2017.pdf>.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE NICARAGUA, Ley No. 641, Disponible en:

https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/noticia_reciente/CP_641.pdf

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA, Disponible en:

<http://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>

CORTE IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006

(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas),

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

_____, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo),

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf

_____, caso Contreras y Otros Vs. El Salvador, sentencia de 31 de agosto de 2011 (fondo,

reparaciones y costas), http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf

_____, caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011 (fondo y

reparaciones), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

_____, Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf

_____, caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do araguaia”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf.

_____, 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.

_____, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1 de septiembre de 2010 (fondo, reparaciones y costas) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf.

_____, 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

_____, Caso de Personas Dominicanas y Haitianas expulsadas vs. República Dominicana, sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

_____, 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.

_____, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo), literal b), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

_____, Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 convención americana sobre derechos humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia C-317/02, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá D.C., 2 de mayo de 2002, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/c-317_2002.html#1

GRUPO DE TRABAJO SOBRE DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS, Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Comentario General sobre la definición de

desaparición forzada,

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf.

LEY 26.200, Ley de Implementación del Estatuto de Roma, Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>

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

LEY PARA PREVENIR, INVESTIGAR, SANCIONAR Y REPARAR LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS EN EL ESTADO DE QUERÉTARO.

CICR, Elementos Esenciales para Regular la Desaparición de Personas, 2015.

OEA, Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas (1994).

OHCHR, Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 28 de septiembre de 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/296/00/PDF/G1729600.pdf?OpenElement>

ONU, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

_____, Estatuto de la Corte Penal internacional (1998). -

_____, 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>.