



La desaparición forzada de personas. Perspectivas jurídicas y filosóficas a la luz de los procesos de lesa humanidad

Pedro Griffo

a. Introducción

Entre los años 1976 y 1983 Argentina fue gobernada por una dictadura militar que, entre otros graves delitos, privó de la libertad, torturó, agredió sexualmente, asesinó y desapareció a miles de ciudadanos y ciudadanas.

El largo camino iniciado en el Juicio a las Juntas durante el año 1985, luego obturado por las leyes de impunidad –entre medio de las cuales los organismos de derechos humanos pudieron incorporar los invaluable Juicios por la Verdad-, y los procesos iniciados a partir de la nulidad de las leyes, han ido incorporando sucesivamente distintas perspectivas y alcances de la magnitud genocida.

La noción de desaparecido y desaparición fueron la nota característica del genocidio argentino, el cual constituyó a los centros clandestinos de detención como la tecnología de poder adecuada para cumplir con sus fines. De acuerdo refiere Calveiro, “*la desaparición y el campo de concentración - exterminio se convirtieron en la modalidad represiva del poder, ejecutada de manera directa desde las instituciones militares*” (2008, p. 27).

El presente trabajo intenta ahondar en los alcances jurídicos y no jurídicos de la figura de la desaparición forzada de personas. Al igual que en el caso del genocidio, ésta concepción formó parte del acervo popular y de los relatos de las víctimas desde los primeros momentos de la dictadura; sin embargo, la dogmática penal y la práctica judicial restringieron fuertemente su utilización técnica en los procesos por crímenes de lesa humanidad.

Partiendo del abordaje de la figura de la desaparición forzada de personas desde una perspectiva iusfilosófica se intenta articular la normativa contemplada en el derecho internacional y el Código Penal, con aquellos aspectos que rebasan el ámbito del derecho positivo. En tal sentido, se plantea la cuestión sobre la aplicabilidad de la figura prevista en el derecho interno, la justeza y adecuación del fenómeno con las concepciones contempladas por el derecho argentino e internacional. Se presentan las principales alternativas y objeciones con respecto a la utilización de la figura en los procesos de lesa humanidad.



b. La desaparición forzada de personas. Caracterización del fenómeno

Referirse a la desaparición forzada de personas es hablar de una catástrofe social en la identidad y el lenguaje. Supone la “*inestabilidad estable: el desajuste permanente entre palabras y cosas, convertido en estructura en tanto desajuste*” (Gatti, 2011, p. 92). Se trata, siguiendo a este autor, de un duelo perpetuo que imposibilita o dificulta los modos de representación convencionales, desestructurando completamente el “*producto de la subjetividad moderna: el individuo-ciudadano*” (2011, p. 93). Individuo ciudadano que padece una disociación permanente y que es expulsado a un afuera que lo convierte en NN.

Claudia Feld (2015) advierte que desde la recuperación de la democracia las nociones de ‘desaparecido’ y ‘desaparición’ no han sido unívocas y han dependido de los testimonios y de la articulación institucional de los mismos. La autora analiza la vinculación entre imagen y testimonio tomando en cuenta la realidad argentina post dictatorial, en la cual carecemos de elementos que puedan dar cuenta de los horrores sufridos. La hipótesis de Feld es que en Argentina “*la imagen no tuvo la fuerza de revelación que se le ha adjudicado en otros contextos históricos ante las atrocidades masivas*” (2015, p. 690), lo cual se suma a una escasa legitimidad inicial respecto de los testimonios de las víctimas.

De tal manera, ante la falta de evidencias fotográficas y fílmicas que den cuenta de un ‘teatro del horror’, la construcción de un imaginario colectivo dependió de manera casi absoluta de la palabra de los/as sobrevivientes, quienes eran cuestionados/as y mirados/as con cierto recelo. Resultado de ello, al menos en los primeros años de transición a la democracia, observamos un triunfo de la formulación genocida: los desaparecidos son una incógnita, no tienen entidad, no están ni vivos ni muertos, de acuerdo afirmara Videla en el año 1979.

La construcción de legitimidades en torno a las víctimas de la dictadura militar llevó años de luchas y disputas de sentidos. Quienes “*en su infinita impunidad negaron hasta la muerte y en su lugar instalaron la desaparición*” (Izaguirre, 2012, p. 282), hoy son juzgados, cumplen condenas y prácticamente han perdido todos los trazos de aprobación o justificación de la que gozaron en los años posteriores a la dictadura. Hoy en día los/as desaparecidos/as representan una insignia nacional, un parteaguas en la construcción de una ciudadanía que forma parte de un sistema político que tiene deberes en relación a los derechos humanos.

Siguiendo a Lampasona en cuanto refiere que “*a partir del terror, esta tecnología fue produciendo profundas rupturas psico-sociales, procesos de aislamiento y silenciamiento cuyos efectos pueden rastrearse, aun, en nuestro presente*” (2013, p. 6), podemos advertir que



dicha búsqueda nos conduce a la fría letra de los expedientes judiciales que expresan ‘permanece desaparecido’ o ‘se desconoce su paradero ulterior’, frases que integran la plataforma fáctica de los procesos de lesa humanidad connotando una noción que requiere de la reposición de cierto contexto histórico y político.

Tanto desde la órbita testimonial como judicial resulta trascendental nombrar la desaparición. Calveiro es clara en este sentido cuando relata que había que vivir para testimoniar. *“Estando dentro del campo una de las ideas más fuertes era que alguien debía salir con vida; alguien debía sobrevivir para testimoniar y contar; alguien debía construir la memoria de los campos de concentración”* (2008, p. 114). El testimonio del sobreviviente rompe la barrera de lo posible, representa el decir en lo inefable, es el fusilado que vive de Rodolfo Walsh.

c. El marco legal de la desaparición forzada de personas y las conductas típicas que lo conforman

En primer lugar, cabe destacar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que considera al fenómeno de la siguiente manera:

- i) Por desaparición forzada de personas se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. (ERCPI, artículo 7.2.i)

Asimismo, en el plano internacional existen dos convenciones que la República Argentina ha ratificado e incorporado al derecho interno, a saber: 1) Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (CIDFP), aprobada por la ley 24.556 de septiembre de 1995, otorgándosele jerarquía constitucional en mayo de 1997; 2) Convención Internacional para la Protección de las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CIPPDF), que entró en vigencia en noviembre de 2007.

Por medio de ambas convenciones, el Estado argentino se comprometió a adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas. En consecuencia, y con vistas a los compromisos internacionales asumidos, se



dictaron las leyes 26.200 y 26.679: la primera de ellas -sancionada el 13 de diciembre de 2006 y promulgada el 5 de enero de 2007- es la ley mediante la cual se implementa el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (aprobado por ley 25.390 y ratificado en enero de 2001).

Por su parte, la ley 26.679 -promulgada el 5 de mayo de 2011- modifica el Código Penal incorporando el art. 142 ter. Mediante dicha norma se introduce en el derecho interno la figura de la desaparición forzada de personas con una pena de 10 a 25 años al funcionario público, o la persona o grupo que actúe con aquiescencia del Estado, que privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad o informar el paradero de la persona. Establece, asimismo, agravantes con pena perpetua para los casos en que resultare la muerte o si la víctima fuere una embarazada o persona menor de 18 años o mayor de 70. También si fuere discapacitada al igual que por casos de nacimientos en cautiverio.

En cuanto a la conducta típica, se trata de un delito que puede subdividirse en dos fases: la primera corresponde a la privación de la libertad, y la segunda, a la no información sobre esta situación de privación de la libertad. De ahí que el bien jurídico que se intenta tutelar exceda la mera libertad para incorporar la vida e incluso el derecho de la familia de la víctima y de la sociedad en su conjunto a conocer la verdad de los hechos. Esto ha sido recogido en numerosas oportunidades por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) al considerar que es una fuente particular de humillación y sufrimiento para los familiares de las víctimas, haciendo hincapié en la pluriofensividad de este delito al atacar al mismo tiempo diversos bienes jurídicos. De ahí que la jurisprudencia de la Corte IDH haya ido ampliándose a través de sucesivos precedentes para hablar actualmente de tres niveles de protección: persona desaparecida, familia y sociedad.

En materia de procesos de lesa humanidad, hay consenso en que *“Las normas del derecho interno juegan en el nivel de la tipicidad y en el sancionatorio, y las del derecho internacional sirven para convertir esos hechos en crímenes internacionales”* (Kai Ambos, 2009, p. 25). Sin embargo, como se verá a continuación, existen serias objeciones a cómo proceder mediante el derecho interno complementando los crímenes internacionales.

En tal sentido, un obstáculo que se presenta radica en que mientras que *“el derecho internacional general no prohíbe la promulgación de normas jurídicas con fuerza retroactiva, lo que adquiere trascendencia particularmente frente a la creación de nuevos delitos*



internacionales” (Kelsen, 1965, p. 117), los principios y garantías del derecho argentino obturan tal pretensión.

d. Objeciones

Suele objetarse por una buena parte de la jurisprudencia, la dogmática penal y particularmente por las defensas técnicas de los imputados en juicios de lesa humanidad, la aplicación de esta figura en base a diversos argumentos. Por un lado, identificamos aquellos relativos a cuestiones normativas y vinculadas directamente con principios y garantías constitucionales; por otro, se esbozan ciertos razonamientos vinculados a asuntos de orden pragmático, fundamentalmente relativos a escalas penales.

Dentro del primer grupo cabe mencionar la violación al principio de legalidad (1) y la irretroactividad de la ley penal (2). En cuanto al segundo, cobra especial importancia la pena en expectativa (3). Brevemente, desarrollaremos cada una de las objeciones que mencionamos.

(1) Principio de legalidad. Consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, se trata de un principio central del Estado de Derecho según el cual no hay crimen ni pena sin ley previa. Mediante el mismo se establece una importante limitación al poder punitivo del Estado, que ofrece al ciudadano tanto una garantía criminal, como una garantía penal, jurisdiccional y de ejecución (Piqué, 2013).

Sobre este tópico, Malarino (2011) refiere críticamente sobre la utilización de tres caminos de argumentación que llevan a sortear la aplicación de este principio –erróneamente para el autor-. Discute, en primer lugar, que la costumbre internacional permita sortear la exigencia del principio de legalidad (tesis de la costumbre o de la legalidad débil); en segundo lugar, cuestiona la posibilidad de condenar por desaparición forzada de personas a través de la identificación de distintos tipos penales que incluyen parcialmente la conducta prohibida (tesis del derecho común o de la legalidad incompleta); en tercer lugar, se opone a la idea de la inaplicabilidad del principio de legalidad en crímenes internacionales (tesis de la retroactividad o de la legalidad ausente).

Sintéticamente, considera que la primera implicaría transformar el principio *nullum crimen sine lege*, en *nullum crimen sine iure*, lo cual sería inconstitucional en virtud de que el art. 18 de la CN exige un principio de legalidad fuerte y no débil como propone la tesis de la costumbre. En cuanto a la tesis de la legalidad incompleta, afirma por un lado que ninguna de



las descripciones de los distintos tipos refiere al elemento de contexto, que es el que los convierte en crímenes de lesa humanidad. Si bien esa objeción resulta ciertamente endeble, más acertada aparenta la segunda respuesta en cuanto considera que se asistiría a una violación a la división de poderes por la construcción pretoriana de un nuevo delito que combine otros existentes. Finalmente, a la tesis de la legalidad ausente en materia internacional, Malarino opone que el ECPI consagra tal principio, y que si acaso no lo hiciera, ello no sería suficiente para desplazarlo del plano interno al estar consagrado por el art. 18 de la CN.

(2) Irretroactividad de la ley penal. Estrechamente vinculado al principio de legalidad, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal se trata de un principio derivado del artículo 2 del Código Penal mediante el cual se procura establecer un criterio para la aplicabilidad de normas dictadas a lo largo del tiempo. La irretroactividad es una condición que prohíbe la aplicación de un tipo penal que no estuviere legalmente previsto al momento en que efectivamente sucede la conducta reprochada.

En el caso de la desaparición forzada de personas, suele negarse la subsunción de los hechos ilícitos en lo normado por el artículo 142 ter en virtud de que no se encontraba tipificado al momento en que ocurrieron los hechos, y que incluso su posterior inclusión en el Código Penal no permitiría el reproche penal en base a tal figura ya que, aun en aquellos casos en los cuales el delito se siguiera cometiendo, tendría prioridad el principio también derivado del artículo 2 del Código Penal que estipula la aplicación de la ley penal más benigna cuando dos o más normas se encuentran en pugna.

(3) La cuestión de las escalas penales. Ligado al argumento de la ley penal más benigna, suele objetarse que la aplicación de la figura de la desaparición forzada de personas supondría en muchísimos casos un agravamiento de la pena en expectativa. Tal sería el caso en que un imputado fuera procesado, por ejemplo, por el delito de privación ilegal de la libertad agravada (artículo 142) y luego condenado por desaparición forzada de personas (artículo 142 ter). Para el primero de ellos, la pena prevista resulta ser de dos a seis años, mientras que para el segundo se estipula de diez a veinticinco años, pudiendo devenir en perpetua en caso de ciertas agravantes. Sin embargo, si la imputación fuera por homicidio agravado –con o sin cuerpo- la pena prevista resulta ser de prisión perpetua, razón por la cual no existiría el agravio invocado relativo al agravamiento de penas en la totalidad de los casos.

La cuestión planteada en relación a la privación ilegal de la libertad asume ribetes más complejos, porque si bien es cierto que el reproche penal sufre un importante salto cuantitativo



en relación a la pena, no menos cierto resulta ser que es prácticamente imposible suponer privaciones ilegales de la libertad que, sin mediar noticia alguna y ocurridas durante el terrorismo de Estado, perduren durante veinticinco, treinta o cuarenta años. Resulta profundamente anti intuitivo y descontextualizado razonar en tal sentido a pesar de que en reiteradas oportunidades así lo haga la práctica jurídica.

En definitiva, teniendo presentes las tres objeciones antes referidas, con buenas razones puede argumentarse que al menos las primeras dos responden a una concepción formalista del derecho, posición en la que *“el juez se siente vinculado únicamente por el texto de las normas jurídicas vigentes, y no, también, por las razones en las que ellas se fundamentan”* (Atienza, 2013, p. 50).

Y en cuanto a la tercera, si bien a *grosso modo* puede considerarse como una razón práctica atendible, a medida que se profundiza en la cuestión, el perjuicio alegado parecería perder peso y diluirse en la falta de agravio o bien resultar en una acusación carente de razonabilidad.

e. Diversas respuestas a los casos de desaparición forzada

1. Privación ilegal de la libertad: Como ya fuera adelantado, la mayoría de las causas se resuelve acudiendo a la figura de la privación ilegal de la libertad, contemplada en el artículo 141 del Código Penal con las agravantes del artículo 142. Se considera, de tal manera, que una persona que fue privada de la libertad en el año 1976 ha permanecido en tal estado cerca de cincuenta años, ya que no habría hechos concretos que permitan afirmar un cambio de calificación en relación a la misma.

En tal caso se advierte la imputación de un delito con escasa pena en expectativa en relación a las otras figuras que serán abordadas y la contemplación parcial del ilícito perpetrado sobre la víctima.

2. Homicidio: En los casos en que han sido hallados los restos de la víctima, suele aplicarse la figura del homicidio prevista en el artículo 79 del Código Penal con las agravantes del 80, ello sin importar si los restos fueron restituidos en el momento en que ocurrió el hecho o transcurridas varias décadas.

Asimismo, la doctrina penal ha avanzado en la consideración del homicidio sin cuerpo en aquellos casos en que las circunstancias del caso lo tornan evidente. Sin embargo, dicha



cuestión no ha sido zanjada al interior de los organismos de derechos humanos por lo cual, dependiendo de la jurisdicción, existen precedentes en donde se ha acusado en base a dicha figura mientras que en otros, por influjo de los organismos, se ha optado por no hacerlo en virtud de que dicha figura no contemplaría la magnitud del ilícito y velaría el aspecto desaparecedor del crimen cometido por parte del Estado.

En definitiva, tanto en el caso de una restitución de restos mediada por una previa desaparición como en el caso de la declaración judicial de homicidio sin cuerpo, la cuestión que se suscita es nuevamente si el homicidio alcanza a contemplar las múltiples dimensiones de afectación que conlleva la desaparición forzada de personas, respuesta que aparenta ser negativa. Sin embargo, desde la óptica del castigo cabe resaltar que la escala penal resulta similar o incluso superior a la prevista para la desaparición forzada.

3. Desaparición forzada por concurrencia de delitos en una nueva figura: Ciertas posiciones sostienen que el delito de desaparición forzada de personas ya se encontraba contenido en diversos artículos del Código Penal. Así se sostiene que el primer elemento que caracteriza la conducta –la privación de la libertad– se encontraba previsto en el Código Penal al momento de los hechos tanto en el artículo 141 (privación ilegal de la libertad) como en el artículo 146 (en relación a la sustracción, retención y ocultamiento de menores). Asimismo, la agravante prevista en el artículo 142 bis respecto de la participación de agentes estatales, receptaría el requisito subjetivo de la figura. Por último, el artículo 139 inciso 2 (en cuanto apunta a hacer incierto el estado civil de una persona siendo que la conducta tiende a evitar que se conozca la privación ilegal cometida con anterioridad), satisfaría el elemento vinculado a la falta de información.

Esta es la solución dada por la Sala I de la Cámara Federal en causa Videla de 2008 y por el voto del magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Juan Carlos Maqueda, en causa Simón. Si bien dicha construcción contemplaría el alcance de la figura en cuestión, resulta pasible de ciertas críticas atendibles en función de la creación de un nuevo tipo penal por parte del juzgador, en violación al principio de legalidad.

4. Desaparición forzada de personas (art. 142 ter): La permanencia delictual de este tipo de delito conduce a que ciertas voces consideren que sea posible efectuar la imputación del ilícito previsto en el artículo 142 ter a partir del año 2011, en todos aquellos casos en que el delito continúa ejecutándose por la no aparición de la víctima o bien por aquellos casos en que ha habido una restitución de restos posterior al año de promulgación de la ley que incorporó al



código la figura aquí estudiada. La permanencia o continuidad delictual subsiste en tanto el destino de las personas desaparecidas no haya sido esclarecido, sin que importe si el autor continúa o no en dominio voluntario del hecho. En consecuencia, el tipo penal de la desaparición forzada de personas puede ser imputado aun cuando al momento de la privación de la libertad tal tipo penal no había sido sancionado, dado que precisamente el injusto continúa y permanece incluso tras la entrada en vigencia del tipo penal específico.

Dicha opción abarca en su completitud la figura de la desaparición forzada, pero presenta una limitación temporal para aquellos casos de víctimas cuyos restos fueron hallados previo a la sanción de la ley que incorpora el delito en el año 2011. Por otro lado, la objeción que suele señalarse es que violaría el principio de la ley penal más benigna.

f. Conclusiones

A través del presente trabajo se pretendió ofrecer una caracterización de la desaparición forzada de personas desde una perspectiva filosófica a partir de considerar las tecnologías de poder desplegadas por la dictadura cívico militar que ocupó el poder entre los años 1976 y 1983, para analizar su traslación al campo jurídico y las problemáticas que plantea.

A pesar del consenso sobre la caracterización de la desaparición forzada de personas desde una mirada social -de qué se trata y cuándo estamos en presencia de la misma, respecto del carácter indubitable de aquella como modalidad específica de la última dictadura militar-, en el campo jurisprudencial y dogmático penal su definición, tipificación y aplicabilidad generan, para una importante cantidad de voces, eventuales contradicciones y conflictos con los principios del derecho, en particular los de legalidad e irretroactividad de la ley penal,

A la par que intentamos exponer la fortaleza teórica que ostenta en términos de representación política y social la desaparición, intentamos dar cuenta de las dificultades y debilidad jurídico-legal para avanzar con esta figura en los procesos de lesa humanidad. En tal sentido, tras reponer el marco legal que la sustenta y las principales objeciones que se plantean al concepto desde la dogmática penal, se intentó articular cada una de las alternativas y estrategias que suelen adoptarse para contener el hecho fáctico de las desapariciones forzadas ocurridas durante el terrorismo de Estado.

A partir de advertir que ninguna de ellas contempla en su totalidad el fenómeno sin lesionar en mayor o menor medida algún principio, surgen interrogantes sobre cómo operar



frente a esa disyuntiva procurando administrar la mayor justicia posible en cada caso. Actualmente la enorme mayoría de tribunales federales optan por ignorar la figura de la desaparición forzada de personas, acudiendo en sus sentencias a tipos penales que escasamente traducen de forma jurídica los hechos padecidos por las víctimas.

La escena judicial resulta ser, por un lado, un lugar privilegiado para habilitar la palabra y entablar disputas de sentido, pero a su vez, puede resultar un espacio que la habilite para vaciarla de significación. La performatividad del discurso judicial tiene la capacidad de crear una nueva realidad hasta el momento velada.

A partir de lo expuesto, queda planteado el interrogante acerca de si el compromiso de una democracia plural con los derechos humanos y la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, requiere de un posicionamiento dinámico por parte de un Poder Judicial que sea permeable a la hora de receptar las problemáticas abordadas por la razón pública, o bien si respuestas estereotipadas cimentadas en pétreos plexos normativos arrojan justicia sobre los hechos, aun cuando las respuestas jurídicas se alejen de las realidades que pretender traducir.

g. Referencias bibliográficas

- Ambos, Kai (2009). *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*. Bogotá: Editorial Temis.
- Atienza, Manuel (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- Calveiro, Pilar (2008). *Poder y desaparición. Los campos de concentración en Argentina*. Buenos Aires: Colihue.
- Feld, Claudia (2015). “Imagen y testimonio frente a la desaparición forzada de personas en la Argentina de la transición”. En *Kamchatka* 6, 12-2015, 687-715, Universitat de Valencia, Departamento Filología Española, disponible online.
- Gatti, Gabriel (2011). “El lenguaje de las víctimas: silencios (ruidosos) y parodias (serias) para hablar (sin hacerlo) de la desaparición forzada de personas”. En *Universitas humanística*, nro.72 julio-diciembre de 2011 pp: 89-109, Bogotá, ISSN 0120-4807, disponible online.



- Izaguirre, Inés (2012). “El embate contra la clase obrera”. En Izaguirre, Inés (comp.). *Lucha de clases, guerra civil y genocidio en Argentina 1973-1983: antecedentes, desarrollo, complicidades*. Buenos Aires: Eudeba.
- Kelsen, Hans (1965). *Principios de derecho internacional público*. Buenos Aires: El Ateneo.
- Lampasona, Julieta (2013). “Desaparición forzada en Argentina: entre la desaparición y la sobrevida. O sobre la ‘regla’ y la ‘excepción’ en el despliegue de la tecnología de poder genocida”. En *Aletheia*, vol. 3, nro. 6, julio 2013, ISSN 1853-3701, disponible online.
- Malarino, Ezequiel (2009). “Capítulo 1: Argentina”. En Ambos, Kai. *Desaparición Forzada de Personas: Análisis comparado internacional*, pp. 3-37. Bogotá: Editorial Temis.
- Piqué, María Luisa (2013). “Principio de legalidad y retroactividad”. En Alonso Regueira, Enrique. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*. Buenos Aires: La Ley.