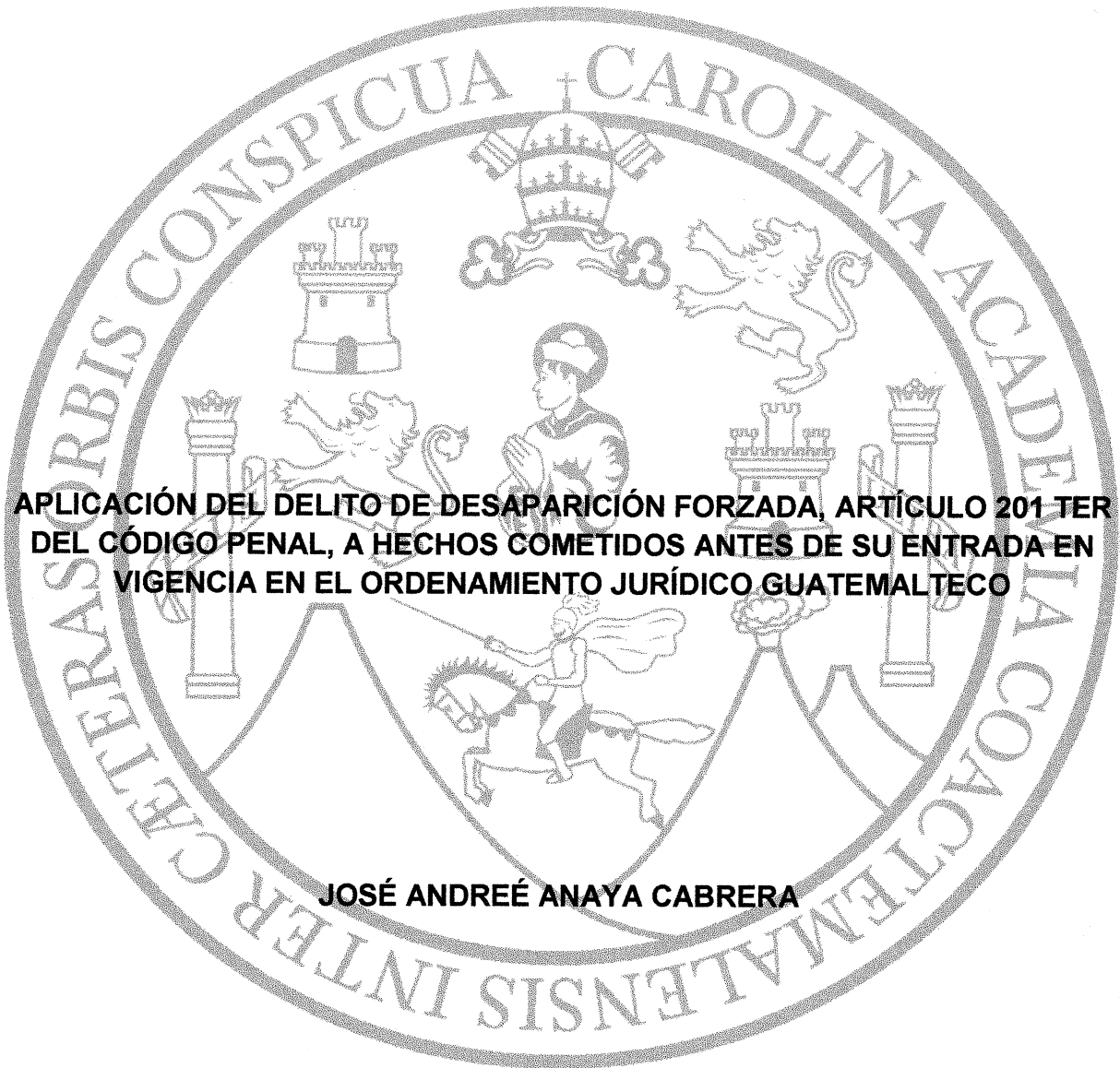


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

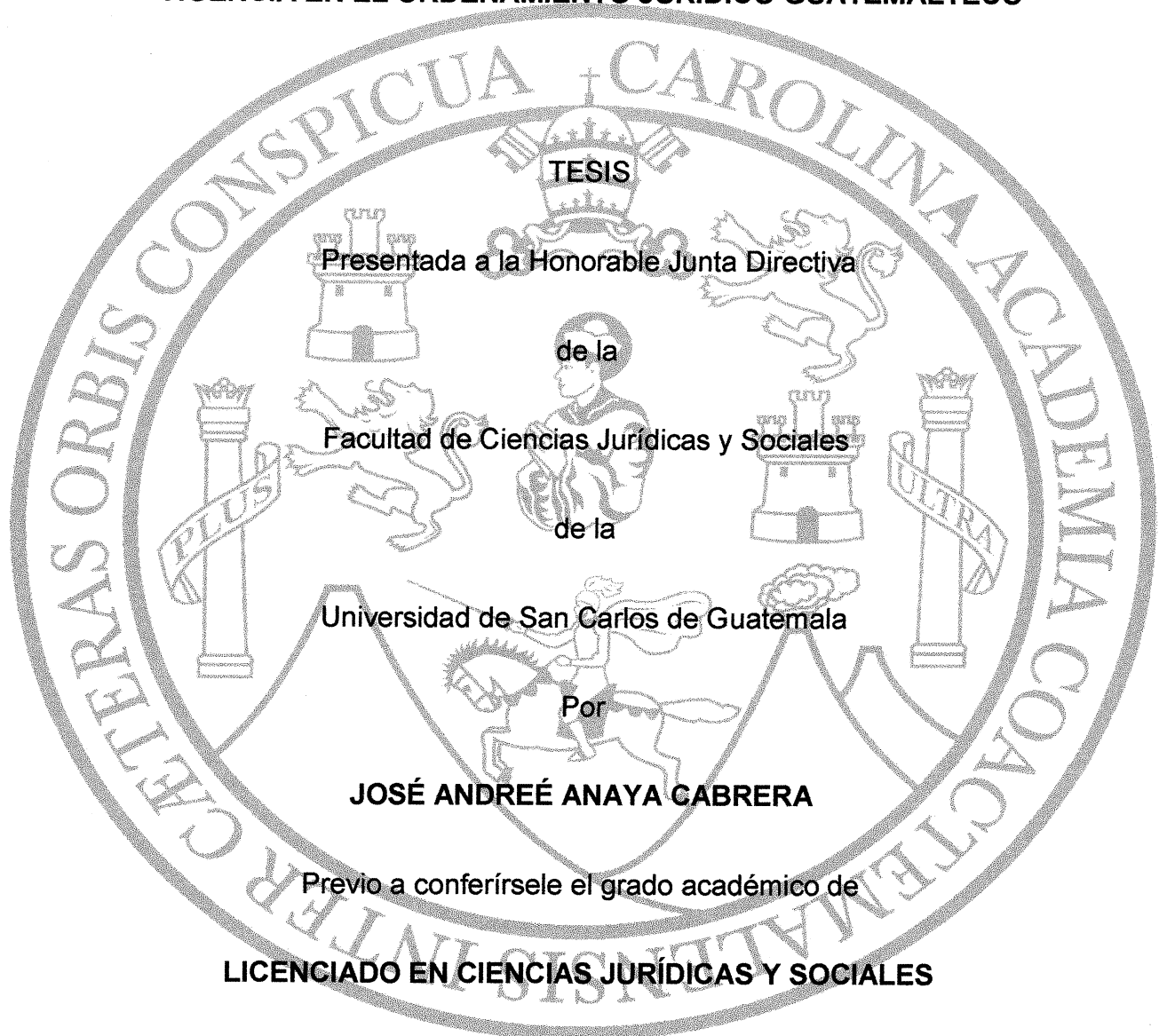


JOSÉ ANDREÉ ANAYA CABRERA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2018

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**APLICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA, ARTÍCULO 201 TER
DEL CÓDIGO PENAL, A HECHOS COMETIDOS ANTES DE SU ENTRADA EN
VIGENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO**



TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JOSÉ ANDREÉ ANAYA CABRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2018

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic.	Víctor Hugo Barrios Barahona
Vocal:	Licda.	Silvia Esperanza Fuentes López
Secretaria:	Licda.	Silvia Noemí Rodríguez Tello

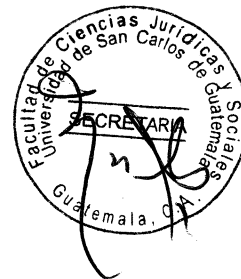
Segunda Fase:

Presidente:	Lic.	René Siboney Polillo Cornejo
Vocal:	Licda.	Yeimi Lisbet Castañeda Gutiérrez
Secretario:	Lic.	Álvaro Vinicio Díaz Chapas

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en la tesis". (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
04 de noviembre de 2016.

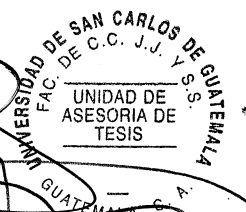
Atentamente pase al (a) Profesional, ANABELLA GUDIEL CRDONA
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOSÉ ANDREÉ ANAYA CABRERA, con carné 201211134,
intitulado APLICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZOSA, ARTÍCULO 201 TER DEL CÓDIGO PENAL,
A HECHOS COMETIDOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
GUATEMALTECO.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

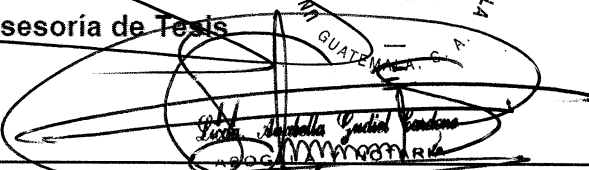
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


LIC ROBERTO FREDY ORELLANA MARTÍNEZ
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 17 / 2 / 2017. f)


Asesor(a)
(Firma y Sello)

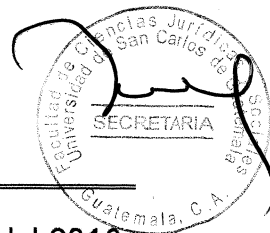
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



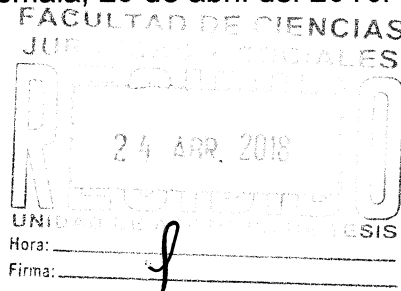


Licda, ANABELLA GUDIEL CARDONA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 5385



Guatemala, 20 de abril del 2018.

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable licenciado Orellana Martínez

En cumplimiento del nombramiento de fecha cuatro de noviembre del año dos mil dieciséis, emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a **ASESORAR**, el trabajo de tesis del bachiller **JOSÉ ANDREÉ ANAYA CABRERA**, intitulado **"APLICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZOSA, ARTÍCULO 201 TER DEL CÓDIGO PENAL, A HECHOS COMETIDOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO"**.

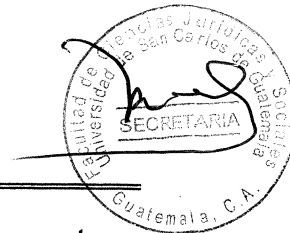
En atención a la providencia de esta unidad a su cargo y con base al Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, procedo a emitir mi opinión del trabajo encomendado:

- 1) Para el efecto me permito informar a usted lo siguiente: a) que el trabajo tesis que procedí a asesorar se encuentra elaborado conforme a la perspectiva doctrinaria adecuada y moderna de los textos legales relacionados con la disciplina penal; b) que el trabajo referido se encuentra contenido en cuatro capítulos comprendiendo en los mismos aspectos importantes del tema, de tal forma que el contenido científico y técnico de la tesis, trata sobre la importancia de entender e interpretar los elementos del tipo penal de desaparición forzada, para lograr una correcta aplicación del delito, especialmente cuando los hechos señalados como ilícitos ocurren antes de que entrara en vigencia dicho tipo penal.
- 2) Que realicé las recomendaciones del caso, así como las correcciones atinentes y necesarias, mismas que fueron observadas y cumplidas fehacientemente por el sustentante del presente trabajo.
- 3) Dentro de las correcciones realizadas hago constar que se modificó el título aprobado por la unidad de tesis, por: **"APLICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA, ARTÍCULO 201 TER DEL CÓDIGO PENAL, A HECHOS COMETIDOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO"**. Específicamente en la frase **FORZOSA**, sustituyéndose por **FORZADA**.

En mi opinión, la tesis, efectivamente cumple con los requisitos del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, y para el efecto hago constar que;



Licda, ANABELLA GUDIEL CARDONA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 5385



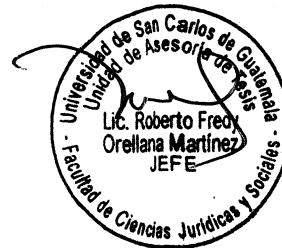
- a) Efectivamente en la presente tesis se llenan los requisitos solicitados en cuanto a contenido científico y técnico descrito en el numeral 1) del presente dictamen, mismo con el cual el sustentante contribuye enormemente, a determinar la interpretación y aplicabilidad del tipo penal de desaparición forzada, con la finalidad de que se garanticen todos los derechos y garantías que a Constitución Política de la República establece.
- b) En cuanto a la metodología utilizada en el desarrollo de la investigación se observó la aplicación científica del método jurídico, por medio del cual se analizó la legislación existente y el método inductivo que le permitió al investigador analizar las propiedades particulares y obtener el conocimiento total del tema;
- c) En lo concerniente a las técnicas de investigación documental, como fuente de obtención de información el autor utilizó documentos y libros jurídicos tanto nacionales como extranjeros siendo estos adecuados y modernos para el presente trabajo, además se auxilió de la revisión del derecho comparado para conocer los elementos que se toman en cuenta en el resto de países latinoamericanos.
- d) Para el efecto, la redacción utilizada reúne correctamente las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión de tal forma que sea comprensible al lector;
- e) El sustentante brinda un importante aporte jurídico, así como un enfoque doctrinario y legal. De lo expuesto deriva que es invaluable la contribución científica que el sustentante realiza en la tesis de mérito;
- f) La conclusion discursiva es atinente, oportuna, clara, sencilla y concreta referente al tema investigado con el fin de que sus propuestas sean tomadas en cuenta y
- g) Por último, la bibliografía utilizada es reciente, moderna, acorde y exacta para cada uno de los temas desarrollados en el contenido.

Por lo anteriormente manifestado y en cumplimiento a lo regulado en el Artículo 31 de la normativa para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, declarando bajo solemne juramento de ley, que no soy pariente ni por consanguinidad, ni afinidad del bachiller, ni dentro los grados de ley; por lo que procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al presente trabajo de tesis.

Atentamente,



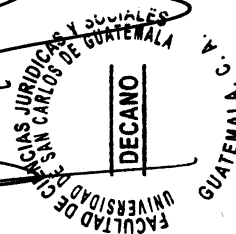
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 11 de septiembre de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSÉ ANDREÉ ANAYA CABRERA, titulado APLICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA, ARTÍCULO 201 TER DEL CÓDIGO PENAL, A HECHOS COMETIDOS ANTES DE SU ENTRADA EN VIGENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/cpchp.





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser el ente supremo de mi vida, el cual me ha dado todas las bendiciones; así como, los propósitos para ser una mejor persona.

A MI PADRE:

José Antonio Anaya Cardona, por todo el apoyo brindado para lograr esta meta, por su amor, comprensión, educación y valores inculcados, pero especialmente por ser mi ejemplo de vida a seguir.

A MI MADRE:

Sonia Leticia Cabrera López, quien sacrificó mucho de su vida para cuidarme, educarme, guiarme y hacer de mí un hombre de bien, pero lo más importante, por todo su amor demostrado, en cada día de mi vida.

A MIS HERMANOS:

Sonia y Kevin, quienes me han brindado su apoyo y amor incondicional en todo momento.

A MI HIJA:

Kathleen Samantha, por ser la inspiración de mi vida y darme las alegrías, sonrisas, besos y abrazos, que me dan la motivación, fuerza y felicidad para lograr cualquier cosa.



A:

Kony Calderón, por ser mi historia de amor, compañera de vida, mejor amiga, novia, confidente y quien me ha apoyado en toda decisión.

A:

Brian, Fredy, Gloria y Leonel, por los buenos momentos que hemos pasado; así como, por el apoyo brindado para culminar la meta que en común tenemos, la de ser abogados y notarios.

A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por darme la oportunidad de cumplir en esta casa de estudios uno de mis proyectos de vida.

A:

El pueblo de Guatemala, quien, a pesar de sus limitaciones, ha logrado con esfuerzo y sacrificio otorgarle una educación superior a un sector privilegiado de la población, con el ánimo de ver el desarrollo de un mejor país; dicho esfuerzo se verá reflejado dentro de poco.



PRESENTACIÓN

Guatemala a raíz de las desapariciones forzadas en la época del conflicto armado interno, se vio en la necesidad en 1996 de adicionar el tipo penal de desaparición forzada contemplado en el Artículo 201 Ter del Código Penal, Decreto 17-73. El Artículo en mención expresa la característica de ser un delito permanente y por lo tanto se ha interpretado que se puede dar la subsunción del mismo, a un acto concreto cometido antes de su regulación legal, lo que desde una perspectiva eminentemente jurídica podría contrariar el principio de legalidad inmerso en el derecho penal, constitucional y convenios internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

El estudio de la presente tesis pertenece a la rama del derecho penal, debido a que se analizará los principios, doctrinas y normas jurídicas referentes al delito de desaparición forzada; siendo el objeto de la presente investigación, establecer la aplicabilidad de dicho delito, a hechos cometidos antes su entrada en vigencia en el ordenamiento jurídico de Guatemala. Por lo que el fin primordial de esta investigación es lograr un aporte académico a estudiantes de derecho, abogados litigantes y administradores de justicia, estableciendo un criterio en base a fundamentos jurídicos y teóricos, respecto a la forma en que debe ser aplicado el tipo penal de desaparición forzada, cuando los hechos cometidos sucedieron fuera del ámbito temporal de validez de dicho tipo penal.



HIPÓTESIS

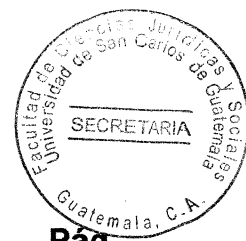
El delito de desaparición forzada no debe aplicarse a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, debido que el principio de legalidad protege a las personas, para no ser juzgadas por acciones que no estén previamente establecidas como delitos.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Por medio de la presente investigación se comprobó la hipótesis planteada, debido que, al analizar los elementos del delito de desaparición forzada, no existen argumentos jurídicos que tengan preminencia sobre los que regula el principio de legalidad; el cual protege desde toda concepción, el conocimiento previo que deben tener las personas sobre la regulación de una conducta ilícita.

ÍNDICE



Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Evolución de la desaparición forzada de personas	1
1.1 La desaparición forzada en Guatemala	2
1.2 La regulación legal del delito de desaparición forzada en Guatemala	5
1.3 Elementos del tipo penal	8
1.3.1 Bien jurídico tutelado.....	9
1.3.2 Sujeto activo.....	11
1.3.3 Sujeto pasivo.....	15
1.3.4 Conducta típica	16
1.4 Incorporación del tipo al ordenamiento jurídico guatemalteco	22
1.5 Base legal, constitucional, ordinaria y tratados internacionales	23

CAPÍTULO II

2. Principios doctrinarios del tipo de desaparición forzada	27
2.1 Desaparición forzada como delito permanente	31
2.1.1 Delito instantáneo.....	32

2.1.2 Delito continuado.....	32
2.1.3 Delito permanente	33
2.2 Principio de legalidad en el delito de desaparición forzada	38
2.2.1 El principio de legalidad en el ámbito internacional.....	43
2.2.2 Principio de irretroactividad	44
2.3 Desaparición forzada como delito de <i>lesa humanidad</i>	48

CAPÍTULO III

3. El delito de desaparición forzada en otros países.....	53
3.1 El delito de desaparición forzada en Chile	54
3.2 El delito de desaparición forzada en Perú.....	55
3.3 El delito de desaparición forzada en Argentina	56
3.4 Aplicación del tipo penal de desaparición forzada en Guatemala	57
3.4.1 Caso Cusanero Coj.....	57
3.4.2 Caso El Jute	59
3.4.3 Caso Blake vs Guatemala	61

CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico en la aplicación del tipo penal de desaparición forzada	65
4.1 Garantías constitucionales a respetar en un proceso penal por el delito de desaparición forzada.....	66



4.1.1 No hay pena sin ley.....	67
4.1.2 Juicio previo	69
4.1.3 Independencia e imparcialidad judicial.....	70
4.1.4 Derechos constitucionales en todo proceso penal	71
4.2 Derechos constitucionales violentados con la aplicación del tipo penal.....	72
4.3 Otros tipos penales que se pueden encuadrar en la acción cometida	72
4.4 Propuestas para la correcta aplicación del delito de desaparición forzada	76
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81



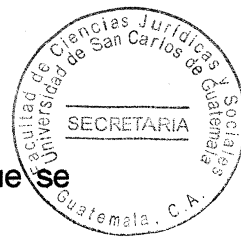
INTRODUCCIÓN

Luego del derrocamiento de Miguel Ydígoras Fuentes, en 1961, Guatemala sufrió una guerra irregular o conflicto armado interno por treinta y seis años, fomentada por factores internos, como gobiernos militares que velaban por intereses de la oligarquía y demás grupos de presión habidos en el poder; así como, la percepción de impunidad existente, ya que la violencia política pasó a ser institucionalizada y la anarquía fue tal que de los comandos de eliminación provenientes de la inteligencia miliar, surgieron escuadrones de la muerte de orientación derechista, que atacaron a sectores democráticos no vinculado a la subversión.

Por otra parte, la izquierda moderada; así como, hombres y mujeres de pensamiento libre iniciaron una movilización social en busca de un país desarrollado; política, económica, social y culturalmente, pero al no obtener respuesta del Estado, surgió una extrema izquierda que pretendió imponer el socialismo a través de la vía armada.

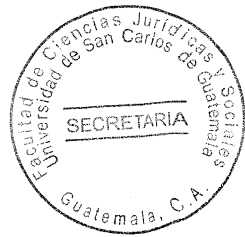
A raíz de esta problemática surgieron enfrentamientos entre los distintos grupos, provocando la realización de hechos ilícitos como secuestros, torturas y ataques sistemáticos a comunidades, a los que se le suman hechos de desapariciones forzadas, en donde miles de personas fueron desaparecidas sin tener ningún tipo de registro, información o paradero alguno de su ubicación.

Pero algo a tomar en cuenta es que, durante todo el conflicto armado interno, nunca estuvo tipificado como delito esta última acción; fue hasta después de la firma de los



acuerdos de paz y derivado de las presiones de la comunidad internacional, que se adicionó el tipo penal de desaparición forzada en el Código Penal guatemalteco, Decreto 17-73. Sin embargo, su interpretación en la aplicación a hechos cometidos antes de su entrada en vigencia, genera cierta incertidumbre jurídica, ya que podría contrariar el principio de legalidad inmerso en el derecho penal, constitucional y convenios internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, siendo este principio fundamental en la constitución de un Estado de derecho.

La presente tesis se compone de cuatro capítulos, en el capítulo I, se aborda lo relativo a la evolución del tipo penal y su regulación en el ordenamiento jurídico de Guatemala; en el capítulo II, se establecen los principios doctrinarios del tipo penal de desaparición forzada, así como, sus características de delito permanente y la retroactividad del mismo; dentro del capítulo III, se señala algunos países en cuanto a la forma que lo aplican y los casos que han surgido en Guatemala; finalmente en el capítulo IV, se realiza un análisis jurídico de las garantías constitucionales, los derechos fundamentales violentados al aplicar este delito, la relación con otros tipos penales y una propuesta para la correcta interpretación, de la desaparición forzada en el país.



CAPÍTULO I

1. Evolución de la desaparición forzada de personas

El primer antecedente de un hecho de desaparición forzada se tiene registrado en Alemania, esto luego de haber sido conocido por los Juicios de Núremberg, “El decreto denominado Noche y Niebla, de fecha siete de diciembre de 1941, en donde se disponía por parte de Adolfo Hitler, el secuestro y traslado secreto hacia Alemania de aproximadamente 7000 personas, pertenecientes a la resistencia de Francia, Bélgica, Holanda y Noruega; esta medida se dio con el objetivo de que en caso los opositores fueran enviados a juicio y condenados a muerte, no se convirtieran en mártires por sus connacionales, así mismo, se buscaba una intimidación en la población opositora al Tercer Reich alemán.” ¹

“El primer condenado por el delito de desaparición forzada fue el Mariscal de Campo Wilhelm Heitel.” ²

La Unión Soviética realizó durante la década de los treinta del Siglo XX, detenciones secretas a personas, para enviarlas a cárceles y campos de trabajo y/o rehabilitación, determinando que dichas prácticas se pueden establecer como el primer antecedente de desapariciones forzadas, sin embargo, estas nunca fueron juzgadas.

¹ Cornelius, Kai, **Vom spurlosen verschwindenlassen benachrichtigungspflicht bei festnahmen**, Pág. 401.

² Ibid.

“En la región latinoamericana las desapariciones forzadas se originaron en Guatemala durante 1962, adoptándose estas acciones al resto de países latinoamericanos que afrontaban conflictos armados internos.”³

1.1. La desaparición forzada en Guatemala

Si bien es cierto que en todo el conflicto armado interno guatemalteco, no existía tipificación legal del delito de desaparición forzada, se dieron hechos cometidos por el estado contrainsurgente, así como; por parte de la guerrilla, que sentaron las bases para crear la legislación de esta figura delictiva.

Entre las cuestiones fácticas, se pueden mencionar las ordenes, el apoyo y la aquiescencia que el militarismo, el golpismo y la subversión daban a individuos, para privar de su libertad a personas de pensamiento diferente o contrarios a los intereses subyacentes de estos grupos, no importando si había o no móvil político como plataforma. Durante esa época se cometieron hechos con abuso de fuerza o poder por ambas partes, con el objetivo de desaparecer personas, ocultando el paradero y destino de los seres humanos, sin importar su género o cualquier otra condición.

Elemento indispensable en el caso del Estado, era que los integrantes de los cuerpos de seguridad tanto civiles como militares, debían estar en el ejercicio de su cargo, pero la

³ Ambos, Kai. **El tipo penal de la desaparición forzada de personas, análisis comparativo internacional y propuesta legislativa.** Pág. 2.



situación se agravaba, en el caso de las bandas paramilitares o escuadrones de la muerte, que verdaderamente mediante el terrorismo, aterrorizó a toda la sociedad guatemalteca e impresionó al concierto de naciones.

“Grupos como la Mano Blanca, Ejército Secreto Anticomunista, Comando Activo Anticomunista, Los Centuriones y el temible Ojo por Ojo, fomentaron a gran escala la impunidad. Además, durante el mandato del General Lucas García, existían comandos extranjeros de eliminación y la insurgencia a través de las Fuerzas Armadas Rebeldes -FAR-, Ejército Guerrillero de los Pobres -EGP- y Partido Guatemalteco de Trabajo -PGT-, aportaron elementos que le dieron años más tarde, el perfil al delito de desaparición forzada.”⁴

Casos como el secuestro y asesinato de los empresarios y diplomáticos, “Jhon Gordon Mein”⁵ y “Karl Von Spreti,”⁶ embajadores de Estados Unidos de Norteamérica y periodistas como “Alvarado Contreras Vélez,”⁷ en donde se pretendió obtener fondos y canje por guerrilleros en poder del Estado, son ilustrativos de que las bandas y grupos de subversión, también privaron de su libertad con abuso de poder y arbitrariamente, a seres humanos. Los cuerpos de seguridad del Estado, utilizaron tácticas de desaparecer

⁴ Agencia de Inteligencia de Defensa. **Resumen de inteligencia militar**, vol. III.

⁵ Publicación de **Asociación para estudios diplomáticos y capacitación**, 2013. <https://adst.org/2013/08/the-assassination-of-ambassador-john-gordon-mein-guatemala>. (Consultado: 12 de febrero de 2018.)

⁶ Publicación de **Mapeo de la memoria**, 2012. <http://mapeo.memorialparalaconcordia.org/article.php?id>. (Consultado: 12 de febrero de 2018.)

⁷ Publicación de **Prensa Libre**, 1982. Guatemala. Pág. 2



personas, como elementos de tortura contra la familia del insurgente, ya que no había una tumba que visitar y los cuerpos del detenido no aparecían nunca.

“Guatemala, de los años 60 a los 80 fue el escenario de una guerra irregular, pero cuya máxima intensidad se vivió a raíz de la llegada al poder del general: Fernando Romeo Lucas García. Y decimos esto porque en 1978 cuando tomo posesión a 1980, las reglas de guerra estaban claras, por un lado una guerrilla apoyada por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas –URSS-, a través de Cuba y Nicaragua, y por la otra un poderoso Estado Policía, con un ejército altamente calificado en la lucha contrainsurgente y alienado como muchos de sus homólogos del continente, como puntal principal de la Doctrina de la Seguridad Nacional y su macabra hija la Guerra Sucia.”⁸

Esta doctrina, impulsada por Estados Unidos de América promovió la táctica y estrategia, de que los ejércitos de Latinoamérica tomaran el poder, convirtiéndose en organismos tecno burocráticos; sin embargo, cuando cayó la URSS esta doctrina dio lugar a la estabilidad nacional, promotora de la apertura a elecciones democráticas en Guatemala, Honduras, El Salvador, Perú, Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay quienes son claros referentes de esta situación.

Sobre la insurgencia se indica: “la guerrilla por su parte, siguiendo el ejemplo de Farabundo Martí salvadoreño y del Frente Sandinista nicaragüense, se aglutino con todos sus grupos hasta ese momento dispersos en la Unión Revolucionaria Nacional

⁸ Solís Oliva, J.C. **Artículo de opinión, Diario la Hora, 24 de junio 1999. Pág.3**

Guatemalteca –URNG-. Además, la guerrilla quiso pasar de la etapa de insurgencia a la beligerante, conformando a un ejército revolucionario: con su mando supremo, su estado mayor, su guerrilla, sus milicias, sus combatientes y sus militantes. Quiso pasar de la etapa foquista a la de generalización de la guerra, llegado a tener territorios libres, en altas zonas de Quiche.”⁹

Lo anterior provocó que el gobierno militar atacara no solo a la guerrilla rural, por medio de fuerzas de tarea, sino también a la urbana y posteriormente a toda la izquierda, incluso a la moderada, por conducto de secuestros, ametrallamientos, desapariciones y otros medios de tortura, como los interrogatorios que hacía el Estado Mayor General del Ejército de Guatemala, denominado G-2, la Agencia Central de Inteligencia –CIA- y excombatientes norteamericanos.

En esa época, el conflicto armado interno tomo grandes proporciones, en donde se produjeron hechos sangrientos como la quema de la Embajada de España y el ataque sistemático a ciertas comunidades, como una forma de infundir terror.

1.2 La regulación legal del delito de desaparición forzada en Guatemala

En 1962 inicia en Guatemala, un proceso de cognición y ejecución sobre lo que era la práctica de la desaparición forzada, ya en los años setentas y ochentas y principios de los noventas, este proceso se había extendió a los países latinos que tenían conflictos

⁹ *Ibíd.*



armados internos. En El Salvador, las fuerzas armadas, combatían al Frente Guerrillero de Farabundo Martí para la liberación nacional, en Honduras contra los Cinchoneros; en Nicaragua contra los Sandinistas; en Colombia contra el M-19 y el Ejército Popular; en Venezuela contra las Banderas Rojas; en Perú el Sendero Luminoso y Túpac Amaru; en Chile en contra del Movimiento Izquierdista Revolucionario; en Argentina contra los Montoneros y en Uruguay contra los Tupamaros, por citar las guerras irregulares más importantes que se dieron en América Latina.

En Guatemala el delito de desaparición forzada se encuentra regulado en el Artículo 201 Ter. del Código Penal, Decreto 17-73, cuerpo legal que entró en vigencia el 15 de septiembre de 1973.

Sin embargo, uno de los aspectos a tomar en cuenta es que al momento de entrar en vigencia nuestro Código Penal, no incluía el delito de desaparición forzada, sino fue hasta el 25 de junio de 1996, que se publicó en el Diario de Centro América el Decreto número 33-96 del Congreso de la República de Guatemala, en el que se reformó el Código Penal, Decreto 17-73.

A través del Artículo uno de dichas reformas, se estableció la adición del Artículo 201 Ter. desaparición forzada, adquiriendo plena vigencia ocho días después de su publicación de acuerdo al Artículo 39 de dicho Decreto, es decir, que en Guatemala existió la figura de desaparición forzada como delito legalmente preestablecido hasta el tres de julio de 1996.



Es importante mencionar que el nombre que se adoptó para esta conducta es el mismo que el adoptado por la comunidad internacional, desaparición forzada; sin embargo, en algunos códigos impresos de Guatemala, el Artículo 201 Ter, se identifica erróneamente como desaparición forzosa.

Si bien es cierto, que en la Constitución Política de la República de Guatemala y en otras leyes de carácter ordinario se establece que los epígrafes no tienen ningún valor interpretativo o alcance respecto de su contenido, para el derecho penal si es necesaria la correcta calificación jurídica de los hechos catalogados como delito, ya que de acuerdo a los principios establecidos por el sistema acusatorio, especialmente por el principio de legalidad, a una persona solo se le puede intimar un hecho que este expresamente calificado como delito o falta y en este caso el delito de desaparición forzosa no existe solo el de desaparición forzada.

Con este claro entorno jurídico, ya se puede transcribir el Artículo 201 ter, del Código Penal, Decreto 17-73, el cual norma lo siguiente:

“comete el delito de desaparición forzada quien, por orden con la autorización o apoyo de las autoridades del estado, privare de cualquier forma de 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 de la aquiescencia para tales acciones. Constituye delito de desaparición forzada, la privación de la libertad



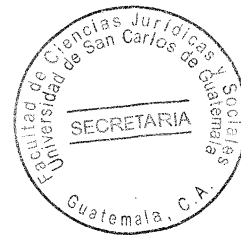
de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por elementos de los cuerpos de seguridad del estado, estando en ejercicio de su cargo, cuando actué arbitrariamente o con abuso de fuerza. Igualmente comete el delito de desaparición forzada, los miembros o integrantes de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o con cualquier otro fin delictivo, cuando cometa plagio o secuestro, participación como miembro o colaboradores de dichos grupos o bandas.

El delito se considera permanente mientras 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.”

1.3 Elementos del tipo penal

Para comprender la forma en que se desarrolla el tipo penal de desaparición forzada, es necesario el análisis estructural del mismo, entendiendo cual es el bien jurídico que protege, quienes pueden cometerlo y cuáles son las acciones, por las que se podría incurrir en la comisión de dicho delito.



1.3.1 Bien jurídico tutelado

El delito de desaparición forzada, se encuentra clasificado según la estructura del Código Penal en el Título IV, de los delitos contra la libertad y la seguridad de la personas; así mismo, se sub clasifica en el Capítulo I, de los delitos contra la libertad individual; por lo que se determina que el bien jurídico tutelado de conformidad a nuestro ordenamiento jurídico es la libertad individual de cada persona, garantizada en la Constitución Política de la República de Guatemala, en los principios axiológicos de su preámbulo, así como, en el Artículo primero, que establece la protección a la persona y Artículo segundo que desarrolla los deberes del Estado ante los habitantes de la República.

Sin embargo, existen diversas posturas en relación a cuáles son los derechos protegidos por este delito, según distintos autores se dividen en dos grupos:

Por una parte, se encuentran los autores, que establecen que en este tipo penal, “se protegen una multiplicidad de derechos esenciales, entre los que se pueden mencionar: la vida, la integridad física, la libertad, así como los derechos a no ser sometidos a tratos crueles o torturas. En ese sentido se destaca que el principal bien jurídico afectado es el de la libertad.”¹⁰

Por otra parte, se encuentra otro grupo de juristas que establecen que, “al cometerse una desaparición forzada se afectan varios bienes jurídicos, como la vida, integridad

¹⁰ López Díaz, Claudia. **Desaparición forzada, Colombia**. Pág. 70.



física, libertad; sin embargo estos no son plenamente protegidos por el tipo penal, analizando que la creación de un nuevo delito debe ir encaminada a regular y proteger un vacío legal y no aumentar o agravar una figura delictiva ya existente, haciendo énfasis en la relación de este tipo penal con el de secuestro, el cual protege la libertad individual.”¹¹

En ese sentido, la importancia de analizar cuáles son los bienes jurídicos tutelados que protege el tipo penal de desaparición forzada, ayudara a determinar si es procedente o no su aplicación.

De acuerdo a la primera postura se concluyó que la libertad individual es el bien jurídico tutelado, por lo que se entiende que el tipo penal solo podrá ser aplicado durante el ámbito temporal de validez del mismo, entendiéndose que el delito de desaparición forzada debe de estar vigente al momento de ejecutarse, ya que es cuando se le priva de su libertad a la persona, en caso contrario se estaría violentando el principio de legalidad, por carecer la acción con el elemento de antijuridicidad.

En relación a la segunda postura, los autores analizan que no puede proteger el bien jurídico de la vida, ya que el delito se puede consumir, aunque la víctima no muera y en su caso fallezca el desaparecido, el delito dejaría de ejecutarse y la acción que contempla la desaparición forzada cesaría, por lo que se concluye, que no se protege la vida. Así mismo, la integridad física y/o psíquica no se protege por este tipo penal, ya que éste

¹¹ Galain Palermo, Pablo. **Desaparición Forzada, Uruguay**. Pág. 133.



puede ejecutarse, sin necesidad de realizar algún tipo de lesiones a la persona desaparecida.

En cuanto si la desaparición forzada protege el bien jurídico de la libertad individual, se debe de acordar que legalmente en el ordenamiento jurídico penal guatemalteco, lo encuadra en la clasificación de los delitos en contra de la libertad individual; sin embargo, al realizar un análisis, se determina que no lo protege de forma general, ya que, la existencia de otros tipos penales como el secuestro, las detenciones ilegales y la trata de personas; produce que los elementos para que se adecue la desaparición forzosa sea mínima, así mismo, no basta con que se prive la libertad de una persona, para que se tipifique como desaparición forzada, es necesario que se desconozca la ubicación de la misma, entendiéndose que éste tipo penal protege más la personalidad jurídica de la persona, que a la persona misma.

1.3.2 Sujeto activo

La complejidad del delito de desaparición forzada, también se ve expresada al momento de establecer quien comete este tipo penal, por lo que primero se analizará de acuerdo al Código Penal, quienes son los autores de un delito. Dicho cuerpo legal establece en su Artículo 35, que son responsables penalmente del delito, los autores y los cómplices. Esto de acuerdo a la teoría final objetiva, que define “al autor como la persona que tiene el dominio del hecho.”¹²

¹² Bacigalupo, Enríquez. **Lineamientos de a teoría del delito**. Pág. 111.



“Sin embargo, cabe mencionar que el Código Penal tiene aportes del derecho español, los cuales ya estaban retrasados para la época en que fue promulgado el cuerpo legal, por lo que la incorporación de reformas a la parte especial, no siempre tendrán una estrecha armonía con la parte general, ocasionando una discrepancia entre las normas.”¹³

Para establecer quienes pueden ser autores del delito de desaparición forzada se debe de tener en cuenta que existen diversas formulaciones para el mismo tipo, por una parte, establece el Artículo 201 ter: “Comete el delito de desaparición forzada quien por orden, autorización o apoyo de las autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas...”

Desde esta perspectiva el delito se considera un crimen de Estado, aunque se trata que el autor directo, es un particular y no tenga un cargo público, le basta el permiso que la autoridad le otorgue.

Por lo que una condición *sine cuan non*, para la subsunción del tipo es la participación del mismo Estado en el permiso o ayuda que pueda brindar en su ejecución; permiso que se entiende manifestado a través de servidores públicos, siendo en esta etapa donde surge una gran interrogante, ¿qué clase de empleado o funcionario público puede dar una orden ilegal en representatividad del Estado?

¹³ Gálvez Barrios, Estuardo. **La participación en el delito**. Pág. 5.

Ya que, si basta que la persona tenga dentro de su cargo ciertas atribuciones públicas, en que momento el abuso de atribuciones pasa de ser una responsabilidad personal a una Estatal.

Por otra parte, el delito continúa desarrollándose de la siguiente manera: "...así como el funcionario o empleado público, pertenezca o no a los cuerpos de seguridad del Estado, que ordene, autorice, apoye o de la adquiescencia para tales acciones..."

Acá se replantea que los funcionarios son los que dan la orden o autorización; sin embargo, el mismo Artículo apertura nuevamente la brecha para determinar que funcionario público da esa autorización al mencionar "pertenezca o no a los cuerpos de seguridad", así mismo, se agrega una nueva conducta por parte del sujeto activo, al establecer que será cometido si se da la adquiescencia para tales acciones.

Al mencionar la palabra adquiescencia se entiende por el consentimiento o actitud de aceptar una cosa, más allá de si le dio o no el permiso para realizar la conducta, en ese sentido, nos da la pauta que la protección que da el tipo penal es vaga y contraria a la naturaleza del mismo, ya que si se realiza por parte de un particular la desaparición de otra persona, negando su paradero y evitando dar información alguna, pero sin tener esa adquiescencia, no sería posible cumplir con los elementos del tipo penal de desaparición forzada, provocando una incongruencia en la aplicación del tipo penal, ya que el bien jurídico tutelado ha sido violentado, de la misma forma que si existiera la aceptación o consentimiento de la autoridad; sin embargo, el mismo no puede ser protegido por no



cumplir con todos los elementos, teniendo que variar drásticamente su tipificación a otro delito, lo que nos pone a cuestionar si en verdad el delito de desaparición forzada protege el acto contrario a la ley o busca solo la culpabilidad de ciertos actores.

Para finalizar el Artículo 201 ter, menciona: "...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..."

La posibilidad de que no sea condicionada la realización del delito solo con actores de índole estatal, categoriza a los posibles autores a un plano más extensivo, dejando un campo muy amplio de quienes pueden ser autores de dicho delito.

Por otra parte, una de las complejidades que adiciona esta nueva formulación, va encaminada a que se divide en quien realiza la acción y que acción realiza, destruyendo elementos importantes de la conducta típica del delito de desaparición forzada, propiamente dicho.

Si lo que se busca es resguardar un bien jurídico tutelado por cada uno de los delitos del Código Penal, procurando que cada uno de estos proteja un bien jurídico distinto y no de forma repetitiva, cual es la finalidad de establecer que los autores organizados sean autores de la desaparición forzada, al realizar plagio o secuestro, provocando que se

llegue a pensar la innecesaridad de normar un delito que puede ser reemplazado por otro de similares características.

Al analizar esta parte del Artículo, pone en duda la razón de adicionar una nueva figura delictiva, al catálogo de conductas prohibitivas, si ya hay una preexistencia de un delito (plagio o secuestro) que lo abarca de igual forma.

1.3.3 Sujeto pasivo

En relación a la determinación de a qué persona es, a la que se le afecta el bien jurídico tutelado; debemos partir de la pauta de que en nuestra legislación, la mayoría de delitos contempla que el afectado puede ser cualquier persona o como bien algunos autores establecen, es un sujeto indeterminado. La verdadera dificultad en saber si se es víctima o no, del delito de desaparición forzada, radica en la compleja tarea de poder encuadrar la conducta a un sujeto activo, ya que es hasta en ese momento en el que se determina si una persona sufrió una desaparición forzada, secuestro, detención ilegal, entre otros.

Ahora bien, si se analiza detenidamente quien es sujeto pasivo, algunas definiciones indican que es el titular del bien jurídico tutelado o al que se le pone en peligro el mismo, en ese sentido, como se analizó en la parte en la que se desarrolló el bien jurídico tutelado, el delito de desaparición forzada protege varios derechos, y aunque en el ordenamiento jurídico, la desaparición forzada, este clasificada dentro de los que protege la libertad individual; tal y como se plasmó en su momento, este tipo penal protege más



la personalidad de la persona que la libertad del ser humano, por lo que se podría pensar que como sujeto pasivo encontramos a aquellas personas que pierden la compañía de un ser querido.

Sin embargo, la idea no puede ser posible, ya que cualquier persona podría alegar derechos subjetivos que no tiene legitimados, además, se antepondría los derechos de un tercero a los propios de la persona que sufre los vejámenes.

Lo que sí podría determinarse es que, “estas terceras personas que sufren la ausencia de un ser querido son sujetos perjudicados.”¹⁴

1.3.4 Conducta típica

La Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas, fue adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA), el nueve de junio de 1994, en base a la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En relación a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, se expone lo siguiente:

“Para que se configure desaparición forzada deben de revivirse los siguientes elementos:

¹⁴ Monroy Campos, Marina. **Análisis jurídico y doctrinario del delito de desaparición forzada de personas regulado en el Código Penal guatemalteco.** Pág. 85.



a. Privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere la forma de la privación.

b. Esta privación puede ser cometida por:

- Agentes del estado

- Personas o grupos que actúen con la autorización, el apoyo o la adquiescencia del Estado.

c. La privación de la libertad esta seguida de:

- La falta de información

- La negativa a reconocer dicha privación

- La negativa a informar sobre el paradero de la persona.”¹⁵

De las posiciones legales dominantes, se establecen: “la genérica, que puede ser la privación de libertad ya sea legal o ilegal; la negativa de no reconocer dicha privación y

¹⁵ Góngora Mera, M.E. **Conocer derechos humanos América Latina**. Artículo II de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.



la específica que adopto el Estatuto de Roma que son tres momentos: aprehensión, la detención y dejar fuera a la víctima de la protección de la ley.”¹⁶

Así mismo se señalan algunas características del tipo penal del delito de desaparición forzosa, contenidas en la Convención Interamericana Sobre Desapariciones Forzadas de Personas, siendo estas:

- a. Este delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Artículo III de la convención.
- b. Al ser continuado, la acción penal y la pena que se imponga judicialmente al responsable no están sujetas a prescripción. Artículo VII de la convención.
- c. No es un delito político por lo que es susceptible de extradición. Artículo V de la convención.
- d. No se admite como eximente de responsabilidad la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzosa, dado que toda persona que reciba tales ordenes tiene el derecho de no obedecerlas. Artículo VIII de la convención.
- e. Los presuntos responsables solo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de

¹⁶ Ibid.



derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos por el ejercicio de las funciones militares. No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la convención de Viena sobre relaciones diplomáticas. Artículo IX de la convención.

- f. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales, tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política internacional o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la desaparición forzada de personas. Artículo X de la convención.

El Artículo 201 Ter del Código Penal, regula dependiendo de quién sea el sujeto activo, varias acciones por las cuales se comete el delito de desaparición forzada:

“...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...”

“...la privación de libertad de una o más personas, aunque no medie móvil político, cuando se cometa por cuerpos de seguridad del Estado...”

“...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...”

En esta primera conducta nos establece que unos de los elementos principales es que debe de existir un móvil político, es decir que las causas que originaron la realización de la acción, derive de los intereses subyacentes del autor, caso contrario en la segunda conducta no es necesario un móvil político, pero es indispensable que actúen como autores, los elementos de los cuerpos de seguridad, así mismo, la otra conducta es la realizada por integrantes de organizaciones delictivas, cuando cometen plagio o secuestro.

Si bien es cierto que existen distintos escenarios para que se puedan encuadrar el delito de desaparición forzada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asentado jurisprudencia, conjeturando que hay dos fases de conductas típicas en el delito de desaparición forzada.

“La primer fase que se establece, es la privación de libertad, la cual tiende a darse cuando se detiene a una persona y se le restringe su derecho de libre locomoción; sin embargo, la doctrina considera que esta acción más que un acto constitutivo de desaparición



forzada, es una condición necesaria, ya que solamente la privación de la libertad es una conducta que pudiera encuadrar en otro tipo penal." ¹⁷

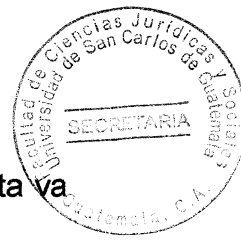
Algunos autores entienden esta fase como la acción preparatoria, aunque incorporada en el delito.

La segunda fase de este tipo, consiste en la no información sobre la privación de la libertad, que radica en la negativa del autor, para dar información en relación al paradero de una persona que ha sido privada de su libertad.

Por lo tanto, al analizar esta fase se establece que la omisión es un elemento importante para cumplir con la conducta descrita, pero la manera de determinar si se está omitiendo o no la información es el problema, ya que la ley no establece un plazo, ni un momento a partir de cuándo el autor omite dar información e incurra en el tipo penal de desaparición forzada; lo cual nos hace pensar que inmediatamente de la privación de libertad se da la abstención de información; sin embargo, acá ocurre otra discrepancia, ya que existen casos de secuestro en las que se priva de la libertad a una persona y el o los autores de dicho ilícito se comunican a los días o semanas para solicitar un rescate, lo cual podría encuadrar más en el delito de desaparición forzada que en el de secuestro.

Por otra parte, la omisión de información por parte de funcionarios públicos, que no fueron autores, pero tenían conocimiento del hecho o su cargo los constituía como

¹⁷ Ambos. **Op. Cit.** Pág. 378.



garantes, no pueden ser sancionados como autores del crimen, ya que su conducta va encaminada a una omisión de denuncia o en su caso un encubrimiento.

En ese sentido, cuando los autores del hecho son particulares, estos no tendrían obligación de manifestar información alguna; si bien es cierto, la conducta realizada viola el bien jurídico de otra persona, "el victimario no puede ser obligado a autoincrementarse." ¹⁸

1.4 Incorporación del tipo al ordenamiento jurídico guatemalteco

A nivel interno y nacional, se incorporó el tipo penal a través de decretar y adicionar el Artículo 201 ter, al Código Penal, a través de la reforma de fecha 25 de junio de 1996, que se publicó en el Diario de Centro América, por medio del Decreto 33-96 del Congreso de la República de Guatemala.

Así mismo, el otro procedimiento es la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a través de los Artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Estos instrumentos internacionales prevalecen sobre el derecho interno, excepto la Constitución Política de la República de Guatemala.

¹⁸ Gailan. **Op.Cit.** Pág. 161.



1.5 Base legal, constitucional, ordinaria y tratados internacionales

La Constitución Política de la República de Guatemala vigente parcialmente desde 1985 y totalmente el 14 de enero de 1986, es garantista, es decir defiende los derechos inherentes a la persona humana, por lo tanto estableció dentro de su cuerpo legal un principio fundamental, denominado como: principio de legalidad, el cual da la protección a todos los habitantes de Guatemala, de garantizar su derecho de acción ante el poder coercitivo del Estado.

Dicho principio se encuentra plasmado en el Artículo 17, estableciendo: “No hay delito ni pena sin ley anterior. No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.”

En ese sentido, el delito de desaparición forzada dentro de las normas ordinarias guatemaltecas, se encuentra regulado y relacionado con los Artículos: uno y 201 ter, del Código Penal, Decreto 17-73; así como, con los Artículos uno, dos y 16 del Código Procesal Penal.

El Artículo 201 ter, es el que le da vida a la conducta prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, y el cual regula: “Comete el delito de desaparición forzada quien, por orden, con la 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 de 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.”

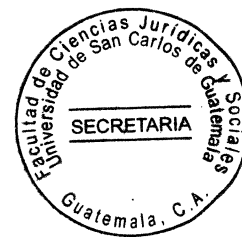
A nivel de tratados internacionales, inspirados en el derecho constitucional comparado, y el derecho internacional de los derechos humanos, se pueden mencionar en relación a la desaparición forzada; los siguientes artículos:

a. Uno al 10 de la Carta de Virginia.



- b. Uno al 20 de la Declaración Universal de los derechos del hombre.
- c. Uno al 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- d. Ocho, nueve y 10 de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.
- e. Uno, dos, tres, cinco, seis, siete y ocho del Convenio de Roma, que regula la Corte Penal Internacional.





CAPÍTULO II

2. Principios doctrinarios del tipo de desaparición forzada

La justicia es un valor, al que modernamente se le considera un servicio público esencial:

“El problema de la justicia está íntimamente relacionado con el de igualdad en la vida social humana, justicia quiere decir tratamiento igual para los iguales, la realización de la justicia exige que dos situaciones en la cuales las circunstancias relevantes son las mismas, sean tratadas en forma idéntica”.¹⁹

La justicia debe de provenir de la ley más importante, como lo es la Constitución Política de la República de Guatemala, principalmente cuando es humanista como la que actualmente está vigente en Guatemala.

La Constitución al ser un instrumento de gobierno y fuente fundamental del ordenamiento jurídico, hace uso del *ius Puniendi* en lo referente a materia penal, es así, que ese derecho de castigar le faculta a crear figuras delictivas, las que cada cierto tiempo seden espacio al surgimiento de otras debido a la dinámica social, que cada día es más rápida esa evolución, corriendo el riesgo de que si no se van creando nuevas tipologías, el Código Penal y leyes afines queden totalmente desfasados.

Ahora bien, para analizar los principios doctrinarios del tipo, hay que trabajar dos ejes de

¹⁹ Bodenheimer, Edgar. **Teoría del derecho**. Pág. 54.

referencia, el primero que es el tipo genéricamente considerado, y el segundo, la tipicidad abordada específicamente.

Algunos autores abordan la terminología de la tipicidad, de acuerdo al siguiente criterio:

“La tipicidad como elemento positivo característico del delito, y el tipo como especie de infracción penal, son la versión española más generalizada de los términos alemanes *Talbestand* y *Deliktypos* que los autores italianos han denominado *Fattispecie* o simplemente *fatto* y que los tratadistas hispanos y sudamericanos, argentinos y chilenos especialmente conocen como “encuadrabilidad” o “delito tipo”; en nuestro país generalmente hablamos de tipicidad, cuando nos referimos al elemento del delito y tipificar cuando se trata de adecuar conducta humana a la norma legal.” ²⁰ (sic)

La tipicidad es una creación abstracta del legislador y allí se subsume la conducta de la persona, en ese sentido: “El tipo no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente en la ley por sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal, citando a Jiménez de Asúa, recalca que el tipo legal es la abstracción concreta que se ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la realización del hecho que cataloga en la ley como delito y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.” ²¹

²⁰ De León Velasco, H.A y De Mata Vela, J.F. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** Pág. 158.

²¹ **Ibid.** Pág. 160.



La doctrina dominante, considera de suma importancia el desglose que hace sobre tipo y tipicidad al señalar que: “El tipo es un concepto, describe una conducta prohibida que lleva a la imposición de una pena, tipicidad es cualidad, es atribuir a un comportamiento determinado tipo; subsumirlo en el supuesto de la norma penal”.²²

Entre los principios doctrinarios del tipo de desaparición forzada se pueden señalar:

- a. Es consecuencia del principio de legalidad, no hay crimen ni pena sino está regulado previamente en sus leyes penales.
- b. El tipo debe ser claro, en indicar la conducta que se prohíbe.
- c. Debe de tener cierto comportamiento una relación causal o final, un resultado.
- d. Así también debe de estar impregnado de hechos penales relevantes.
- e. Se esperará siempre del Estado, a que no se cometan conductas prohibitivas,
- f. En la desaparición forzada, la función fundamental de ilegalidad, parte de una orden, con una autorización o apoyo de autoridad estatal. La función sistemática que es esa conexión que se da entre la parte general y parte especial de la ley

²² González Cauhapé, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco**. Pág. 41



penal, al privarse de su libertad a una o más personas y llegar a conocimiento de la justicia, esta instruye el respectivo proceso penal.

- g. La función garantizadora, deviene del principio de legalidad, ya que no hay ilícito ni pena si no hay una ley penal anterior que reguló el delito de desaparición forzada.
- h. La temporalidad de este delito es permanente y no culmina hasta que la víctima o víctimas aparezcan.

La tipicidad y el tipo están estructurados, dentro de una esfera importantísima, dentro de la teoría general del delito, y por ello se compone de los principios anteriormente mencionados. En consecuencia, la tipicidad es un elemento positivo que caracteriza al delito, y el tipo es la especie de una infracción penal.

Así pues, tipicidad es un elemento y el tipo es una adecuación, que una vez amalgamados, se da un proceso de subsunción, en donde determinada conducta humana, se adecua a la norma legal.

La tipicidad es un elemento fundante del hecho delictivo, que obliga al diputado o legislador ordinario, en la vida real, a realizar una ley. En cuanto al tipo, en principio se componía únicamente de aspectos objetivos en su estructura, se excluían los elementos subjetivos, era solo descriptivo de la conducta humana, al evolucionar la doctrina, se

presenta la tipicidad con unos novedosos principios que perfilan a esta, como la razón del conocimiento de la antijuridicidad.

Hablar de la estructura de la tipicidad es partir de su definición, continuar con su naturaleza y función, deslindar que es la tipicidad y que es el tipo.

“El tipo es un concepto, describe una conducta prohibida que lleva a la imposición de una pena; tipicidad es cualidad, es atribuir a un comportamiento determinado tipo; subsumirlo en el supuesto de la norma penal.” ²³

En cuanto a las clases de tipos, todos tienen aspectos objetivos y subjetivos, cuando se da una descripción o análisis de una conducta no pueden pasarse por alto los aspectos psíquicos.

Como resultado de todo este análisis, la Desaparición Forzada en una acción típicamente antijurídica y culpable, a la que está señalada una pena, mediante la adecuación o subsunción a la respectiva figura penal.

2.1. Desaparición forzada como delito permanente

El Artículo 201 Ter, del Código Penal Guatemalteco, establece expresamente: “...El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima...” por lo anterior es

²³ *Ibíd.*



necesario determinar de acuerdo a la teoría, que es un delito permanente y diferenciar plenamente los conceptos de delito instantáneo, continuado, continuo o permanente.

2.1.1 Delito instantáneo

“Es el que se consuma en un momento, el que no puede prolongarse en el tiempo. Para determinar ese carácter, es preciso atenerse al verbo, con el que la figura respectiva define la conducta o el resultado típico. La forma o el modo de ejecución del delito tiene poco significado para esta distinción, ya que la prolongación en el tiempo del proceso ejecutivo no es lo que importa, sino el tiempo de la consumación.”²⁴

2.1.2 Delito continuado

“El delito continuado es el resultado de una respuesta jurisprudencial, doctrinaria y finalmente legal, frente a casos en que una pluralidad de acciones u omisiones resultan mejor aprehendidos penalmente desde una perspectiva unitaria, que se debe distinguir de otras figuras similares, como los delitos complejos, en que el tipo exige la ejecución de dos o más acciones diferentes y que incluso pueden afectar bienes jurídicos diversos.”²⁵

²⁴ Unión Postal Universal. **Enciclopedia jurídica**. Pág. 48.

²⁵ Freire Gavilán, Pablo. **El delito continuado**. Pág. 4.

Una consolidada doctrina jurisprudencial, establece como requisitos del delito continuado los siguientes:

- a. "Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se persiguen y sancionan en un mismo proceso.
- b. Un único dolo que implica una única intención y por tanto unidad de consumación.
- c. Unidad de precepto penal violando, o al menos que sean preceptos semejantes, lo que exterioriza una unidad o semejanza del bien jurídico atacado.
- d. Homogeneidad en el "*modus operandi*".
- e. Identidad en el sujeto infractor." ²⁶

Entendiéndose finalmente que el delito continuado es aquella pluralidad de acciones que configuran todas a un solo delito.

2.1.3 Delito permanente

La doctrina es categórica al decir que este delito, es permanente o continuo, mientras no aparezca la víctima, hay permanencia en la conculcación de los derechos humanos del

²⁶ Luzón Cánovas, María. **Delito continuado**. Pág. 4.



sujeto pasivo y de sus familiares que no saben nada del paradero, la víctima además está bajo el dominio de quienes la retienen.

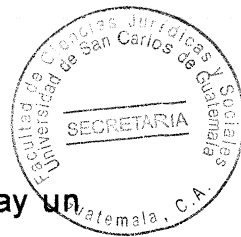
La desaparición forzada es un delito que continúa cometiéndose mientras no aparezca la víctima, viva o muerta dado que:

- a. La privación de sus derechos fundamentales se mantiene.
- b. Permanece bajo la responsabilidad de quienes la han retenido.
- c. Sus familiares siguen a la espera de información sobre su paradero.

“El delito permanente, no ha de confundirse con el delito continuado, ya que en este, el autor de una conducta produce una sola acción y una sola consumación o resultado, pero su consumación no concluye en el preciso momento, sino que esta se prolonga a través del tiempo.”²⁷

La existencia de los delitos instantáneos y permanentes o continuos, se puede explicar de la siguiente forma: “En los instantáneos hay un momento consumativo y nada más, ejemplificando con el caso de que en un robo sería el apoderamiento y en un homicidio la acción de matar.

²⁷ Unión Postal Universal. **Op. Cit.** Pág. 49.



Además, continúa manifestando que en los delitos continuos o permanentes hay un estado consumativo que se prolonga en el tiempo, como en el secuestro o la desaparición forzada, el delito se sigue cometiendo mientras dura la privación de libertad. Durante ese tiempo en que continúa cometiéndose el delito se pueden suceder leyes penales diferentes, más benignas o más gravosas y, en verdad, el delito se sigue cometiendo en vigencia de todas esas leyes.”²⁸

La jurisprudencia y la opinión mayoritaria sostienen que la ejecución del delito, “es permanente en tanto el destino de las personas desaparecidas no haya sido esclarecida, independientemente de si el autor continúa o no en dominio voluntario del hecho.”²⁹

Sin embargo, una de las dificultades que se plantea en la actualidad es la aplicación del tipo penal a un caso concreto, específicamente cuando la ejecución inicial del mismo se realizó antes de que existiera la conducta prohibida, algunos autores han concluido que si la conducta criminal perdura al momento en que entró en vigencia el tipo penal, se debe aplicar y sancionar al infractor, aun cuando este tenía un desconocimiento de la conducta prohibida, justificando su postura, que si bien el delito no había sido legislado, el tipo penal contiene caracteres de permanencia y el injusto de privar de libertad a una persona y de negar la información, continua y permanece a través del tiempo, aun luego de la entrada en vigencia del tipo penal.

²⁸ Zaffaroni, Raúl. **Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Pág. 2.

²⁹ Ambos. **Op. Cit.** Pág. 17.



Pero este análisis crea aún más interrogantes, entre las cuales podrían presentarse:

¿Si el autor de la conducta de la desaparición forzada pierde el dominio del hecho, antes de que acción prohibida esté regulada, sería responsable de la acción?

¿Existiría responsabilidad penal por desaparición forzada, si la persona que sufre la desaparición fallece antes de que entre en vigor la conducta prohibitiva?

¿La permanencia castiga la acción a partir del momento en que esta característica, entra en vigencia o abarca los momentos de privación y negación de información anteriores a su vigencia?

Para dar respuesta a estas interrogantes, se abordará lo analizado por otros autores en relación a este tema, en la primera de las interrogantes, debe determinarse el momento en que se pierde el dominio del hecho, siendo esto un elemento fundamental para establecer la autoría del delito y la responsabilidad del autor.

Como ya se expresó con anterioridad, se admite que “mientras exista una conducta criminal en tanto perdure el estado antijurídico, el tipo penal de la desaparición forzada puede ser imputado, aun cuando al momento de la privación de la libertad tal tipo penal aún no había sido sancionado, dado que precisamente el injusto continúa y permanece aún luego de la entrada en vigencia del tipo penal específico.”³⁰ Pero en este caso, no

³⁰ Ambos. **Op. Cit.** Pág. 126.



debiera de aplicarse, existiendo una ausencia total de vigencia de la norma a la conducta realizada por el autor de la desaparición, en ese sentido, si se aplica y encuadra el tipo penal, se le estaría violando principios constitucionales y penales, como el de legalidad. Por otra parte, se indica que, “la ejecución permanente contemplada en el delito de desaparición forzada, depende de que el autor continúe en el dominio del hecho de la desaparición.”³¹

Respecto a la segunda pregunta, tal y como se estableció en el apartado del bien jurídico tutelado, al fallecer la víctima de desaparición forzada, no se debe de imputar el tipo penal de desaparición forzada, es más, si toda la ejecución del acto se realiza fuera de la vigencia de la ley, esta no tiene ningún ámbito de validez, para abarcar y sancionar una conducta fuera de su campo de aplicación.

Sin embargo, se ha establecido que, en las primeras resoluciones de la CIDH, esta mantuvo una protección para la persona desaparecida y en dichas resoluciones cesó la ejecución del delito de desaparición forzada, al presumir la muerte del desaparecido. Pero a partir del Caso Blake, el cual se ampliará más adelante, extendió la protección del tipo penal a todos aquellos parientes cercanos a la víctima, que fueron afectados por la desaparición de su pariente.

En base a lo anterior, “la ampliación de protección del tipo penal, tiene como consecuencia la extensión de la permanencia de la ejecución del delito, de modo que la

³¹ Galain. **Op. Cit.** Pág. 162.

muerte ya no cesa la consumación del delito, sino es el esclarecimiento de la situación de la persona desaparecida.”³²

Por último, no ha de confundirse los efectos de un delito permanente, con los de la retroactividad de la ley penal, ya que ambas son dos figuras penales totalmente distintas, por lo que el delito es permanente desde el momento de su vigencia y no anterior a ella.

2.2 Principio de legalidad en el delito de desaparición forzada

El principio de legalidad, es el principal eje de todo ordenamiento jurídico, en un sistema democrático, republicano y representativo. El principio tiene en Guatemala, regulación específica en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como, en la ley ordinaria penal, tanto material o sustantiva, Código Penal, como en la procesal o adjetiva, Código Procesal Penal.

En la aplicación del delito de desaparición forzada, ha existido una complejidad jurídica en determinar si el mismo puede ser encuadrado a una conducta anterior a su regulación legal, por lo cual es necesario analizar dos figuras penales en relación a este tema, por una parte, el principio de legalidad penal y su adaptación al derecho internacional, y por la otra el principio de irretroactividad.

³² Ambos. **Op. Cit.** Pág. 40.



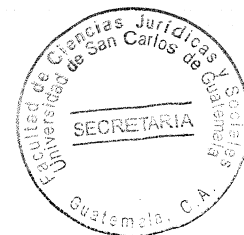
Antes de analizar plenamente la figura penal de retroactividad, se iniciará con una contextualización sobre el principio de legalidad penal, el cual es base para entender el ámbito de validez de una norma jurídica.

En este sentido, es relevante mencionar que el principio de legalidad se origina como una idea, para establecer los lineamientos básicos de poder, de un Estado de Derecho. El término se le atribuye a Feuerbach, a mediados del Siglo XIX, formulado por el axioma latino "*nullum crimen, poena sine lege*." ³³

"El principio de legalidad penal este contenido por sub principios, entre los cuales menciona:

- a. La reserva absoluta de la ley, para la definición de conductas prohibidas y sanciones.
- b. La prescripción.
- c. La prohibición a la analogía y la interpretación extensiva.
- d. Irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo.
- e. Taxatividad de las normas penales.
- f. Prohibición de la *bis in idem*.

³³ Arroyo Zapatero, Luis. **Principio de legalidad y reserva de la ley penal**. Pág. 10.



g. Garantía judicial.

h. Garantía de ejecución de la pena.

En Guatemala el principio de legalidad, se encuentra regulado en el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el cual establece: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración.” Sin embargo, al analizar comparativamente dicho artículo, con lo establecido en la doctrina, se evidencia el mal desarrollo de los sub principios plasmados en el principio de legalidad, ya que el Artículo 17 constitucional, se enfoca solamente en exponer lo relativo a la irretroactividad.

El tribunal constitucional guatemalteco, ha establecido en jurisprudencia: “...el Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala expresa que no son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Este principio que a su vez constituye una garantía para un juzgamiento conforme al principio jurídico del debido proceso, constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática e impone la obligación al legislador ordinario de definir en la forma más clara y precisa posible (*Lex certa*) cuáles son esas acciones u omisiones que son consideradas punibles mediante la determinación de tipos penales, que contemplen una clara definición de la conducta incriminada, concretizar sus elementos y permitir así deslindar conductas punibles de aquellas que no lo son.

Esto cobra una mayor relevancia en regímenes democráticos en los que tanto el legislador como el juzgador deben, en extremo, ser prudentes, para que en el establecimiento e imposición de sanciones penales, no menoscaban derechos fundamentales de las personas, por sancionar la realización de conductas que de acuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico constitucional no podrían ser punibles”

La Corte concluye esta idea exponiendo: “En el orden penal este principio tiene una trayectoria histórica que condujo a la proclamación de la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, como una lucha por el derecho, opera como opuesto al *luris incertum*, por lo que, además de su significación en el ordenamiento jurídico penal la máxima alcanzó jerarquía constitucional”

Al tener jerarquía constitucional, no puede ser tergiversado, disminuido, restringido o violado, este principio por cualquier tratado, ley del derecho interno y disposiciones gubernativas o de cualquier otro fuero u orden.

Cabe destacar que la Constitución Política de la República de Guatemala actualmente vigente, contiene en los Artículos 44, 175 y 204 la estructura de protección, del principio de legalidad, resguardado en el Artículo 17.

La Constitución vigente en la República de Guatemala, tiende a una protección integral de la persona humana, por lo que no puede obviarse el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, tal y como se establece en su Artículo 44, en donde se

regula que a pesar de que existe todo un catálogo de derechos, esta no está exenta de incorporar, tutelar y resguardar nuevos derechos; sin embargo, estas incorporaciones no podrán contrariar, violar o tergiversar las disposiciones de la Constitución, ya que si se da en ese sentido, las nuevas disposiciones actuarían arbitrariamente e ilegalmente el ordenamiento jurídico vigente.

En cuanto al Artículo 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, ordena a los tribunales de justicia, que en toda resolución o sentencia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución de Guatemala prevalece sobre cualquier ley o tratado. La gaceta 59 de expediente 1200-00, sentencia 29 de marzo 2001, contiene la nota jurisprudencial que afirma que la jerarquía constitucional y su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico tiene una de sus manifestaciones en la prohibición de que las normas de jerarquía inferior, pueden contradecir a las de jerarquía superior, garantizado el principio de supremacía legal de la Constitución.

El deber de observar el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley, se deriva de la jerarquía normativa que impone la coherencia de ordenamiento jurídico de manera que la norma superior determina la validez de la inferior. En ese sentido los Artículos constitucionales 44, 175 y 204, son claros referentes de cómo funciona la protección jurídica reforzada, en donde la parte orgánica hace que la dogmática funcione.

En esa línea de ideas, "el principio de legalidad penal, tiene una doble fundamentación, por una parte, de carácter político, expresión de la idea de libertad y del Estado de

Derecho, de la que deriva la exigencia de ley formal y la de seguridad jurídica y, por otra, una fundamentación específicamente penal, expresión de la esencia o función social de la norma y la sanción penal, ambos fundamentos han de considerarse conjuntamente.”³⁴

2.2.1 El principio de legalidad en el ámbito internacional

El principio de legalidad es un principio elemental de la justicia penal, el cual se ha categorizado como un derecho humano siendo adoptado por convenciones internacionales, entre las cuales se pueden mencionar:

- a. Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948, Artículo 11.2.
- b. Convenio Europeo de Derechos Humanos 1950, Artículo siete.
- c. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, Artículo 15.
- d. Convención de Derechos Humanos 1969, Artículo nueve.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 11 numeral segundo, regula: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá

³⁴ *Ibíd.* Pág. 12.



pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

El Artículo nueve de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regula el principio de legalidad y retroactividad, estableciendo: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

Por lo que se evidencia que es un derecho humano la protección que se le da a la persona por medio del principio de legalidad, para que no sea juzgada ante hechos que en su momento no tenía conocimiento que fueran conductas ilícitas.

Hay que tener en cuenta que no se defiende los efectos o resultados de la conducta que en su momento se tipificó como desaparición forzada, simplemente se defiende que no se le puede exigir a una persona, determinada conducta, si la ley no prohíbe expresamente la acción ilícita.

2.2.2 Principio de irretroactividad

La retroactividad consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, a pesar de que se haya cometido el hecho bajo el imperio de una ley distinta y ya se haya dictado sentencia.

Cuando la ley posterior al hecho se vuelve hacia atrás, para juzgar dicho hecho nacido con anterioridad a su vigencia, estamos en el caso de retroactividad.

Cuando se suscitaron los acontecimientos del conflicto armado interno, no existía una norma internacional ratificada y aceptada por el Estado de Guatemala que protegiera la desaparición forzada, fue hasta la incorporación del Artículo 201 ter, del Código Penal Guatemalteco, que se tuvo pleno conocimiento de dicha conducta, en el ordenamiento jurídico de Guatemala.

En ese sentido atendiendo a la posible aplicabilidad del delito a hechos cometidos antes de su regulación legal, el Artículo uno del Código Penal, Decreto 17-73, establece: “nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por una ley anterior a su perpetración; ni se impondrá otras penas que no sean las previamente establecidas en la ley.”

Así mismo, el Artículo dos del Código Penal establece: “Si la ley vigente al tiempo en que fue cometido el delito fuere distinta de cualquier ley posterior, se aplicara aquella cuyas disposiciones sean favorables al reo, aun cuando haya recaído sentencia firme y aquel se halle cumpliendo su condena.”

En una publicación, que contiene una resolución del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, sobre el tema se concluyó que: “A criterio del Ministerio Público, si una ley entra en vigencia mientras perdura el delito permanente, se debe de aplicar esta nueva



ley, sea o no más favorable al sujeto activo, entendiéndose como una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal en los casos de delitos permanentes.”

Más adelante el texto que contiene la sentencia, dictaminó: “El tribunal concluyó de que se trata de un delito permanente, además estableció que es un delito pluriofensivo, por cuanto atenta contra varios bienes jurídicos fundamentales”. El Tribunal también adujo, que por su carácter permanente, la víctima aún no había aparecido, no podía alegarse retroactividad, y los autores podían ser juzgados. En este caso, se evidencia que la permanencia del delito no le da la facultad de retrotraerse a hechos hacia el pasado.

Por lo que solo podrán ser perseguidos aquellos hechos, que se comentan o se mantengan durante el tiempo, con todos los elementos objetivos de su tipificación, cuando este en vigencia la norma prohibida.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, sobre la irretroactividad de ley, ha sentado la jurisprudencia siguiente: “En cuanto a la retroactividad acusada por el interponerte, debe de tomarse en cuenta que la ley rige los efectos posteriores a su vigencia, aunque deriven de derechos anteriores a ella. Son leyes retroactivas aquellas que vuelven sobre efectos ya consumados bajo el imperio de una ley anterior, y el solo hecho de hacer referencia al pasado no es suficiente para calificarles como tales, porque son las consecuencias las que se rigen por la ley nueva”.

Así mismo, el tribunal constitucional, ha sostenido: “El principio de irretroactividad, indica que la ley se aplicara, únicamente a los hechos ocurridos bajo su vigencia, es decir bajo su eficacia temporal de validez; sin embargo, el principio de extractividad de la ley penal, constituye una excepción al anterior y está conformado por la retroactividad y ultra actividad de la ley penal. En cuanto a la retroactividad de la ley penal, consiste en aplicar una ley vigente con efecto hacia el pasado, siempre que favorezca al reo, no obstante que el hecho se haya cometido bajo el imperio de una ley distinta ya derogada y se haya dictado sentencia”.

También la corte sostiene: “La regla general es que la ley es de aplicación inmediata y que rige para el futuro a partir de su promulgación”.

A si pues la retroactividad de la ley penal, debe de entenderse: “como la aplicación de una norma jurídica que fue creada en un determinado momento, a una anterior al de su creación; es volver sobre efectos ya consumados bajo el imperio de una ley anterior”.

En tal sentido, la figura de retroactividad, es una herramienta importante para el Derecho Penal, siendo esto a su vez un derecho humano para que se respete la inocencia de las personas ante el poder punitivo del Estado, ya que no sería posible imponer un castigo a alguien, que no tenía conocimiento pleno que la conducta realizada seria posteriormente calificada como delito, inclusive si su actuar afectare los derechos de otra persona, estos deberían de haber sido sancionados por la ley vigente en el momento de su comisión y no por una posterior.

Por tal sentido, no debe de confundirse la retroactividad como una herramienta de los agraviados o entes acusadores, para perseguir y castigar aquellos hechos y conductas del pasado.

Por lo que se establece que la desaparición forzada de personas, no es un delito instantáneo, todo lo contrario, es permanente, pero esa misma característica no da la posibilidad de retrotraer aquellos hechos cometidos, antes que se promulgara el tipo penal, ya que su permanencia inicia desde la vigencia de la ley que lo regula.

2.3 Desaparición forzada como delito de lesa humanidad

Después de la Segunda Guerra Mundial, 1939-1945, surge la Organización de Naciones Unidas –ONU–, en sustitución a la inoperante Liga de las Naciones, que se creó después de la Primera Guerra Mundial, 1914-1918; preocupada por los resultados que se proyectaban por los millones de personas que perdieron su vida, su libertad, entre otros derechos humanos. La Organización de Naciones Unidas, se preocupó por determinados delitos como el genocidio; el tráfico de armas y personas, torturas, tratos denigrantes y las desapariciones forzadas de personas, los cuales fueron señalados entre otros, como delitos de lesa humanidad.

A través del tiempo la Organización de Naciones Unidas ha luchado mediante declaraciones, relatos, resoluciones, así como, por la promoción de tratados y convenciones, la regulación y consciencia de aquellos actos que atenten en contra de la

humanidad, siendo uno de los últimos instrumentos el Tratado de Roma, que contienen a la Corte Penal Internacional.

El Artículo siete del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su numeral primero, regula la desaparición forzada de personas como un crimen de lesa humanidad, entendiéndose que se da en cualquiera de los actos siguientes:

Cuando se comete como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Lo anterior tal y como se manifiesta por algunos autores, puede denominarse elementos generales o de contexto, estableciendo que los ataques sistemáticos se realizan en concordancia con el poder público, por lo que se concluye que, los elementos para que el delito de desaparición forzada pueda catalogarse como de *lesa humanidad* son:

- a. Sistemática o generalidad del ataque.
- b. Participación del poder público.
- c. Comisión de los hechos en agravio de la población civil.

El mismo estatuto regula en su Artículo siete, numeral segundo, literal i) lo siguiente: "Por desaparición forzada de personas" se entiende 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 paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

La cuestión es, si la realización de una conducta que encuadre con la tipicidad del delito de desaparición forzada, puede ser catalogado como delito individual en caso no se logre tener cada uno de los elementos de contexto, en esa línea de ideas se manifiesta que, "los acontecimientos conocidos como la "Toma del Palacio", en Colombia, no podrían ser catalogados como delitos de lesa humanidad, ya que los mismo no fueron realizados de forma generalizada, pero hace mención que si encuadraría la acción en el delito de Desaparición forzada." ³⁵

Una de las interpretaciones que se le da a esta interrogante es que el elemento de contexto no es un requisito típico del delito, es más bien un agravante del mismo.

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido; "la responsabilidad internacional del Estado en cuestión, se ve agravada si la conducta típica forma parte de un patrón sistemático o practica aplicada o tolerada por el Estado," ³⁶ en ese sentido se analiza que, "de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el delito de desaparición forzada puede no ser encuadrado como

³⁵ López Díaz. **Op. Cit.** Pág. 85.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Goiburú y otros vs Paraguay.** Párr. 82.



delito de lesa humanidad, si este se realiza de forma aislada, contradiciéndose y dándole una categorización de lesa humanidad con el objetivo de destacar solamente la gravedad del ilícito.”³⁷

³⁷ Informe de Modolell González. **Sistema interamericano**. Pág. 7.





CAPÍTULO III

3. El delito de desaparición forzada en otros países

El crimen de la desaparición forzada como se vio en el aparatado inicial de la evolución de esa práctica, “se originó o dio sus primeras prácticas a nivel latinoamericano, en Guatemala durante 1962,”³⁸ y posteriormente esta práctica se vio reflejada en el resto de países de América Latina, durante las dictaduras militares en las décadas de los 70 y 80 del último siglo, es decir antes de que iniciara a nivel internacional una iniciativa para la codificación de esta práctica.

La primera Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas de la CIDH fue en 1994, en donde se inició con un acercamiento a nivel regional, para la legislación del delito de desaparición forzada en cada uno de los ordenamientos jurídicos.

A pesar de que fue a través de la comunidad internacional, el establecimiento de este tipo penal, cada uno de los países que aceptaron y ratificaron, el delito dentro de su derecho interno, dispuso de una normativa distinta a la desaparición forzada original, creando distintos puntos de vista y teorías de cómo debe de aplicarse dogmáticamente y prácticamente dicho delito.

³⁸ Informe de Comité Pro- Justicia y Paz de Guatemala. **Situación de derechos humanos en Guatemala**, 1984. Pág. 10.

3.1 El delito de desaparición forzada en Chile

El día 11 de septiembre de 1973, hubo un golpe de estado en Chile, el General Augusto Pinochet siendo jefe de las Fuerzas Armadas, depuso al Presidente Salvador Allende Gómez, habilitado como cárcel el estadio de fútbol denominado Nacional de Chile, donde estuvieron detenidos cientos de presos políticos y lógicamente existieron desapariciones.

Según datos oficiales, “luego del régimen militar, existían al menos 3,178 casos de personas desaparecidas.”³⁹

En Chile se adoptó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el 18 de julio de 2009, mediante la Ley número, 20.357, la cual tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

En este cuerpo legal se estableció como desaparición forzada, en su Artículo 6: “Con la misma pena será castigado el que, concurriendo las circunstancias descritas en el Artículo uno y con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándole o proporcionando una información falsa...”

³⁹ Informe de la Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación. Pág. 883.

3.2 El delito de desaparición forzada en Perú

A diferencia del resto de países latinoamericanos en Perú concluyó con registros de desapariciones forzadas hasta el año 2000, estableciendo que “el Estado fue responsable de aproximadamente 4,414 casos de personas desaparecidas.”⁴⁰

En este país se tipificó el delito de desaparición forzada en dos ocasiones, la primera en 1991, como un delito de terrorismo; sin embargo, esta ley fue derogada y fue hasta el 26 de junio de 1992, que se volvió a legislar dicha conducta, dentro del Artículo 320 del Código Penal, en el título de los Delitos Contra la Humanidad.

El Artículo en mención expresa: El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tengan por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36...”

Respecto a esta regulación se ha criticado que no adopta los lineamientos internacionales, ya que no abarca todos los elementos para proteger a las personas, especialmente por la frase “debidamente comprobada”.

⁴⁰ Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Pág. 74.



3.3. El delito de desaparición forzada en Argentina

“En Argentina existió una dictadura de ocho años, durante los cuales se registró un aproximado de 8,960 personas desaparecidas,”⁴¹ la tipificación de esta conducta en fue en el año 2007, cuando se incorporó al ordenamiento jurídico interno, a través de la Ley 26.200. Cabe señalar que a regulación que se dio en Argentina, fue la misma que la implementada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Así mismo, en mayo de 2011, el Congreso de la Nación Argentina, sancionó la Ley número 26.679, incorporando al Código Penal, el delito de desaparición forzada en el Artículo 142 Ter, el cual establece:

“Se impondrá prisión de diez a veinticinco 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 años, una persona mayor de setenta años

⁴¹ Informe “Nunca Más”, Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas. Pág. 23.

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.”

3.4. Aplicación del tipo penal de desaparición forzada en Guatemala

La regulación del tipo penal de desaparición forzada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, es uno de los más complejos a nivel latinoamericano, tal y como se puede analizar con el derecho comparado, dándole una dificultad a los sujetos procesales para realizar una correcta aplicación del tipo penal. Esto se ve reflejado en la poca aplicación de este delito a pesar de existir una gran cantidad de casos de personas desaparecidas durante el Conflicto Armado Interno.

3.4.1 Caso Cusanero Coj

“El 31 de agosto de 2009 el ex-comisionado militar Felipe Cusanero Coj, fue condenado a 150 años de prisión por la desaparición forzada de seis personas, habiendo ocurrido los hechos de los que se le acusa, entre los años de 1982 y 1984, en la Aldea Chotalúm, municipio de San Martín Jilotepeque, Chimaltenango, siendo esta la primera sentencia

en Guatemala, por el delito de desaparición forzada, categorizado como delito de lesa humanidad.”⁴²

Anterior al fallo del Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Chimaltenango, la Corte de Constitucionalidad, resolvió una acción de inconstitucionalidad presentada por la defensa del acusado, estableciendo que sobre la naturaleza de permanencia del delito.

El caso Cusanero Coj, es paradigmático ya que cuando se realizaron las investigaciones y se inició el proceso penal, no existía un antecedente jurídico a nivel nacional de desaparición forzada, y como se estableció anteriormente, el derecho comparado por sus distintas divergencias no lograba cubrir esas posibles lagunas para interpretar y aplicar el tipo al caso concreto; por lo que, las expectativas del caso se elevaron a instancias políticas e ideológicas.

En relación al fallo de la Corte de Constitucionalidad, de establecer plenamente la naturaleza permanente del tipo penal, dio la oportunidad de continuar las investigaciones a más casos de desaparición forzada; sin embargo, se debe de tener en cuenta que la resolución no ha creado jurisprudencia, solo ha sido doctrina legal emanada del máximo tribunal constitucional y dicha resolución aún no se puede considerar de carácter obligatorio para la aplicabilidad por parte de los órganos jurisdiccionales en futuros casos;

⁴² Publicación de **ACOGUATE**, 2009. <https://acoguate.org/2008/07/18/desaparición-forzada-el-caso-de-choatalum/>. (Consultado: 26 de enero de 2018.)

además, hay que determinar que para cada caso en concreto existen diferencias en la comisión de los hechos, por lo que la interpretación de los elementos del tipo penal para su subsunción, es de gran importancia, ya que no se puede sistematizar la imputación del tipo penal, violentando principios del debido proceso y del sistema acusatorio.

3.4.2 Caso El Jute

“El 19 de octubre del 1981 fueron desaparecidas ocho personas, bajo las órdenes del Coronel Marco Antonio Sánchez Samayoa, Jefe de la Zona Militar de Zacapa. El tres de diciembre de 2009 el Tribunal Primero de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del Departamento de Chiquimula, lo condenó junto con los Comisionados Militares José Domingo Ríos Martínez, Gabriel Álvarez Ramos y Salomón Maldonado Ríos, a una pena privativa de la libertad de 53 años.”⁴³

Un aspecto para analizar es que en este proceso, se inició la persecución penal, por el delito de detenciones ilegales, Artículo 203 del Código Penal Guatemalteco; esta figura delictiva, si se encontraba vigente en el año 1981, cuando se cometieron los hechos del delito, ya que estuvo incorporada en el Decreto 17-73 desde su promulgación; sin embargo, la calificación jurídica de dichas acciones fue modificada posteriormente al delito de desaparición forzada.

⁴³ Publicación de **Bufete Jurídico de Derechos Humanos**, 2014. <https://bdh.org.gt/index.php?id=&46-+6desaparicion-forzada=&65%>. (Consultado: 23 de enero 2018.)

El Artículo 203 del Código Penal, regula: “La persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a quien proporcionare lugar para la ejecución de este delito.”

En ese contexto, si las acciones eran constitutivas de delito; se les debió de imputar y acusar por el delito de detenciones ilegales, hasta lograr una sentencia sobre el tipo penal vigente al momento de realizar dicho acto prohibido, ya que nuestra Constitución Política de la República de Guatemala establece en su Artículo 15, la irretroactividad de la ley, normando: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo.”, se considera poco viable ese tipo de modificaciones en un proceso penal, sin violentar derechos del debido proceso, ya que ambos tipos penales tutelan la libertad; sin embargo, solo uno de estos, detenciones ilegales, tenía un ámbito de validez durante la realización de las acciones reprochables, y tomando en consideración el favor reí, se podría razonar que se debió continuar la persecución penal por el delito de detenciones ilegales.

Además, la teoría del caso para perseguir un delito de desaparición forzada, cuando el hecho se cometió antes de su regulación legal, es muy distinto a la teoría del caso, para un delito menos complejo y que estaba vigente durante toda la acción y consumación del hecho.

3.4.3 Caso Blake Vs Guatemala

En este caso a diferencia de los mencionados anteriormente, no se ha podido establecer a los autores responsables de dicho ilícito, solamente existe una sentencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Guatemala, por los hechos suscitados el 26 de marzo de 1985, “cuando los ciudadanos norteamericanos Nicholas Blake, periodista, y Griffith Davis, fotógrafo, salieron de la ciudad de Huehuetenango rumbo a la aldea El Llano, en donde fueron detenidos por la Patrulla de Autodefensa Civil, quien los traslado al sitio denominado Los Campamentos, para ser posteriormente asesinados. Los restos de Griffith Davis fueron encontrados el 16 de marzo de 1992 mientras los de Nicholas Blake, se localizaron hasta el 14 de junio de 1992.”⁴⁴

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se fundó para resolver, en la Convención Americana, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas.

Algo a tomar en consideración, es que ninguno de los tratados anteriores, tiene la competencia de regular conductas prohibidas para un ciudadano; debido a que los derechos y obligaciones plasmados en dichos instrumentos, van dirigidos

⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Caso Blake vs Guatemala**, sentencia 24 de enero de 1998.

específicamente a la personalidad jurídica de un Estado, para que este a través de mecanismos internos regule y desarrolle en su ordenamiento jurídico dichas directrices.

Además, la sentencia establece en el punto uno, sobre el artículo siete de la convención, punto número 82, lo siguiente: "La Corte señala que la detención del señor Nicholas Blake, a partir de la cual se dio inicio su desaparición forzada, fue un acto que se consumó el 28 ó 29 de marzo de 1985, es decir, antes de la fecha del reconocimiento por Guatemala de la competencia de la Corte. Como en su sentencia de excepciones preliminares de dos de julio de 1996 la Corte decidió que sólo tiene competencia para pronunciarse sobre los efectos y los hechos posteriores a aquella fecha de reconocimiento de su competencia, nueve de marzo de 1987, la Corte considera que no puede pronunciarse sobre la detención del señor Nicholas Blake de conformidad con el artículo siete de la Convención Americana."

En este punto resolutivo, la Corte da el fundamento para negar que existe una retroactividad del delito de desaparición forzada a hechos cometidos fuera del ámbito de validez de la norma jurídica, a pesar de que el mismo es de *lesa humanidad* y de carácter permanente; esto bajo el argumento de la propia Corte, en auto limitarse la competencia de conocer la detención del caso Blake, ya que tal acto ocurrió antes de que Guatemala reconociera dicho órgano jurisdiccional.

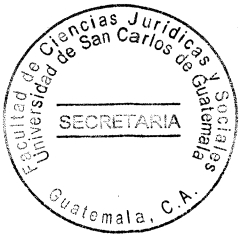
En ese sentido, se evidencia la imperatividad del principio de legalidad, ya que como bien se ha establecido por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, para que



existe una conducta típica del delito de desaparición forzada, "se debe de dar fundamentalmente dos conductas, la privación de libertad o detención y la negación a dar información." ⁴⁵ Por lo que se determina, que si no se conoció la detención por estar fuera de su competencia jurisdiccional, era imposible encuadrar dicha conducta al tipo de desaparición forzada.

Por último, la Corte condenó al Estado de Guatemala a investigar los hechos del caso, para identificar y sancionar a los responsables; además, de pagar un resarcimiento monetario a los familiares de Nicholas Blake.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá**. Sentencia 12 de agosto de 2008. Párrafo 196.



CAPÍTULO IV

4. Análisis jurídico en la aplicación del tipo penal de desaparición forzada

Por motivo de la gran cantidad de casos de desapariciones forzadas y el impacto que estas generaban en la población, se inició por parte de los familiares de desaparecidos y organizaciones de derechos humanos, la interposición de acciones legales en organismos internacionales de justicia, con el objetivo de encontrar una solución de paz y justicia.

A partir de dichos fallos, en los que se condenó al Estado de Guatemala; los entes de investigación penal, iniciaron con la búsqueda de los responsables de dichos actos; sin embargo, la presión ideológica, la falta de antecedentes y la complejidad del ordenamiento jurídico, provocó que se interpretara el delito de desaparición forzada, como un tipo penal perpetuo.

En la actualidad el delito es imputado especialmente a ex militares; aplicándoles sanciones penales por hechos cometidos antes de que entrara en vigencia la conducta típica de dicho delito. Ante esta situación, se pudo analizar una contraposición de derechos; que al ser aplicables a favor de unos, repercuten directamente en la otra parte; por ejemplo, el acceso a la justicia por parte de familiares de desaparecidos, les garantiza la investigación y deducción de responsabilidades para los autores que cometieron el crimen; sin embargo, si dichos actos se cometieron antes de que los propios autores

tuvieran expresamente la concepción y pleno conocimiento de que la conducta era un delito, se les veda su derecho de defensa y legalidad.

Por lo que, la aplicabilidad del tipo penal de desaparición forzada, debe de realizarse atendiendo a la comprensión de todo el ordenamiento jurídico y no de forma parcial, tergiversando leyes para anteponer un interés a costa de la violación de un derecho.

4.1 Garantías constitucionales a respetar en un proceso penal por el delito de desaparición forzada

La Corte de Constitucionalidad ha establecido: “para el cumplimiento de los fines del Estado, no existe más limitante que la de en cuadrar la acción política y jurídica del poder público en el marco de la legalidad”

Con esa línea de ideas, plasmadas por la Corte de Constitucionalidad, podemos establecer que toda actividad humana debe estar bajo el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico, y de tal forma, toda acción del Estado, debe realizarse bajo una norma preestablecida, dando razón a un verdadero Estado de Derecho.

Por lo que se determina, que la principal garantía constitucional es la protección de la persona y la familia, la cual se desarrolla expresamente en el artículo primero de la Constitución Política de la República de Guatemala y través de los principios axiológicos de la misma. Esto nos hace comprender la importancia que tiene cada uno de los

ciudadanos dentro del conglomerado social, y el resguardo que debe de tener el Estado, hacia cada una de las personas en su vida social.

Otra de las garantías de mayor importancia, es la contenida en el artículo segundo constitucional, en donde se establece como deberes del Estado la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Es acá donde el Estado se obliga a otorgarle a cada una de las personas un proceso jurisdiccional justo y bajo la premisa de que existirá una seguridad jurídica en el mismo, ya que no puede existir un proceso penal, en donde se le violente a una persona, de todos o algunos de los derechos concebidos en la propia constitución y leyes ordinarias.

Específicamente el derecho procesal penal, se desarrolla bajo una serie de garantías, esto para asegurar un orden y una paz social, además de aplicar adecuadamente el poder coercitivo del Estado y proteger a los imputados de una arbitrariedad del poder penal. Entre las garantías esenciales que se deben de proteger y cumplir cuando se persigue el delito de desaparición forzada, encontramos:

4.1.1 No hay pena sin ley

La base del derecho penal es la existencia de un ordenamiento jurídico previo, a la conducta que se pretende restringir. No sería elocuente aplicar todo el poder punitivo de un ente como el Estado, a una persona que no tenía conocimiento, de que, lo actuado

estaba mal, ya que la responsabilidad de proteger derechos y evitar daños, recae sobre el propio Estado y no en una persona individual.

Esta garantía la encontramos regulada en el Artículo 17 de la Constitución Política de Guatemala, la cual establece: “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por la ley anterior a su perpetración.” Además, se encuentra regulada dicha garantía en el Artículo uno, del Código Procesal Penal, en el que se establece: “No se impondrá pena alguna si la ley no lo hubiera fijado con anterioridad”.

Su invocación evidencia el carácter imperativo de la misma, y la defensa de los derechos humanos de cualquier persona sometida a un proceso penal sin fundamento, algo importante de comprender sobre esta garantía, es que, el único responsable de cumplirla es el Estado.

Además, esta es una de las características manifestadas en el principio de legalidad, el cual, es fundamento para la constitución de un Estado de derecho. A parte de lo regulado en la Constitución y Código Procesal Penal; esta garantía se ha plasmado en una diversidad de instrumentos internacionales ratificados por Guatemala, evidenciando la importancia que tiene.

Ante tal regulación queda de manifiesto la contradicción de aplicar el delito de desaparición forzada de forma equivoca, ya que por tratar de restaurar y proteger un bien

jurídico, que anteriormente no estaba regulado de esa forma; se está legitimando al Estado, para que viole una serie de garantías plasmadas por sí mismo.

4.1.2 Juicio previo

Esta garantía está regulada en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 12: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido.”

Así mismo, se encuentra regulado en el Código Procesal Penal, al establecer en su Artículo cuatro lo siguiente: “Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de las facultades y derechos del imputado o acusado.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio.”

La culpabilidad y punibilidad que le sea aplicable a una persona deben de tener una razón de ser, especialmente en la forma de como se le será aplicada, ya que no puede abusarse arbitrariamente del poder punitivo para sancionar a una persona.



4.1.3 Independencia e imparcialidad judicial

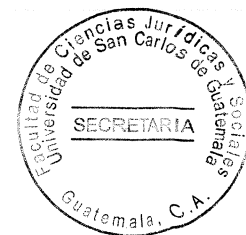
La independencia judicial es la condición por medio de la cual los encargados de los órganos jurisdiccionales, pueden conocer y resolver sin presiones, amenazas o injerencias de actores externos; garantizando una justicia y seguridad jurídica. Además, esta garantía proporciona un desinterés de la persona en el asunto que resolverá.

Artículo 203, de la Constitución política de la República de Guatemala, "Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones.

Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público.

La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca.

Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia."



4.1.4 Derechos constitucionales en todo proceso penal

- a. Detención legal, Artículo seis de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- b. Derechos del detenido, Artículo ocho de Constitución Política de la República de Guatemala.
- c. Interrogatorio a detenidos o presos, Artículo nueve de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- d. Detención por faltas o infracciones, Artículo 11 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- e. Derecho de defensa, Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- f. Motivos para auto de prisión, Artículo 13 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- g. Presunción de inocencia y publicidad del proceso, Artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

h. Irretroactividad de la ley, Artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

4.2 Derechos constitucionales violentados con la aplicación del tipo penal de desaparición forzada

Por una parte, están los derechos que se les vulneran a las víctimas del tipo penal de desaparición forzada, en ese sentido, como se desarrolló en el capítulo uno, se concretará en que se les violenta su derecho de libertad, ya que es así, como esta categorizado su bien jurídico tutelado, dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Por otra parte, se encuentran los imputados, que atendiendo a la interpretación de aplicabilidad de la norma en cuestión, se les podría llegar a violentar la presunción de inocencia, derecho de defensa, imparcialidad, in dubio pro reo, legalidad, retroactividad, libertad y seguridad jurídica.

4.3 Otros tipos penales que se pueden encuadrar en la acción cometida, en lugar de desaparición forzada

La libertad es un derecho fundamental o un derecho humano, consagrado en los Artículos uno, tres y cuatro de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, por lo cual, se debe establecer que el Estado durante el conflicto armado interno,

ya tenía una concepción de tal derecho humano, así como, un mecanismo de control para protegerlo ante cualquier flagelo.

Es por esta razón que se debe de analizar detenidamente nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el Código Penal, Decreto 17-73; pero este análisis debe de realizarse con el catálogo de delitos que se encontraban en vigencia durante dicha etapa histórica.

A partir de que el Código Penal, entra en vigencia el 15 de septiembre del año 1973, se desarrolla en Título IV, capítulo I, los delitos contra la libertad individual, regulándose cuatro tipos penales y una artículo concerniente a las agravantes para proteger dicho bien jurídico tutelado.

En ese sentido, se podría interpretar que la existencia de conductas prohibidas, podrían utilizarse de forma alternativa para sancionar a los autores de algún ilícito en contra la libertad de una persona, durante esa época, en lugar de retrotraer el delito de desaparición forzada a una temporalidad, en el que no se encontraba vigente.

Los tipos penales que se establecen son:

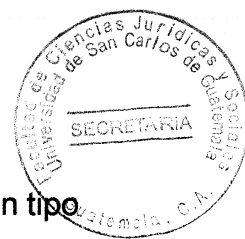
- a. Artículo 201. Plagio o secuestro, el plagio o secuestro de una persona con el objeto de lograr rescate, canje de terceras personas u otro propósito ilícito de igual o análoga entidad, se castigará con la pena de ocho a quince años de prisión.

Se impondrá la pena de muerte al responsable, cuando con motivo u ocasión del plagio o secuestro, falleciera la persona secuestrada.

- b. Artículo 202. Sometimiento a servidumbre, será reprimido con prisión de dos a diez años, quien redujere a una persona a servidumbre o a otra condición análoga y quienes mantuvieren en ella.
- c. Artículo 203. Detenciones ilegales, la persona que encerrare o detuviere a otro, privándolo de su libertad, será sancionado con prisión de uno a tres años. Igual sanción se impondrá a quien proporcionare lugar para la ejecución de este delito.
- d. Artículo 205. Apreensión ilegal, el particular que, fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a una persona para presentarla a la autoridad, era sancionado con multa de cincuenta a doscientos quetzales.

De las cuatro conductas descritas, dos son las que llaman la atención como tipos penales alternativos a la desaparición forzada, entre estos se encuentra el secuestro y las detenciones ilegales.

Por una parte, el delito de secuestro, regulado en esta época, era muy distinto a como se describe en la actualidad, sin embargo, se podría aplicar dicho tipo penal, en lugar del delito de desaparición forzada, cuando en la comisión del hecho, la víctima falleciera, ya



que es muy difícil determinar cómo encuadrar una misma conducta prohibida, en un tipo penal distinto, entendiendo que tanto la ejecución como el resultado fue el mismo.

En este caso se debería de interpretar que la norma aplicable será la que estuvo vigente en el momento de la ejecución del hecho, por lo que se debería de aplicar el secuestro.

Por otra parte, en el Código de 1973 se desarrolla el delito de detenciones ilegales, el cual, a criterio personal, es el tipo que se adecua a todas aquellas conductas en donde se le haya privado de libertad a una persona y en donde se hubiere realizado cualquiera de los supuestos descritos en el actual delito de desaparición forzada.

El fundamento de esto, reside en que el tipo penal es conciso al prohibir cualquier encierro, detención o privación de libertad hacia una persona, no poniendo más limitantes que la sola protección de la libertad individual.

Sin embargo, existen posturas en contra de utilizar otros tipos penales alternativamente al de desaparición forzada, estableciendo que mientras el secuestro o detenciones ilegales puede ser cometido por cualquier persona, la desaparición forzada es catalogada como un delito especial; lo que pone de manifiesto que la conducta no es la relevante, sino el autor, contrariando principios básicos del sistema acusatorio; además, de evidenciar que dicho tipo penal está dirigido a cierto sector de la población.

4.4 Propuestas para la correcta aplicación del delito de desaparición forzada

El delito de desaparición forzada tal y como se ha desarrollado a lo largo del presente estudio, es portador de una complejidad jurídica, para su aplicación e interpretación; sin embargo, hay que tener en cuenta dos momentos esenciales, el primero antes de 1996, cuando no existía una regulación en específico sobre dicho ilícito; y el segundo momento, cuando este tipo penal entra a nuestro ordenamiento jurídico y adquiere plena validez.

En el caso, en donde se tiene plena validez del tipo penal, no existe mayor inconveniente con su aplicación, ya que se tiene por parte de la población un conocimiento previo de la conducta prohibida, y este debe de aplicarse con cada una de sus características y principios de permanencia, *lesa humanidad* e imprescriptibilidad.

Ahora bien, en el caso de querer aplicar y sancionar el delito a una conducta que se realizó antes de su entrada en vigencia, provoca que exista una divergencia y polarización de pensamientos, entre quienes defienden la imposición de este delito por ser de lesa humanidad y de carácter permanente, contra los que mantienen una postura de protección a derechos y garantías constitucionales dentro del proceso penal.

Es por ello que la presentación de las siguientes propuestas va encaminadas a unificar un criterio en la subsunción de dicho ilícito penal.

En un primer escenario, se establecerá que los hechos cometidos se produjeron con anterioridad a la regulación del delito de desaparición forzada y los mismos cesaron antes de que este tipo entrara en vigencia; concluyendo que los hechos que posiblemente cumplen con los elementos del delito en mención, se desarrollaron en un periodo de tiempo en donde no existía una normativa que prohibiera expresamente dicha conducta.

En ese sentido, de acuerdo a lo investigado, sería imposible en el escenario presentado, poder aplicar el tipo penal de desaparición forzada, sin violentar garantías constitucionales como el principio de legalidad, debido a que la imprescriptibilidad y permanencia del delito en cuestión, surten efectos a partir de 1996; no pudiendo retrotraerse.

En este caso lo que se debería de buscar para sancionar la conducta considerada ilícita, es utilizar alternativamente los delitos que se encontraban vigentes, cuando se realizaron dichos hechos.

Algo a considerar, es que si se podría accionar legalmente en contra del Estado de Guatemala, por no proteger el derecho fundamental de la libertad, siendo este parte de la Declaración de Derechos Humanos, con anterioridad al conflicto armado interno; sin embargo, la búsqueda de esta responsabilidad no podría repercutir en la responsabilidad individual de los supuestos autores de las desapariciones.

Como segundo escenario se plantea, la realización de hechos de desaparición de personas, con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho tipo penal, pero en donde las acciones se prologaron durante el tiempo, hasta el punto de que el tipo penal de desaparición forzada entrara en vigencia.

En este caso las acciones anteriores a su vigencia, igualmente no pueden ser sancionadas por la ley posterior; sin embargo, al momento de sobrepasar la entrada en vigor de dicho delito (1996), se inicia simultáneamente una ejecución del delito, la cual ya puede ser perseguida penalmente. Es acá en donde se plasma el verdadero propósito del carácter permanente, inmerso en el delito de desaparición forzada, por el motivo de que aunque la ejecución se inició con anterioridad, la consumación persiste durante el tiempo.

Por último se plante un escenario igual al anterior, solo con la diferencia de que, en este, el autor de los hechos pierde el dominio de la ejecución del delito, con anterioridad a la entrada en vigencia del tipo penal.

Acá responsabilidad del autor estaría determinada por los hechos que ejecuto mientras existía una norma expresa que prohibiera su conducta, pero al perder antes de la entrada en vigencia de dicho ilícito penal, estaría sujeto solamente a responsabilidades por omisión de denuncia o en su caso encubrimiento, si posterior a la perdida de dominio del delito, tuviera conocimiento del paradero de la víctima.

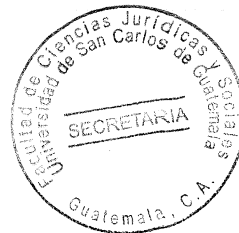


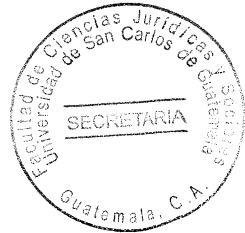
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La necesidad de regular nuevas figuras jurídicas se convierte en un acto de importancia para la colectividad, debido a su dinamismo social, por lo que el delito de desaparición forzada, desde su creación, solvento un vacío legal para proteger a las personas de todas aquellas conductas que afectaban bienes jurídicos tutelados.

Sin embargo, su legislación fue adoptada bajo una serie de principios que, al ponerse en práctica, contradicen el contexto de los mismos, provocando un conflicto de interpretaciones al momento de su aplicabilidad. En ese sentido, se determinó en base a la investigación realizada, que el delito de desaparición forzada es de carácter permanente, imprescriptible y de lesa humanidad; pero que en ningún momento eso le da la característica de retroactivo.

Por tanto, se establece que la base de un ordenamiento jurídico, es el conocimiento del mismo y esto solo puede ser posible bajo el principio fundamental de legalidad, concluyendo que el tipo de desaparición forzada, solo debe ser aplicado, a partir de su entrada en vigencia. En ese sentido, se debe de adoptar medidas para respetar dicho principio y con ello consolidar un verdadero Estado constitucional de derecho, lo cual se puede concretar a través de foros relacionados con la aplicabilidad del tipo penal, análisis de sus elementos y la interposición de acciones legales que protejan lo establecido en la Constitución Política de la Republica de Guatemala.





BIBLIOGRAFÍA

AMBOS KAI, y otros autores. **El tipo penal de la desaparición forzada de personas, análisis comparativo internacional y propuesta legislativa.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2009.

ARROYO ZAPATERO, Luis. **Principio de legalidad y reserva de la ley penal.** España: Revista española de derecho constitucional, año 3, numero 8, 1983.

Asociación de Veteranos Militares de Guatemala (AVEMILGUA). **Como se manipuló la paz.** Guatemala: Ed. Guatemala bajo asedio, 2014.

BACIGALUPO, Enrique. **Lineamientos de la teoría del delito.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Hammurabi, 1994.

BALSELLS TOJO, Edgar Alfredo. **Los derechos humanos en nuestro constitucionalismo.** Publicación de la Procuraduría de los Derechos Humanos. Guatemala: 1994.

BANDENI, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional argentino.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Aj-Hoc, 1997.

BODENHEIMER, Edgar. **Teoría del derecho.** México: Ed. Fondo de cultura económica, 1983.

BUERGUENTHAL, Thomas y otros autores. **Manual internacional de Derechos Humanos.** Costa Rica: Instituto de derechos humanos, 1996.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 1979.

CASTELLANOS, Israel. **Derecho penitenciario.** Madrid, España: 1965.



CORNELIUS, Kai, **Vom spurlosen verschwindenlassen benachrichtigungspflicht bei Festnahmen.** Berlín, Alemania: 2006.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. **Criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte de Constitucionalidad en las incidencias procesales que se suscitan dentro de las garantías constitucionales.** Guatemala: 2017.

DE LEON VELASCO, Héctor Anibal y De mata Vela, Jose Francisco. **Derecho penal guatemalteco, parte general y parte especial.** Guatemala: Ed. Llerena, F&G, 2000.

DE LEON VELASCO, Hector Anibal y otros autores. **Manual de derecho penal guatemalteco, parte general.** Guatemala: 2001.

DUBON GALVEZ, Gustavo Adolfo. **El neoconstitucionalismo en la actual legislación guatemalteca.** Tesis de Doctorado Universidad Rafael Landívar. Guatemala: 2017.

FREIRE GAVILÁN, Pablo. **El delito continuado.** Universidad de Sevilla, España: 2014.

GALAIN PALERMO, Pablo. **Desaparición forzada, Uruguay.** Bogotá, Colombia: Ed. Temis, 2000.

GÁLVEZ BARRIOS, Estuardo. **La participación en el delito.** Guatemala: Ed. Llerena, 1999.

GARCIA LAGUARDIA, Jorge Mario. **Las garantías jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos en Guatemala, el *Habemus Corpus*.** Publicación de la Procuraduría de los Derechos Humanos. Guatemala: 1991.

GOMEZ LOPEZ, Jesús Orlando. **Crímenes de lesa humanidad.** Santafé de Bogotá, Colombia: Ed. Ediciones Doctrina y Ley, 1998.



GONGORA, Manuel Eduardo. **Conocer derechos humanos. América latina, Artículo II de la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas.** América Latina: Ed. NMRZ.

GONGORA, Manuel Eduardo. **La desaparición forzada en la jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos.** América Latina: Ed. NMRZ, 2004.

GÓNZALEZ CAUHAPÉ, Eduardo. **Apuntes de derecho penal guatemalteco.** Guatemala: Ed. Fundación Mirna Mack, 2003

GRAMMER, Cristoph. ***Der tatbestand des verschwindenlassens einer person. transposition einer völkerrechtlichen figur ins strafrecht.*** Berlin, Alemania: Ed. Duncker & Humblot, 2005.

INFORME. **Comisión para el Esclarecimiento Histórico.** Guatemala, 1999.

LUZÓN CÁNOVAS, María. **Delito continuado.** Madrid, España: Fiscalía de la Secretaría Técnica, 2014.

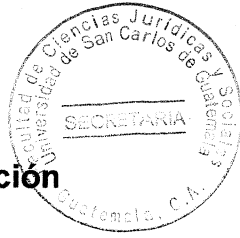
LÓPEZ DÍAZ, Claudia. **Desaparición forzada de personas, análisis comparado e internacional.** Colombia: Ed. Temis, 2011.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal, parte general.** Barcelona, España: Ed. Reppetor, 2006.

MONZON PAZ, Guillermo Alfonso. **Introducción al derecho penal guatemalteco.** Ed. Impresiones Gardiza, 1980.

MONROY CAMPOS, Marina. **Análisis jurídico y doctrinario del delito de desaparición forzada de personas regulado en el código penal guatemalteco.** Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006

MUÑOZ COUDE, Francisco. **Teoría general del delito.** Madrid, España: Ed. Bseh, 1982.



OCHOA CROCKER, Mario Eduardo. **El neoconstitucionalismo; una concepción constitucional.** Corte de Constitucionalidad. Guatemala: 2013.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L. 2000.

PARAYRE, Sonia. **La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.** Revista IIDH, 1999, Vol. 29, págs. 25-69.

PELLECER, Carlos Manuel. **Camino equivocado che.** Guatemala: Ed. De la tipografía nacional, 1975.

PEREZ RUIZ, Yolanda María Auxiliadora. **La fundamentación de las resoluciones judiciales.** Guatemala: fundación Myrna Mack, 2007.

REYES CALDERON, Jose Eduardo. **Criminología.** Guatemala: Ed. Rafael Landívar, 1994.

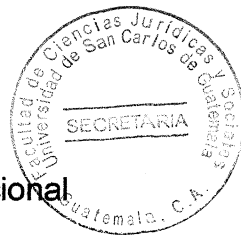
ROJAS, Robinson. **Estos mataron a Allende.** México: Ed. Oveja Negra, 1980.

SIERRA GONZALEZ, Jose Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco.** Guatemala: Ed. Centro Impresor Piedra Santa, 2000.

SOLIS OLIVA, Juan Carlos. **Como mejorar la justicia penal.** Artículo de opinión publicado en diario La Hora, Guatemala 12 de marzo de 1997 Venezuela.

SOLIS OLIVA, Juan Carlos. **La dictadura constitucional de Lucas Gracia.** Artículo de opinión publicado en diario La Hora, Guatemala 24 de Julio de 1999.

SOLIS OLIVA, Juan Carlos. **La paz centroamericana dentro del contexto de integración política, impulsado por el grupo contador y grupo de apoyo.** Tesis de graduación, USAC, Guatemala: 1984. Págs. 1-50, 51 y 55.



UNIÓN POSTAL UNIVERSAL. Enciclopedia jurídica. Paris: Ed. Comisión Internacional de Correos Paris, 2014.

ZAFFARONI, Raúl. Opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Argentina: CIDH, 2017.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Secretaría de la OEA, 1969.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General, 1948

Ley de Organismo Judicial de Guatemala, Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Código Penal guatemalteco, Congreso de la República de Guatemala, 1973.