

LA NATURALEZA PERMANENTE EN EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Y SUS IMPLICACIONES PENALES

ÁNGEL ALONSO TRUJILLO
DEFENSOR PÚBLICO FEDERAL

I

MARCO CONTEXTUAL

La práctica de la desaparición forzada de personas empieza durante la segunda guerra mundial, con los crímenes del nazismo, concretamente el 7 de diciembre de 1941.¹ Históricamente, la desaparición forzada de personas ha sido utilizada como un procedimiento de represión e intimidación de la población por parte de regímenes políticos autoritarios o dictatoriales. En América Latina, la desaparición forzada de personas se extendió durante las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, especialmente en países con gobiernos dictatoriales, autoritarios, o que experimentaron conflictos sociales o armados internos, como fue el caso de México. Producto de una política continental de dominación, las desapariciones no son un rasgo exclusivo de las dictaduras militares, ya que países como México con un gobierno civil electo

¹ Cfr. Paqrayre, Sonia, “La Desaparición Forzada de Personas como violación continuada de los Derechos Humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratioe temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, vol. 29, p. 26. Cfr. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/29/pr/pr4.pdf

democráticamente, ha sido escenario de desapariciones forzadas de personas.² Ha sido documentado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos en su Recomendación 26/2001, que en México en la llamada *guerra sucia de los años 70* en diversas partes del territorio mexicano tuvieron lugar numerosas desapariciones forzadas, a las personas reportadas como desaparecidas se les conculcaron diversos derechos, los casos que fueron examinados por la Comisión Nacional tienen la característica de haber tenido lugar en circunstancias políticas, sociales y económicas particulares. Sobre esta temática la Comisión Nacional expuso que:

...en el escenario de la sucesión presidencial de 1970, mientras a la vista se desarrolló una lucha político-electoral sin sorpresas ni sobresaltos, decenas de activistas se ubicaron en la clandestinidad, dedicados de tiempo completo a tareas propias, como paso previo y necesario para el ulterior desarrollo de las acciones...

Entre 1973 y 1974 se exacerbaban las acciones guerrilleras y la contrainsurgencia. La Liga Comunista 23 de Septiembre pasó a un primer plano del enfrentamiento con el gobierno federal a partir del fallido secuestro y consiguiente asesinato del empresario neolonés Eugenio Garza Sada, en septiembre de 1973.

² El 5 de marzo de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos a través del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas, rindió un informe en el que sostuvo que funcionarios públicos de México participaron en desaparición forzada en la época de la guerra sucia, en la desaparición intervinieron grupos criminales o particulares con el apoyo directo e indirecto de funcionarios estatales, se han reportado tres mil desapariciones a partir del año 2006, el Estado mexicano ha realizado detenciones arbitrarias por militares en contra de miembros de la población civil en los estados de Guerrero, Coahuila, Chihuahua, Nuevo León y Tamaulipas, además se han detectado actos de tortura por parte de elementos del Ejército Mexicano en contra de civiles, las personas más vulnerables son actualmente las mujeres, migrantes, defensores de derechos humanos y periodistas, se recomendó retirar a corto plazo a las fuerzas militares de las operaciones de seguridad pública, se pide que México regule el uso de la fuerza por parte del ejército y corporaciones policíacas conforme a los principios de racionalidad, proporcionalidad, legalidad y total respeto a los derechos humanos, México carece de una política integral para hacer frente al fenómeno de las desapariciones forzadas, las autoridades se niegan a iniciar las investigaciones de manera inmediata, dejan pasar setenta y dos horas, tiempo en que se pueden borrar evidencias, las víctimas no confían en las autoridades para denunciar este delito, se propuso eliminar de la legislación nacional el arraigo, pues esta medida habilita el asilamiento hasta por ochenta días, sin cargos, sin abogado, y en muchos casos provocando el desconocimiento del paradero del detenido, México es omiso en sancionar a los autores de este delito y garantizar la verdad y reparación del daño. Cfr. Periódico la Jornada, 6 de marzo de 2012, año 28, núm. 9904, p.5.

A este acontecimiento le sucede una etapa marcada por medidas drásticas contra la guerrilla: la detención ilegal, la tortura y la desaparición forzada e, incluso, probables ejecuciones extralegales de militares y dirigentes...

Otros agrupamientos importantes de la guerrilla mexicana fueron la “Brigada Campesina de Ajusticiamiento del Partido de los Pobres”, dirigida por el profesor Lucio Cabañas, que tuvo presencia básicamente en el estado de Guerrero... Sus principales acciones fueron, además de emboscadas al Ejército y a las fuerzas de seguridad, el secuestro en 1974 del gobernador electo de Guerrero, Rubén Figueroa.

También tuvo impacto en la opinión pública el grupo comandado por el profesor Genaro Vázquez Rojas, la “Asociación Cívica Nacional Revolucionaria” (ACNR), con presencia principal también en Guerrero, organización que no sobrevivió, como guerrilla, a la muerte de su líder en febrero de 1972.

Contra estos grupos, la política antisubversiva se caracterizó, al menos hasta 1981, por tener facultades prácticamente ilimitadas. Su operación estuvo a cargo de grupos especialmente formados por algunas corporaciones de la seguridad del Estado, (Brigada Blanca o Brigada Especial) encabezada por la Dirección Federal de Seguridad...

...la violencia continuó hasta inicios de la década de los ochenta y se tradujo en acciones armadas, enfrentamientos, con la continuación de los excesos de los organismos antisubversivos y las consecuentes desapariciones forzadas que engrosaron la relación de hechos ilegales.³

II

DESCRIPCIÓN TÍPICA

En el ámbito doctrinal, siguiendo a Juan José Gómez Camacho, podemos sostener que la desaparición forzada de personas tiene la siguiente connotación:

³ Cfr. Recomendación 026/2001 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

...la característica distintiva de la desaparición forzada de personas, y de la que se deriva su extrema gravedad, es que en este caso el Estado no sólo priva de la libertad e incluso con frecuencia de la vida a una persona, sino que lo hace en forma clandestina, sin dejar rastro alguno, ni de la persona ni de su suerte. Y, lo más importante, sin que exista una posibilidad real de siquiera demostrar que la persona está efectivamente desaparecida. Éste es un delito específicamente diseñado para anular la protección de la ley y de las instituciones y para dejar a las víctimas en absoluto estado de indefensión...⁴

Cuatro instrumentos internacionales tipifican el delito de desaparición forzada de personas, a saber:

Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 18 de diciembre de 1992.- Que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndose así a la protección de la ley.⁵

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dictada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.- 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

⁴ Gómez Camacho, Juan José, "La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional", *Revista Mexicana de Política Exterior*, núm. 66, 2007, pp. 28-29. Cfr. portal.sre.gob.mx/imr/pdf/GomezCam.pdf

⁵ Cfr. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 47/133 de 18 de diciembre 1992.

paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.⁶

Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998.- La aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.⁷

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 22 de junio de 2006.- El arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con 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.⁸

El Código Penal Federal en el artículo 215-A⁹, contempla el tipo penal de desaparición forzada de personas con la siguiente descripción típica:

⁶ Cfr. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Aprobada por la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994.

⁷ Cfr. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

⁸ Cfr. Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006.

⁹ El Estado Mexicano hizo un deficiente intento en ajustar su legislación interna a los estándares internacionales en materia de tipificación del delito de desaparición forzada de personas, pues fue hasta el 1 de junio de 2001, fecha en que se publicó la reforma legislativa por la que se reformó y adicionó al título Décimo del Código Penal Federal, bajo el rubro "Delitos Cometidos por Servidores Públicos", un Capítulo III Bis denominado "Desaparición Forzada de Personas" creando los artículos 215-A, 215-B, 215-C y 215-D; sin embargo, pienso que el tipo penal de desaparición forzada de personas debió haber sido incorporado en el título Tercero del Código Penal Federal, intitulado "Delitos contra la Humanidad", en razón de que la desaparición forzada ha sido considerada como un crimen de lesa humanidad, no solo por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, sino también por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sin soslayar que para que se trate de un delito de lesa humanidad deberá consistir

Comete el delito de desaparición forzada de personas, el servidor público que, independientemente de que haya participado en la detención legal o ilegal de una o varias personas, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia¹⁰ ha considerado que dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados, el concepto de desaparición forzada de personas se ha consolidado internacionalmente en tanto grave violación de derechos humanos. Esta caracterización resulta consistente con otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.

Por su parte, la Corte Interamericana en la sentencia del caso Radilla Pacheco, sostuvo:

La caracterización pluriofensiva y continuada o permanente de la desaparición forzada se desprende no sólo de la propia definición del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la cual el Estado mexicano es parte desde el 9 de abril de 2002, los *travaux préparatoires* a ésta, su preámbulo y normativa, sino también de otras definiciones contenidas en diferentes instrumentos internacionales que, asimismo, señalan como elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o por la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada. Además la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, al igual que varias Cortes Constitucio-

en un ataque generalizado o sistemático contra de la población civil y que además el Estado tenga conocimiento de dicho ataque.

¹⁰ Cfr. Caso Gelman vs. Uruguay, “Edición Especial Boletín Trimestral de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resúmenes y extractos de las sentencias dictadas por la CIDH durante el año 2011”, Ed. Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

nales de los Estados americanos y altos tribunales nacionales, coinciden con la caracterización indicada.¹¹

Los elementos típicos de la desaparición forzada de personas se desprenden fundamentalmente de los cuatro instrumentos internacionales a los que ya se hizo referencia, a saber, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Convención Internacional sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Como se observa, el artículo 215-A del Código Penal Federal no se ajusta a los estándares internacionales adoptados por los instrumentos internacionales y tampoco por los criterios sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia, pues desde mi perspectiva el tipo penal de desaparición forzada de personas que contiene nuestra legislación interna se limita a describir los siguientes elementos: a) que el activo tenga la calidad especial de servidor público, b) que participe o no en la detención legal o ilegal de una o varias personas, y; c) que independientemente de su participación, propicie o mantenga dolosamente su ocultamiento bajo cualquier forma de detención.

La nota distintiva de la desaparición forzada de personas con otras formas de privación de la libertad, consiste precisamente en que esta se ejecute o pretenda ejecutar, no únicamente por particulares, sino por agentes estatales y por supuesto que también por personas o grupos de personas que con la autorización, apoyo o aquiescencia de los primeros, priven de la libertad a una persona o grupo de personas, o como lo sostiene el Estatuto de Roma, por una organización política, pero con la aquiescencia de los agentes del Estado; que luego de la privación de libertad, sea ésta legal o ilegal, los agentes estatales se nieguen a dar información o se nieguen a reconocer la privación de libertad o de informar sobre el paradero de la víctima, y algo que a mi juicio resulta

¹¹ Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Resolución de la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2009.

fundamental es que con la conducta omisiva se impida el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes en perjuicio del sujeto pasivo de este delito. Así, se hace necesaria una norma integral que comprenda un concepto del delito que contenga todos los elementos constitutivos del ilícito penal que sea acorde a los estándares adoptados fundamentalmente por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.¹²

III

LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO DELITO PERMANENTE

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en su Artículo III, prevé que el delito de desaparición forzada de personas será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

La primer observación que podemos hacer, consiste en señalar que es inexacta la expresión *continuado* que utiliza el texto de la Convención para determinar la naturaleza del delito, por eso estimo que se confunde desde una perspectiva penal la naturaleza de éste, pues difiere de lo que debe entenderse por *delito permanente*, según lo previsto en el artículo 7º de nuestro Código Penal Federal.

¹² Cfr. Op. cit., en donde de manera esencial la Corte Interamericana condena al Estado Mexicano a implementar la reforma legislativa correspondiente con la finalidad de armonizar nuestra legislación interna con la internacional. En la sentencia se estableció que el artículo 215-A del Código Penal Federal, que sanciona el delito de desaparición forzada de personas, no se adecua plena y efectivamente a la norma internacional vigente sobre la materia. Por tal motivo, el Estado debe adoptar todas las medidas que sean necesarias para compatibilizar dicha tipificación penal con los estándares internacionales, con especial atención a lo dispuesto en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta obligación, se dijo, vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto. En tal sentido el Estado no debe limitarse a “impulsar” el proyecto de ley correspondiente, sino apresurar su pronta sanción y entrada en vigor, de acuerdo con los procedimientos establecidos con el ordenamiento jurídico interno para ello.

Artículo 7º. (...)

El delito es:

- I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;
- II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y,
- III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

No obstante la inconsistencia antes citada que desde luego no debe soslayarse, pues ello trae diferentes efectos en materia de prescripción¹³, considero que la importancia del artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, radica esencialmente en que clarifica que hasta en tanto no se establezca el destino o paradero de la persona desaparecida el hecho delictivo tendrá el carácter de permanente y por lo tanto no prescribe la acción penal, sin soslayar lo relacionado al principio de irretroactividad de normas penales desfavorables.

Siguiendo a José Moisés Vergara Tejada,

...a diferencia del “delito instantáneo” y del “delito continuado”, el delito continuo o permanente tiene como principal característica su actividad consumativa, que no cesa al perfeccionarse el mismo, sino que dicha actividad se prolonga indefinidamente, sin que pueda decirse por ello que hay pluralidad de acciones o conductas, o que momento a momento se realiza o se consume el mismo delito. Si, como ya dijimos, la última etapa del delito es la de “ejecución”, que pertenece a la “fase externa” del mismo, tenemos que en el delito continuado o permanente es ésta la etapa que se prolonga en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, pertenecen solamente a la etapa de la consumación o ejecución del delito.¹⁴

¹³ Según la naturaleza del delito, ya sea instantáneo, permanente o continuo o continuado, los plazos para la prescripción de la acción penal serán diferentes en atención a lo dispuesto por el artículo 102 del Código Penal Federal, pues los plazos de prescripción se contarán a partir del momento en que consumó el delito, si fuere instantáneo; desde el día en que se realizó la última conducta, tratándose de delito continuado; y desde la cesación de la consumación en el delito permanente.

¹⁴ Vergara Tejada, José Moisés, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ed. Ángel Editor, México, 2002, p. 417.

El Poder Judicial de la Federación siguiendo los criterios que la doctrina ha sostenido para desentrañar lo que debe entenderse por delito permanente, ha establecido cuáles son los requisitos para su configuración, tal y como se desprende de la siguiente tesis:

Tesis 1a. XX/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, marzo de 2004, p. 301.

DELITOS PERMANENTES. REQUISITOS PARA SU CONFIGURACIÓN. De la definición que la doctrina ha dado de los delitos permanentes en el sentido de que son aquellos en los que la consumación tiene una duración en el tiempo y, más precisamente, en los que el agente da existencia a un estado de antijuricidad, el que, por su ulterior conducta, se prolonga en el tiempo, se advierte que hay dos requisitos necesarios para su configuración, a saber: a) la duración en el tiempo de la consumación, y b) la dependencia de esa consumación de la voluntad del autor de la conducta. Es decir, este tipo de delitos se presenta cuando la violación del imperativo de la norma se prolonga sin solución o fórmula autónoma para concluir por sí solo su continuidad durante un determinado lapso, dado que se encuentra a merced de la conducta ininterrumpida del agente, durante el cual, sin llegar a destruirlo, se está lesionando el bien jurídico en ella protegido, restringiéndole su cabal desenvolvimiento en el marco garantizado legalmente, por los efectos de la acción ilícita del activo.

Como se observa, una de las características fundamentales del delito permanente consiste en la extensión de la consumación, sin embargo y a decir de Montoya Vivanco¹⁵, la consumación del delito es una categoría formal dentro del proceso de desarrollo del delito, categoría que se sitúa luego de la tentativa y antes de la terminación y agotamiento del delito. Refiere que la doctrina mayoritaria define la consumación como la realización o producción de todos los elementos del tipo objetivo (elementos descriptivos, normativos y subjetivos) del delito previsto en la parte especial del Código Penal. En otras palabras,

¹⁵ Montoya Vivanco, Yvan, *La desaparición forzada de personas como delito permanente: consecuencias dogmático penales*, Ed. Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuaderno de Trabajo, núm. 11, junio de 2009, pp. 6-7.

apenas se evidencie la realización de todos los elementos que se describen en el tipo objetivo la consumación se habrá verificado. En este orden de ideas, refiere el autor que si por consumación se entiende, el momento en que aparecen todos los elementos del tipo, no se puede negar que esta se produce en un instante, lo que sucede en todos los delitos. Al referirse el delito de secuestro, Montoya sostiene que este también es un delito permanente, y apenas una persona sea privada de su libertad por un tiempo mínimamente relevante sin causa o motivo justificante el delito de secuestro se habrá consumado, aunque la privación de la libertad permanezca o se prolongue por un tiempo mayor. El tiempo que corre desde la consumación del delito hasta que cesa la privación de libertad corresponde a una etapa que un sector de la doctrina denomina, terminación del delito y que la distingue de la fase tradicionalmente conocida de agotamiento del delito. Respecto al agotamiento, señala que se trata de una fase en la que el sujeto activo ha logrado todos sus propósitos delictivos; sin embargo, el autor sostiene que el agotamiento es un concepto que se distingue de la terminación del delito el cual dice, sí constituye una fase con relevancia jurídico penal. Por lo anterior sostiene que, la terminación debe identificarse con la consumación material (no formal) del delito y en ese sentido debe diferenciarse del concepto de agotamiento. La consumación material o terminación está relacionada con la idea de finalización o cese de la afectación al bien jurídico, aspecto éste último que no es cubierto por el concepto formal de consumación.

Cobra relevancia lo que sobre esta temática sostuvo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 33/2002, en relación a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas.

...el delito de desaparición forzada de personas que contempla el artículo II de la Convención impugnada, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de naturaleza permanente o continuo, ya que si bien es cierto este delito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información

sobre su paradero, dicha consumación, sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.”¹⁶

Para determinar la naturaleza permanente de los delitos en los cuales se afecta la libertad del sujeto pasivo, la Suprema Corte de la Nación¹⁷ expuso que estimaba que surgen dos requisitos necesarios para la aparición del delito permanente, a saber: la duración en el tiempo de la consumación, y la dependencia de tal consumación de la voluntad del autor de la conducta. Así, existen bienes jurídicos que no resisten la aparición del fenómeno de la permanencia en la consumación, como no sería el caso de la libertad que jamás queda agotado, ya que su naturaleza le permite resistir una consumación de la conducta típica prolongada en el tiempo; de ahí, sostuvo nuestro máximo Tribunal que, delitos como la privación ilegal de la libertad sean característicamente delitos permanentes. En este orden de ideas, el delito permanente sólo puede recaer sobre bienes que, aunque sea factible comprimirlos, al interrumpir las acciones, revierten a su estado anterior, por lo que todos los delitos en los cuales se afecta la libertad constituyen delitos permanentes.

Desde mi perspectiva no es infundado pensar que son permanentes los delitos para cuya existencia la ley requiere que la ofensa al bien jurídico se prolongue en el tiempo (desvalor del resultado) la misma que se deriva del mantenimiento del comportamiento peligroso del agente (desvalor de la acción). Finalmente desde la óptica del desvalor del resultado en los delitos permanentes (prolongación de la ofensa al bien jurídico), resulta importante remarcar la necesidad de que el bien jurídico en este tipo de delitos permita como bien lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la prolongación de su lesión o del peligro efectivo. En este sentido cabe recordar que por lesión de un bien jurídico no debe entenderse necesariamente la destrucción del mismo, pues ciertamente la privación

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “La retroactividad en el delito de desaparición forzada de personas y la prescripción en el de privación ilegal de la libertad”, *Serie Decisiones Relevantes*, México, 2007, p. 63.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 64-65.

de libertad en el delito de desaparición forzada de personas no se destruye, sino que únicamente se ve comprimido, pues cuando cesa la privación de libertad, esta se restituye.

Sobre la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas, se cita el siguiente criterio jurisprudencial:

Tesis: P./J. 48/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, julio de 2004, p. 968.

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. ESE DELITO ES DE NATURALEZA PERMANENTE O CONTINUA. El referido delito que contempla el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el día nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro (coincidente con lo previsto en los artículos 215-A del Código Penal Federal y 168 del Código Penal del Distrito Federal), de acuerdo con el derecho positivo mexicano, es de naturaleza permanente o continua, ya que si bien el ilícito se consuma cuando el sujeto activo priva de la libertad a una o más personas, con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información sobre su paradero, dicha consumación sigue dándose y actualizándose hasta que aparecen los sujetos pasivos o se establece cuál fue su destino.

IV

LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY

Otra de las implicaciones que se advierten en el tema que nos ocupa y que se deriva precisamente de la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas, es el relativo a la retroactividad de la ley. En el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, se puso de relieve que el tipo penal aplicado en el pliego de consignación formulado por el agente del Ministerio Público de la Federación ante el Juez en Turno, fue por el delito de privación ilegal de la libertad en la modalidad de pliego o secuestro, la

consignación se verificó el 11 de agosto de 2005, se consignó únicamente al General Francisco Quiroz Hermosillo. No se consignó por el delito de desaparición forzada de personas; al respecto el Estado Mexicano expuso que cuando sucedieron los hechos no estaba tipificado el delito de desaparición forzada de personas, éste se tipificó hasta el 01 de junio de 2001 en el artículo 215-A, del Código Penal Federal. También se argumentó que era inaplicable la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, dada la declaración interpretativa que el Estado Mexicano introdujo al ratificarla y que impedía su aplicación retroactiva. Se adujo que en caso de que fuera factible la aplicación del tipo penal de desaparición forzada de personas ya no se tipificaba el delito en razón de que el activo ya no tenía el carácter de servidor público, pues al haber pasado a situación de retiro (causo baja del ejército desde el 15 de junio de 2000) era evidente que al momento de entrada en vigor del tipo penal de desaparición forzada en el Código Penal Federal, ya no tenía el carácter de servidor público.

La Corte Interamericana al resolver sobre los alegatos hechos valer por el Estado mexicano, expuso:

La Corte observa que el delito de desaparición forzada de personas se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico mexicano desde el año 2001 (infra párr. 319), es decir, con anterioridad a la consignación de la averiguación previa ante el Juez de Distrito en turno realizada en agosto de 2005 (supra párr. 188). En tal sentido, el Tribunal reitera, como lo ha hecho en otros casos, que por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano, como lo son la Corte Suprema de Justicia del Perú, el Tribunal Constitucional de Perú, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, la Corte Constitucional de Colombia e, inclusive, la propia la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (supra nota 31).

Para este Tribunal es inadmisibles el alegato del Estado conforme al cual en este caso existía un “obstáculo insuperable” para la aplicación del delito de desaparición forzada de personas vigente en México, ya que el presunto responsable había pasado a retiro con anterioridad a la entrada en vigor del tipo

penal. La Corte considera que mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, la desaparición forzada permanece invariable independientemente de los cambios en el carácter de “servidor público” del autor. En casos como el presente en los que la víctima lleva 35 años desaparecida, es razonable suponer que la calidad requerida para el sujeto activo puede variar con el transcurso del tiempo. En tal sentido, de aceptarse lo alegado por el Estado se propiciaría la impunidad.

Tomando en cuenta lo anterior, esta Corte estima que conforme al principio de legalidad, la figura de la desaparición forzada constituye el tipo penal aplicable a los hechos del presente caso.¹⁸

Resulta claro entonces que la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas tiene relevancia jurídica, pues era legalmente procedente que el agente del Ministerio Público de la Federación hubiera consignado por el tipo penal previsto en el artículo 215-A del Código Penal Federal, vigente a partir del 01 de junio de 2001, y no por el de secuestro, sin que ello implicara una aplicación retroactiva de la ley en perjuicio del gobernado. Tampoco era obstáculo para ejercer la acción penal por desaparición forzada de personas, el que Francisco Quiroz Hermosillo (General en retiro) causara baja desde el 15 de junio del año 2000, precisamente por el carácter permanente del delito que nos ocupa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el principio de irretroactividad de la ley surge desde que un tratado entra en vigor, es exigible a los Estados Partes el cumplimiento de las obligaciones que contiene respecto de todo acto posterior a esa fecha. Ello se corresponde con el principio *pacta sunt servanda*, según el cual todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. El carácter permanente del delito dio competencia a la Corte y se generan obligaciones para los Estados al suscribir un tratado. Por lo tanto, la Corte sostuvo que no hay violación al principio de irretroactividad. Pensar de otra manera vulnera el principio de efecto útil del tratado.

¹⁸ Op. cit., párrafos 239-241.

Se puede sostener que la garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, éste vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello implique aplicación retroactiva de la ley.

México al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas el 9 de abril de 2002, formuló una declaración interpretativa¹⁹, que consiste en lo siguiente:

Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el gobierno de México, al ratificar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el 9 de junio de 1994, se entenderá que las disposiciones de dicha convención se aplicaran a los hechos que constituyan desaparición forzada de personas, se ordenen, ejecuten o cometan con posterioridad a la entrada en vigor de la presente convención.²⁰

La Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la controversia constitucional 33/2002, en la que se pronunció respecto de la declaración interpretativa formulada por el Estado mexicano, expuso que las disposiciones contenidas en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas no podrán aplicarse a aquellas conductas constitutivas de una desaparición cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, pero no debe interpretarse en el sentido de que no se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición

¹⁹ La declaración interpretativa, según la Comisión de Derecho Internacional, la define como una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye al tratado o alguna de sus disposiciones. Cfr. Comisión de Derecho Internacional, 51 período de sesiones, 3 de mayo- 23 de julio de 1999, Nueva York, Naciones Unidas, 1999, p. 194.

²⁰ Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2002.

forzada de personas el carácter de permanente o continuo puede darse el caso de que las conductas comitivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención. Así, nuestro máximo Tribunal Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

Tesis: P./J. 49/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, julio de 2004, p. 967.

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS A QUE SE REFIERE LA CONVENCION INTERAMERICANA DE BELÉM, BRASIL, DE NUEVE DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO. LA DECLARACIÓN INTERPRETATIVA FORMULADA POR EL GOBIERNO MEXICANO NO VIOLA EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CONSGRADA EN EL ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. En la mencionada declaración interpretativa, que señala que las disposiciones de ese instrumento internacional se aplicarán a los hechos que constituyan el delito de desaparición forzada de personas, el Gobierno Mexicano quiso significar que tales disposiciones no podrán aplicarse a aquellas conductas constitutivas de ese ilícito cuya consumación hubiera cesado antes de que adquiriera obligatoriedad la nueva norma, pero no debe interpretarse en el sentido de que no se aplique a las conductas típicas de tal delito que habiéndose iniciado antes de su vigencia, se continúen consumando durante ella, pues al tener el delito de desaparición forzada de personas el carácter de permanente o continuo puede darse el caso de que las conductas comisivas del ilícito se sigan produciendo durante la vigencia de la Convención. Tal interpretación es acorde con el principio de irretroactividad de la ley consagrado en el artículo 14 constitucional, conforme al cual las disposiciones contenidas en las leyes no se deben aplicar hacia el pasado, afectando hechos realizados o consumados antes de que aquéllas entren en vigor, por lo que es inconcuso que tratándose de delitos de consumación instantánea la nueva ley no puede regir conductas o hechos de consumación anterior, pues resultaría retroactiva, lo cual se encuentra prohibido constitucionalmente. En cambio, sí debe aplicarse la nueva normatividad sin incurrir en el vicio apuntado respecto de hechos constitutivos de delito continuo o permanente cuando, habiendo empezado a realizarse antes de que aquélla entrara en vigor, se continúan cometiendo, en cuyo caso resultará aplicable, como sucede con el delito de desaparición forzada de personas que prevé la Convención mencionada, cuya naturaleza es permanente o continua, porque se consume momento a momento durante todo el tiempo que el sujeto pasivo se encuentre desaparecido.

V

LA PRESCRIPCIÓN

El artículo VII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas prevé que la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción. Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de lo estipulado con antelación, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado Parte.

Como se observa el delito de desaparición forzada es uno de aquellos sobre el que se afirma su imprescriptibilidad. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido:

Los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido.²¹

Considero que la naturaleza del delito que nos ocupa es de suma importancia tanto para la solución de los conflictos de la aplicación de las leyes en el tiempo, pero también para determinar el momento en que inicia el cómputo de la prescripción, pues mientras no cese la consumación del delito no puede prescribir, tal y como lo dispone el artículo 102, fracción IV, del Código Penal Federal, el cual prevé que los plazos para la prescripción de la acción penal serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades,

²¹ Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

y se contarán desde la cesación de la consumación en el delito permanente, es decir, cuando termina la prolongación de la lesión al bien jurídico que ha sido mantenida por la conducta antijurídica y peligrosa del activo. Luego, el plazo para que opere la prescripción en el delito de desaparición forzada de personas de acuerdo a lo establecido, empieza a correr hasta que el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su paradero. Por lo tanto, en los delitos permanentes la fecha de inicio de la acción u omisión antijurídica es irrelevante para efectos de la prescripción, pues en el delito que nos ocupa, no inicia la prescripción a partir del día en que se priva de la libertad al pasivo, sino a partir de que éste es puesto en libertad, o en su caso, se encuentran sus restos mortales o se conoce el paradero de éste.

Sobre el tema de la prescripción en tratándose de delitos en donde se lesiona la libertad personal del sujeto pasivo, nuestro máximo Tribunal Constitucional ha sostenido los siguientes criterios:

Tesis: P./J. 87/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004, p. 1121.

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS. EL PLAZO PARA QUE OPERE SU PRESCRIPCIÓN INICIA HASTA QUE APARECE LA VÍCTIMA O SE ESTABLECE SU DESTINO. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 102, fracción IV y 7o. del Código Penal Federal, tratándose de delitos permanentes o continuos, que son aquellos que se caracterizan por su consumación duradera, el plazo para la prescripción inicia a partir de que cesa su consumación. En tal orden de ideas, si el delito de desaparición forzada de personas que contempla el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém, Brasil, el día nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro (que coincide con el previsto en los artículos 215-A del Código Penal Federal y 168 del Código Penal del Distrito Federal) tiene esa naturaleza, en tanto que se consuma momento a momento durante todo el tiempo en que la víctima se encuentra desaparecida, ha de concluirse que el plazo para que opere su prescripción de acuerdo con lo establecido en los numerales primeramente citados, empieza a correr hasta que la conducta ilícita deja de consumarse, esto es, cuando el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su destino.

VI

CONCLUSIONES

La desaparición forzada de personas ha sido utilizada por el Estado como método represivo y de control para eliminar a los opositores de régimen, borrando todo rastro de las personas que son víctimas de esta práctica. En México en la llamada guerra sucia de los años 70 en diversas partes del territorio mexicano tuvieron lugar numerosas desapariciones forzadas. Hoy por hoy, según el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos a través del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas, sostiene que dicho flagelo se sigue perpetrando por agentes del Estado Mexicano. Según la descripción típica contenida en diferentes instrumentos internacionales, los elementos constitutivos de la desaparición forzada son: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.

El delito de desaparición forzada de personas, es de naturaleza permanente. Por lo tanto, será considerado como permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva.

El plazo para que opere la prescripción en el delito de desaparición forzada de personas, empieza a correr hasta que el sujeto pasivo aparece (vivo o muerto) o se establece su paradero. El Estado Mexicano a través del Poder Judicial de la Federación, de la Procuraduría General de la República y Procuradurías Estatales, debe implementar cursos de capacitación sobre el delito de desaparición forzada de personas, dirigidos a los operadores del sistema de justicia penal, Magistrados, Jueces, Ministerios Públicos y Defensores Públicos, con la finalidad de que comprendan sus implicaciones de carácter penal y se pueda brindar certeza jurídica, tanto al imputado como a la víctima u ofendido de este delito.