

SESIONES ORDINARIAS

2000

ORDEN DEL DIA N° 1190

COMISION DE LEGISLACION PENAL

Impreso el día 17 de octubre de 2000

Término del artículo 113: 26 de octubre de 2000

SUMARIO: Código Penal. Modificación incorporando la figura de la desaparición forzada de personas. **Funes.** (2.417-D.-2000.)

Dictamen de comisión

Honorable Cámara:

La Comisión de Legislación Penal ha considerado el proyecto de ley del señor diputado Funes y ha tenido a la vista los proyectos de los señores diputados Fernández Mejjide (1.360-D.-99) y Stubrin (4.163-D.-2000) por los que se modifica el Código Penal de la Nación incorporando la figura de la desaparición forzada de personas; y, por las razones expuestas en el informe que se acompaña y las que dará el miembro informante aconsejan la sanción del siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1° – Sustitúyese el artículo 144 bis del Código Penal por el siguiente:

Artículo 144 bis: Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por el doble del tiempo:

- 1° El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privare a alguno de su libertad personal.
- 2° El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales.
- 3° El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones, o apremios ilegales.

Si concurriera alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 1°, 2°, 3° y 5° del artículo 142, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de dos a seis años.

Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años e inhabilitación especial absoluta y perpetua, al agente del Estado, o persona o grupo organizado de personas que actúen con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, que privare ilegítimamente de su libertad a una o más personas, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

Si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua.

En los supuestos establecidos en los dos párrafos precedentes se aplicará el siguiente régimen:

- 1° Podrá excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad, al imputado que, antes del dictado de la sentencia definitiva, colabore eficazmente con la investigación. Para obtener el beneficio se deberá brindar información esencial para evitar la consumación o continuación del delito o la perpetración de otro, o que ayude a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, o suministre datos de manifiesta utilidad para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentre involucrado el beneficiario sea más leve que aquel respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración.
- 2° En los mismos supuestos podrá aplicarse el mínimo legal de la especie de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, desbaratar sus actividades o acreditar la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, de-

terminando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces.

- 3° La reducción de la pena prevista deberá ser decidida por el tribunal del juicio al dictar la sentencia definitiva. Sin embargo tan pronto como la reducción de la escala penal prevista en los apartados 1° y 2° precedentes, aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación de acuerdo con las normas procesales comunes.
- 4° Las declaraciones de las personas mencionadas en los párrafos anteriores carecerán de valor si no se producen con el contralor del fiscal y la defensa, del modo establecido en las leyes procesales.
- 5° Será reprimido con prisión de uno a tres años cualquiera de las personas que se acojan al régimen precedente y formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos sobre terceras personas.
- 6° Si fuere presumible que el imputado que hubiera colaborado, corriera riesgos en razón de ello, respecto de su integridad personal o de su familia, se adoptarán las medidas de protección necesarias, incluidas la provisión de los recursos indispensables para cambiar de actividades laborales y la sustitución de su identidad.

Art. 2° – Comuníquese al Poder Ejecutivo.
Sala de la comisión, 3 de octubre de 2000.

*Dámaso Larraburu. – Julio A. Tejerina. –
María E. Biglieri. – Franco A. Caviglia.
– María del Carmen Falbo. – Teodoro
R. Funes. – Adrián Menem. – Benjamín
R. Nieto Brizuela. – Marta Palou. –
Juan M. Urtubey. – Alfredo H. Villalba.*

En disidencia:

Ramón H. Torres Molina.

En disidencia parcial:

Bernardo P. Quinzio.

FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA DEL SEÑOR DIPUTADO RAMÓN TORRES MOLINA

Señor presidente:

Considero que el proyecto propuesto posee defectos técnicos, así como una grave omisión, injustificada en un país como Argentina, ya que no contempla en forma específica la desaparición de menores.

El proyecto tipifica en el artículo 144 bis del Código Penal el delito de desaparición de persona. Ese artículo pena la privación ilegal de la libertad, las vejaciones, severidades o apremios ilegales cuyo autor sea un funcionario público. Se agrega en el proyecto, el delito de desaparición forzada de personas.

El delito de desaparición forzada de personas incluye la privación ilegal de la libertad, por eso resulta conveniente seguir con el ordenamiento sistemático del Código e incorporar un nuevo artículo a continuación de los artículos 142 y 142 bis que pena la privación ilegítima de la libertad en sus distintas manifestaciones, y no como lo hace el proyecto de mayoría en el artículo 144 bis.

El proyecto contempla una situación única, referida a la desaparición forzada de personas, estableciendo una pena de reclusión de cinco a quince años. Ello resulta incoherente con el sistema de pena que establece el Código Penal cuyo artículo 79 fija la pena de ocho a veinticinco años de prisión al autor de homicidio simple y con la pena que establece el artículo 80 de prisión o reclusión perpetua, en el caso del homicidio calificado.

La desaparición forzada de personas lleva muchas veces al homicidio de la víctima. Tal ha sido la experiencia histórica de nuestro país y de los restantes países latinoamericanos en los casos de desaparición de personas que fueron víctimas de torturas y homicidios calificados entre otros delitos, en la mayoría de los casos que han podido ser esclarecidos. De manera que, de aprobarse este proyecto, es menos grave hacer desaparecer a una persona, cometiendo conductas que hoy configuran los delitos de privación ilegal de la libertad, torturas y generalmente homicidio calificado y que por ello serían penados con prisión perpetua, que la conducta que aparece tipificada en este proyecto, cuya pena máxima es de quince años de prisión o reclusión.

Coincido que se debería establecer la misma pena del proyecto si la desaparición forzada de personas no supera un mes. Pero, en el caso de que supere un mes se debería fijar la pena de veinticinco años de prisión o reclusión.

En el caso de que se produzca la muerte de la víctima de la desaparición forzada se coincide en la pena de prisión o reclusión perpetua, para guardar coherencia con el sistema de penas del Código, teniendo en cuenta la gravedad del delito, mas allá de las objeciones constitucionales que puedan hacerse a la pena de prisión o reclusión perpetua.

El proyecto incorpora la figura del “arrepentido”, “colaborador” o “delator”. Pero lo hace siguiendo la misma redacción de la ley 25.241 referida a actos terroristas, incorporando con una errónea técnica normas que corresponden a la parte general del Código Penal y al Código de Procedimiento.

Considero la posibilidad de la disminución de la pena. Pero no se deben establecer normas procesales, ya que la información sobre la persona desaparecida podría ser brindada en cualquier momento, incluso después de la sentencia.

Considero que la acción penal y la pena derivada de la desaparición forzada de personas son imprescriptibles, tal como lo establece el artículo 7° de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Pero la omisión mas grave que se observa en el proyecto, es la no tipificación en forma específica de la desaparición de menores. Mientras la desaparición de personas se manifiesta, entre otras cosas, en la privación ilegal de la libertad, en la desaparición de menores puede no existir esa privación de libertad, pero sí existe supresión de identidad.

Resulta incomprensible que un país que ha sufrido las consecuencias de la desaparición de menores y cuyos expertos incorporaron en la Convención sobre los Derechos del Niño los artículos 7º y 8º que protegen el derecho a la identidad (que la doctrina llama la “cláusula argentina”) no legisle sobre la desaparición de menores.

El Coloquio de Buenos Aires que se reunió entre el 10 al 13 de octubre de 1988 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires con la presencia de expertos de distintos países y que tenía como objeto redactar un anteproyecto de Convención Internacional para la prevención y sanción de las desapariciones de personas, teniendo en cuenta la experiencia argentina, se consideraba en forma específica la desaparición de menores.

Decía el artículo II del proyecto:

La desaparición forzada de personas consiste en la privación de la libertad de cualquier persona, nacida o por nacer, mediante la detención regular, irregular o secuestro, con negación de sus derechos humanos fundamentales, comprendiendo el derecho a la jurisdicción, a la identidad personal y a la personalidad jurídica, y a la protección de las leyes y los jueces naturales, por el ocultamiento de su paradero y su reclusión en lugares de detención clandestinos, irregulares o privados de control jurisdiccional, o tratándose de menores mediante la separación compulsiva de su familia de origen, por actos u omisiones de las autoridades, funcionarios o agentes del Estado, los miembros de las Fuerzas Armadas, de seguridad o policiales, agentes paraestatales o particulares que actúen por instigación de cualquiera de los anteriores o con su apoyo o tolerancia.

Se considerará configurada la desaparición forzada de personas toda vez que producida la privación de su libertad de la manera antes descripta, se impida a la víctima o a sus representantes de cualquier forma el inmediato ejercicio del derecho a la jurisdicción que comprende el derecho a un recurso efectivo ante un tribunal independiente e imparcial contra los actos que violen sus derechos fundamentales como asimismo, entre otros, el derecho a la defensa en juicio, al proceso justo e imparcial o debido proceso legal, a la integridad física y moral, a la identidad personal y la personalidad jurídica y a las condiciones regulares de detención, incluida la comunicación con el mundo exterior, por la concurrencia de cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) El ocultamiento del paradero de la víctima;

b) Su reclusión en lugares de detención clandestinos, irregulares o carentes de control jurisdiccional;

c) Tratándose de un menor la separación compulsiva de su familia de origen;

d) La falta de reconocimiento de su detención ante requerimiento judicial o extrajudicial, nacional o internacional;

e) La falta de actividad eficaz para el esclarecimiento del caso y la protección adecuada de la víctima y de los denunciantes;

f) La omisión de poner de inmediato a la víctima a disposición de la autoridad judicial competente o del magistrado o autoridad encargada de los menores o

g) La omisión de registrar de inmediato su presencia, identificación y causa de detención en lugares públicos y regulares de detención y en el registro central de detenciones que cada Estado Parte en esta Convención se compromete a llevar de la manera prescripta más adelante.

Resulta lamentable entonces, que en un país que soportó la desaparición de menores no se legisle en forma específica, creando el delito de desaparición forzada de menores.

Considero que se debe suplir esa grave omisión tipificando el delito.

Ramón Torres Molina.

FUNDAMENTOS DE LA DISIDENCIA PARCIAL DEL SEÑOR DIPUTADO BERNARDO QUINZIO

Señor presidente:

Disidencia parcial sobre la incorporación de un tipo penal de “desaparición forzada de personas”

I. *Objeto.* La Honorable Cámara de Diputados se apresta a sancionar un proyecto de ley que incorpora al Código Penal la figura de desaparición forzada de personas. Se trata del intento de adecuar el derecho interno a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el 24º período ordinario de sesiones de la Asamblea General de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (v. esp. artículos II y III de la citada Convención).

El proyecto prevé también la posibilidad de beneficiar al autor de un hecho de esas características con reducciones de su condena en tanto aporte información sobre el hecho propio o sobre hechos ajenos. También esto es una recepción de la Convención mencionada.

Expresaré seguidamente mi rechazo al proyecto. Aclaro tan sólo de modo preliminar que si mi disidencia puede calificarse de “parcial” —con generosa extensión de esta expresión—, lo es en razón de que un aspecto de la problemática general gozaría, en términos abstractos, de mi aprobación, mas no la formulación que se le ha dado, que coincide justamente con la de la Convención Interamericana de

Desaparición Forzada de Personas. Habré de mostrar que tal previsión es contraria a garantías constitucionales del imputado, garantías que constituyen, justamente, derechos esenciales de la persona humana. En lo que se refiere a los institutos adicionales con que es acompañado el proyecto –tales como la consagración de “beneficios por delación”, entre otros–, se trata de un retroceso cultural manifiesto en el pensamiento penal ilustrado, si es que se puede decir que, al momento actual, aún queda algo de él.

II. *El tipo penal principal.* El texto central con el que se intenta reprimir, en el proyecto, la desaparición forzada de personas, tiene esta configuración:

Artículo 144 bis (...) Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años e inhabilitación especial absoluta y perpetua, al agente del Estado, o persona o grupo organizado de personas que actúen con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, que privare ilegítimamente de su libertad a una o más personas, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona. Si resultare la muerte de la persona ofendida, la pena será de prisión o reclusión perpetua.

Tal texto se corresponde con el artículo II de la Convención mencionada, en tanto éste dice:

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

Según esto, la conducta prohibida se integra con un componente activo: privar de libertad, y uno negativo: no dar información.

En términos generales –es decir, sin tener en cuenta la formulación de la Convención ni del proyecto en concreto, sino sólo la idea que se halla en el trasfondo de la legitimación moral de una represión particular de la desaparición forzada de personas– se puede decir que el hecho de la privación de libertad seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima le infiere a los seres queridos del desaparecido –cuales víctimas secundarias–, un daño adicional al que sufre o haya sufrido ya la víctima directa. En esto reside el acierto –muy relativo, de todos modos– de la idea rectora de la iniciativa.

Pero es evidente que el disvalor propio del componente negativo, el de la falta de información, sólo

podría tener sentido incriminante, en la medida en que el juicio que mereciera la conducta una vez cometida no pudiera ser alterado una vez iniciado ya un proceso penal contra el imputado respectivo, o una investigación preliminar tendiente a tal proceso, cuando el sospechoso ya hubiera sido individualizado como tal.

Esto tiene la siguiente explicación:

Toda información suministrada con posterioridad al inicio de un proceso penal por un partícipe de la privación de libertad aportaría elementos probatorios inculpanes para ese mismo sospechoso, por ejemplo, demostraría cuando menos la comisión del delito de privación de libertad simple (o agravado, pero no calificado especialmente por el componente de la falta de información). Si este suministro de información fuera “premiado” de cualquier modo que fuese, ora por una disminución de la pena del delito así y todo ya cometido –como está previsto en el mismo proyecto, con arreglo al artículo III, tercera proposición, de la citada Convención–, ora por no llegar a configurarse el delito particular de la desaparición forzada que se quiere introducir, se estaría ejerciendo una manifiesta coerción sobre el imputado a dar información sobre el hecho por él cometido.

Tal coerción es violatoria de la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo (artículo 18, Constitución Nacional), la cual –tal como he dicho en ocasión del tratamiento de muchos otros proyectos deficientes sancionados por una o ambas Cámaras de este Honorable Congreso– marca el centro neurálgico de las garantías procesales del estado de derecho: el principio *nemo tenetur se ipsum prodere*, que reconoce un profundo fundamento de filosofía moral¹.

Para que el no suministro de información pudiera computarse en contra del imputado ello debería limitarse en verdad, por imperativo del principio “*nemo tenetur*”, al caso en que, antes de todo pro-

¹ Explicación del principio, en diversas formulaciones: “*Nemo tenetur armare adversarium contra se*: nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo. V. Baldo, com. 1, según Código Justiniano, 2, 1, 4”. “*Nemo tenetur se ipsum prodere*. Nadie está obligado a traicionarse. Ni tiene que denunciarse, ni incriminarse en una declaración, sea como inculpado o como testigo. V. decreto de Graciano, 2, 33, 3, 87, invocando a Juan Crisóstomo”. Cf. ambas transcripciones en la recopilación de Detlef Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter [Aforismos y reglas jurídicas latinas]*, Darmstadt, 5ª ed., 1982, ps. 134 y s. (reglas 79-81). Con frecuencia, el principio es formulado también bajo el modo: “*nemo tenetur se ipsum accusare*”; o bien “*nemo tenetur se detegere*”.

ceso o al menos antes de la individualización del sospechoso respectivo, nada se sepa del destino de la víctima, inmediatamente de cometido el hecho y por un tiempo considerable. Sólo en este caso se podría admitir el computar como ingrediente disvalioso del hecho inicial, el desconocimiento subsiguiente del paradero de la víctima, que estaría producido por el mismo acto comisivo previo (y se mantendría como tal en virtud de una “omisión”). Mientras el sospechoso de autoría o participación en el hecho previo no esté individualizado personalmente, no habría una violación al principio *nemo tenetur* en el hecho de que el desconocimiento del paradero de la víctima sea computado en contra de todos los eventuales responsables. Es manifiesto que en los casos que están en el centro de la atención, como los de miles de desapariciones habidas en la Argentina entre 1976 –o aún antes– y 1983, el hecho inicial se da ya en circunstancias que producen activamente una desaparición prolongada, con incertidumbre sobre el destino de la víctima. Esto está producido ya por el hecho inicial y no hace falta incorporar un elemento omisivo adicional; sólo que la omisión posterior mantiene inalterado el estado de cosas en tanto perdure la incertidumbre sobre el destino de la víctima. Pero esta particularidad no justifica en absoluto la previsión que se presente incorporar.

a) Por un lado, ni la Convención, ni el texto proyectado –que es básicamente correspondiente a aquél–, pretenden restringir su aplicación al caso de una falta de información anterior al proceso, sino que precisamente tienden a compeler al imputado a dar la información correspondiente en el proceso en que él mismo es juzgado, lo cual pone al texto en irremediable oposición al artículo 18 de la Constitución Nacional. Las previsiones particulares del proyecto que lleva dictamen mayoritario favorable de las comisiones de Legislación Penal y Derechos Humanos y Garantías, en tanto se establece un régimen de beneficios por las informaciones suministradas ponen de manifiesto que el objetivo central, también en el proyecto, tiende a la producción de información en el proceso penal, previéndose incluso un tipo penal propio para el caso de quien quiere acogerse a este sistema de “contratación de beneficios” y produce información falsa en perjuicio de terceros: una “ilusión”, porque a quien se sienta a negociar como comerciante sólo le interesa el saldo de beneficios, y la pena con la que se reprime este hecho es muy inferior a la de la desaparición forzada de personas: en todo caso a este imputado le convendrá siempre mentir, incriminando a terceros, para tratar de sustraerse de la pena principal, aun a riesgo de ser descubierto en esta trampa. Tal como he dicho más de una vez al rechazar las iniciativas que han ido corrompiendo cada vez más nuestro sistema penal –en una de sus últimas manifestaciones mediante la sanción de una “ley de arrepentido” para hechos de terrorismo (una ley en sí misma terrorista)–, la lógica del mercado es in-

compatible con la justificación moral de un castigo estatal; o la pena se establece en función del ilícito y la culpabilidad (la pena justa) o es el derivado de un negocio; pero, en el negocio, puede convenir privar hoy de libertad y hacer desaparecer a alguien, y luego ofrecer información sobre el paradero para obtener indulgencia. ¿Qué, si no la exaltación del terrorismo de Estado, implica la lógica del beneficio en una ley de esta naturaleza?

b) Por otro lado, sería notoriamente extraño restringir la aplicación del precepto a la falta de información previa al proceso, porque, aun cuando se pueda considerar moralmente reprobable que el autor de un hecho punible no reduzca todo lo posible los costos de su ilícito penal una vez cometido éste –por ejemplo, por un comportamiento posterior al hecho de sentido positivo (esfuerzos por reparar a la víctima, indemnización a sus deudos, etcétera)–, en todo caso pertenece a la lógica de todo hecho punible el que, con posterioridad a la comisión del delito, el autor realice actos de auto-encubrimiento.

Si un principio como el que se quiere consagrar con este proyecto (y la Convención misma) fuera legítimo desde el punto de vista constitucional, él debería poder ser generalizado a la comisión de cualquier delito, de tal modo que se pudiera evaluar en contra del autor del hecho, que él no indique donde escondió el cadáver de la víctima de un homicidio simple, que no indique el destino dado a las cosas sustraídas en un robo, que haga desaparecer los rastros de una violación, por ejemplo, quemando las ropas de la víctima, etcétera. Pero es un dato contenido ya en el juicio de disvalor propio de toda conminación penal, que el autor del hecho no pretenderá delatarse acto seguido, y que, por ello, hará maniobras de disimulación de lo ya cometido; esos actos ulteriores al hecho son los llamados “copenados” actos posteriores, es decir, actos que ya están implicados en el juicio de ilícito (de disvalor) sobre el hecho principal inicial. ¿Cómo podría constituirse, pues, en elemento especialmente incriminante, y de las características de especial elemento agravatorio de un delito ya cometido, el que el autor no aclare cómo fue el decurso de los hechos de su propio delito? ¿Cómo podría ocurrir que la causalidad o la eficiencia estatal en esclarecer el hecho –por ejemplo, al ser encontrado el cadáver de la víctima prolijamente enterrada a los pocos días de cometido el hecho– pueda influir sobre la configuración del delito con elemento omisivo posterior o sin él?

Detrás de una lógica de esa naturaleza se oculta el hecho de que se trata aquí, claramente, de la consagración de un “delito de sospecha”. Se pretende tratar al autor o partícipe de una privación de libertad seguida del desconocimiento del paradero de la víctima como autor presuntivo de un homicidio, a excepción de que él aclare y demuestre que las cosas ocurrieron de otro modo, por ejemplo, que la víctima murió de un infarto en el momento de la apre-

hensión ilícita, que huyó al extranjero o que fue efectivamente matada tal como era el designio originario de sus captores, etcétera. Justamente el proyecto que aprueba el dictamen de mayoría prevé una escala penal bien inferior a la del homicidio –similar a ésta, en cambio, en el proyecto originario–; pero la Convención que se pretende recibir con este texto buscaba una pena correspondiente a la del asesinato, como lo demuestra la expresión del artículo III de la Convención, según la cual “los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. La expresión “extrema gravedad” presupone que se trata de un delito análogo, en su gravedad, a todos los que tienen prevista la pena máxima de la legislación respectiva, en nuestro caso, por ende, la pena del asesinato (o al menos a la del homicidio simple).

Este defecto es tan esencial, que pertenece a un plano secundario –en el que no habré de entrar en detalles– el poner de manifiesto la paradoja que se plantearía en el caso de un autor maligno que le hubiera dado a la víctima el peor destino imaginable –su muerte en condiciones circundantes de alevosía–, si llegado el caso al proceso penal, e individualizado ese autor como sospechoso, él ofreciera en descargo de la imputación por “desaparición forzada de personas”, el dar el paradero definitivo del cadáver de la víctima y explicar todas las circunstancias del hecho: “la víctima murió de tal y cual forma, a mi voluntad y total arbitrio, en la noche del día tal, con los mayores padecimientos irrogados por mí mismo (etcétera, etcétera)”. Ante esta declaración del imputado, y suponiendo que la incertidumbre inicial no se haya extendido demasiado tiempo, el tipo penal de “desaparición forzada de personas” no se hallaría realizado por faltar el elemento (negativo) de negarse “a dar información” –si es que se le da al texto, tal como lo presupone su origen, el sentido de información dada también, o especialmente, ante las preguntas de una autoridad de investigación, de un proceso penal concreto ya iniciado–. Pero, a su vez, podría alegar el autor del hecho que la información suministrada por él para la identificación del cadáver y destino final de la víctima no puede ser utilizada en su contra para una imputación por homicidio (ni simple, ni agravado), pues se trata de una información que él tuvo que dar coactivamente, en el sentido de que, si no la daba, habría de haberse agravado su situación procesal. ¿O es que, al contrario, se pretenderá ahora que el susodicho puede ser penado por homicidio usando de la propia información suministrada por él para obtener una rebaja? ¿qué rebaja? Y, en caso contrario, si no puede ser utilizada esa información –tal como yo lo pienso– y a la vez no se configura el delito de desaparición forzada: ¿quién podría justificar un sistema que invita al ho-

micidio clandestino, bajo la condición de que después se diga que la víctima efectivamente fue muerta y se aclare también el lugar en que yace el cadáver?

Frente a esta grave lesión a los principios esenciales del estado de derecho no vale excusarse invocando la “protección de los derechos del hombre”. El alto valor del interés supuestamente protegido por una disposición penal nunca justifica una lesión a las garantías del imputado. Por ello, dejo en un plano secundario el poner de manifiesto que estos instrumentos propios de la corrupción moral, del abandono del pensamiento penal ilustrado, tienen el efecto político contrario al que se persigue; esta discusión requiere de demostraciones empíricas que no es factible desarrollar en un dictamen legislativo. Lo decisivo es que, ya en su formulación teórica, con un sistema legal como el que se propone las garantías del hombre no están protegidas, sino conculcadas. Esto se demuestra del modo más claro si se reflexiona directamente en términos de aplicación de tormentos. Sería de desear que todos los hechos de privación de libertad presuntamente seguidos de muerte (por ejemplo, la desaparición de miles de personas en la dictadura del pasado argentino aún reciente) fueran esclarecidos hasta en sus últimos detalles; pero ninguna persona realmente respetuosa de los derechos humanos querrá obtener tal esclarecimiento a costa de la aplicación de tormentos a los sospechosos de haber cometido hechos semejantes. Del mismo modo hay que proceder, pues, cuando el principio violado no es la proscripción de la tortura y los tratos crueles o degradantes, sino el valor consustancial al estado de derecho, de que el imputado no está obligado a colaborar con su persecución penal, ni a esclarecer su propio delito; el compelerlo a ello es ya un trato “degradante” (degradante para el individuo y para el Estado).

III. *Comparación con otros institutos afines.* Aun cuando la cuestión pertenece a un plano de gravedad institucional completamente distinto –violación de los derechos humanos, en un caso, corrupción administrativa, en el otro– acoto que la lesión al principio “*nemo tenetur*” se halla en otras disposiciones legales. En particular, es una (lamentable) distinción argentina la creación en varios países de América latina del llamado delito de “enriquecimiento ilícito de funcionario público”, que también consiste en la demostración, por parte del Estado, de un componente positivo (producción de enriquecimiento en el patrimonio de un funcionario), con más un componente puramente negativo, cuya destrucción se pone a cargo del imputado, so pena de ser sancionado penalmente con una pena análoga a la de los delitos que se presume que él habría cometido para llegar a la situación de enriquecimiento: ya allí se trata de un “delito de sospecha”. Se pretende reemplazar la falta de prueba de los delitos supuestamente cometidos, por la falta de esclarecimiento del autor de su situación patrimonial,

presumiendo que ha de haberse enriquecido por alguna de aquellas vías. No habré de agotar aquí la explicación detallada de la cantidad de vicios en derechos fundamentales que se acumulan en esa disposición legal, porque son ya largamente conocidos, por más que la jurisprudencia argentina haya tratado de desviar la mirada, como si allí no hubiera una gravísima violación a los derechos humanos². La Sala Constitucional de Costa Rica, en cambio, ha declarado lo obvio: que una conminación penal de esa clase viola las garantías individuales, un manifiesto delito de sospecha³.

Una experiencia similar se dio en Italia, según lo explica Giuliano Vasalli en su trabajo *Emergencia criminal y sistema penal*, publicado en 1995 en el libro de homenaje al profesor argentino David Baigún⁴: “En el marco de la lucha tendiente a golpear de cualquier modo los patrimonios de procedencia dudosa, esta disposición creaba la figura de un delito autónomo de ‘posesión injustificada de valores’ [,] penando con reclusión de dos a cinco años a determinados sujetos cuando no podían justificar la legítima proveniencia de la titularidad o disponibilidad ‘de dinero, bienes u otras utilidades de valor desproporcionado con respecto a la renta declarada para el pago de impuestos o a la propia actividad económica’. Eran sujetos activos de dicha nueva figura delictuosa quienes de cualquier manera fueran sometidos a proceso penal por un delito de contrabando, de mafia o conectado, de extorsión, usura, tráfico de estupefacientes o en relación al cual estuvo en curso un proceso para la aplicación de una medida de prevención. [...] La Corte Constitucional decidió (sentencia del 19 de febrero de 1994, N° 48) la ilegitimidad constitucional de dicha norma desde el punto de vista de la violación del principio de la presunción de no culpabilidad. [...] La decisión halló general aprobación, aun en el marco de un ordenamiento enteramente orientado a combatir la formación ilícita de patrimonios...”.

En el marco, a su vez, de una figura completamente distinta, pero con una debilidad constitucional idéntica respecto del principio de inocencia y de la garantía de no estar obligado a declarar contra sí

mismo, fue la demanda de inconstitucionalidad presentada en España ante el Tribunal Constitucional, en razón de que el artículo 509 del antiguo Código Penal español penaba al que tuviere en su poder “...instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo, ... y no diere ... descargo suficiente sobre su adquisición o conservación”. En su sentencia del 8 de junio de 1988, el Tribunal Constitucional español entendió que el texto del artículo 509, entonces vigente, daba lugar a dos interpretaciones: a) La primera, que la parte negativa de no dar descargo suficiente fuera considerada como la lisa y llana confirmación de una presunción *iuris tantum* del mal uso que se pudiera hacer de los instrumentos poseídos. b) La segunda, que el Estado debía probar que la tenencia estaba destinada a un robo ulterior, y que, entonces, la parte negativa de no dar descargo suficiente no constituyera una referencia a “una actividad necesaria del acusado, sino a una actividad libre de éste [...] para alegar y probar una destinación diferente” de los instrumentos. La conclusión del Tribunal Constitucional español fue que la primera interpretación –es decir, la que consideraba obligatorio dar un descargo suficiente– era inconstitucional, mientras que la segunda, no. Esta declaración de inconstitucionalidad de una de estas dos interpretaciones posibles llevó a una reforma inmediata del texto legal, en la que se suprimió la parte referida a la “obligación de descargo”. Pasó a ser así un delito de tenencia de instrumentos para el robo, tal como puede haber delitos de tenencia de otros objetos considerados peligrosos; sólo que la carga de la prueba de la naturaleza del instrumento quedaba exclusivamente a cargo del Estado. Es interesante advertir que en los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional español se explica que la lectura del artículo 509 del antiguo Código Penal español, que obligaba al descargo suficiente como un “deber”, era contraria al principio de inocencia y a la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo.

IV. *Otras connotaciones e implicancias.* Por otro lado, la pregunta pendiente, en otro plano de consideraciones, es la de qué necesidad material existe de crear una figura como la de “desaparición forzada de personas” a la manera de un delito de sospecha. En los casos paradigmáticos, tales hechos se dan en contextos tales en que, junto a la parte activa del tipo (la privación de libertad), está claramente probado, al menos en un gran número de casos, la comisión de muchos otros graves delitos (aplicación de tormentos, homicidios), o la concurrencia de muchas circunstancias agravantes de la misma privación de libertad (sea por los medios especialmente lesivos de comisión, por la duración de la privación de libertad, por los padecimientos de la víctima o los resultados ruinosos para sus negocios, etcétera). Basta, pues, con la conminación penal de estos hechos para la prevención suficiente.

² Cf., al respecto, Marcelo Sancinetti, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994; ídem, *Sobre la inconstitucionalidad del llamado delito de “enriquecimiento ilícito de funcionario público”*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año V [1999], N° 8-C, pp. 915 ss.

³ Véase la publicación de la sentencia en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, año V [1999], N° 8-C, pp. 969 ss.

⁴ Giuliano Vasalli, *Emergencia criminal y sistema penal*, en *El derecho penal de hoy* (Homenaje al profesor doctor David Baigún), Del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 425 ss., esp. pp. 443 ss.

Lo que los Estados americanos deben hacer no es el simular protección de los derechos humanos incorporando a los códigos penales figuras lesivas de las garantías más elementales, sino aplicar con decisión y sin renunciamentos las leyes penales que rigen desde el Código de Napoleón a los hechos efectivamente probados, sin pedirle al imputado ninguna “colaboración”.

Con las leyes de “Punto Final” y “Obediencia Debida” la Nación argentina quedó como abanderada de estos países del sur, en el afianzamiento de la impunidad ante las violaciones de los derechos humanos. Esto no se puede modificar por la incorporación de una figura simbólica que simplifique trabas probatorias mediante un “delito de sospecha”, si ante los casos probados de miles de desapariciones y muertes se quiso echar mano a un manto de olvido con invocación de objetivos de reconciliación.

A este respecto, ya me he expedido a comienzos de 1998, cuando propuse el “Restablecimiento de la vigencia de los derechos fundamentales del hombre” mediante un proyecto de ley que declaraba nulas las leyes mencionadas, y ordenaba restablecer el conocimiento de las causas pendientes que en su momento fueron cerradas arbitrariamente en cumplimiento de aquellas leyes inválidas⁵. Ciertamente, esa propuesta presentaba dificultades –no tan graves como las que anidan ahora en este proyecto– desde el punto de vista de las garantías constitucionales, dificultades ellas que, sin embargo, yo consideraba superables con diversos argumentos que expuse sumariamente, pero que pueden ser desarrollados con gran extensión. No es el momento de debatir si mis consideraciones de entonces eran acertadas. Lo cierto es que el Congreso Nacional transitó otro camino; y que, con ello, también dejó de lado, sin la menor reflexión o palabra aclaratoria, mi propuesta de que la acción penal por “Crímenes de guerra y de lesa humanidad” fuera declarada imprescriptible: también la derivada de la desaparición forzada de personas. Nada de esto fue ley. A cambio de ello, los Estados americanos ven como solución para el futuro el convertir al imputado en su propio persecutor penal, so pena de penarlo por no querer serlo.

A ello se le añade, como broche final de la corrupción moral de nuestros pueblos, el ofrecerle “rebajas de ocasión” para el caso de que la información suministrada por él como persecutor de sí mismo aporte más de lo que se esperaba: una invitación final a desaparición forzada de personas en el futuro, con el plan artero de una astuta explicación posterior.

⁵ Cf. las referencias respectivas en Sancinetti/Ferrante, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, esp. pp. 477 ss.

V. *Conclusiones*. En suma, no se puede convertir al silencio del imputado, a su “falta de colaboración” en el “esclarecimiento de su delito”, o de las consecuencias de su delito, etcétera, en un elemento de su propia incriminación penal. Aquel que no pueda comprender esto como un elemento esencial del estado de derecho estará impedido de pensar en términos del estado de derecho; y sólo quedará para él la posibilidad de un Estado autoritario, que reclama para sí el derecho penal propio del trato al enemigo, no del trato al ciudadano.

Bernardo P. Quinzio.

INFORME

Honorable Cámara:

La Comisión de Legislación Penal al considerar el proyecto de ley del señor diputado Funes, por el que se modifica el Código Penal de la Nación incorporando la figura de la desaparición forzada de personas, cree innecesario abundar en más detalles que los expuestos en los fundamentos que lo acompañan, por lo que los hace suyos y así lo expresa.

Dámaso Larraburu.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Los países signatarios han sido la Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Uruguay, habiendo firmado la Convención el 10 de junio de 1994.

Como indica el Preámbulo de la Convención, “el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este hemisferio, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

La lucha y la prédica permanente por afirmar en nuestro país las instituciones democráticas, luego de largos años de alternancia con dictaduras militares, nos obliga como representantes del pueblo a cerrar a los enemigos de los derechos humanos, cualquier camino a sus siniestras intenciones para con nuestro pueblo. El resurgimiento de ideales nazis en algunas sociedades, la preocupante prédica de sectores terroristas, en un marco de desprecio hacia las instituciones democráticas y republicanas en diversos países, nos alertan y nos obligan a ser puntillosos al legislar condenando taxativamente cual-

quier intento de conculcar derechos individuales y colectivos de nuestra sociedad.

El Estado argentino sostiene la necesidad de creación de una corte internacional que pueda juzgar delitos de lesa humanidad cometidos por gobiernos, ya que la protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno y tiene como fundamento los atributos de la persona humana. En este contexto, la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad.

Estoy convencido de que esta Convención contribuye a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el hemisferio y, por ende, constituye un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho.

Teodoro R. Funes.

ANTECEDENTE

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1° – Tipifícase como delito, la desaparición forzada de personas e incorpórase dicha figura como artículo 142 ter del Código Penal.

Art. 2° – Será penada con reclusión perpetua la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera fuera su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Art. 3° – La desaparición forzada de personas constituye un delito no susceptible de amnistía, indulto o prescripción.

Art. 4° – La desaparición forzada de personas no constituye un delito político para los efectos de la extradición; por ende se considera incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados parte.

Art. 5° – En los supuestos establecidos en el artículo 1° y 2°, podrá excepcionalmente reducirse la escala penal aplicando la de la tentativa o limitándola a la mitad al o a los imputados que hubieren participado en actos que constituyan desaparición

forzada de personas y que, antes del dictado de la sentencia definitiva colaboren eficazmente con la investigación. Para obtener el beneficio se deberá brindar información esencial para contribuir a la aparición forzada de la víctima, o evitar la consumación o continuación del delito o la perpetración de otro, o ayudar a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos, o suministrar datos de manifiesta utilidad para acreditar la intervención de otras personas, siempre que el delito en que se encuentren involucrados el o

los beneficiarios sea más leve que aquel respecto del cual hubiere brindado o aportado su colaboración.

Art. 6° – En los mismos supuestos podrá eximirse de pena, cuando la información brindada hubiere permitido acreditar la existencia de la asociación ilícita, o la intervención de alguno de sus miembros en el hecho delictivo, determinando así el respectivo sometimiento a proceso de quienes no hubieran sido imputados hasta entonces.

Art. 7° – La reducción de pena prevista precedentemente deberá ser decidida por el tribunal de juicio al dictar la sentencia definitiva. Sin embargo cuando resulte conveniente, en cualquier estado del proceso, podrá previo dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal, suspenderse el ejercicio de la acción penal con relación al imputado que hubiere prestado la colaboración. Si se estimare que la colaboración no es esencial o de utilidad, se dispondrá la continuación del proceso hasta el dictado de la sentencia definitiva. En caso contrario se declarará extinguida la acción penal.

Art. 8° – Las declaraciones de las personas mencionadas en las disposiciones anteriores, carecerán de valor si no se producen con el contralor de la acusación y la defensa, del modo establecido en las leyes procesales. Los elementos probatorios obtenidos mediante la colaboración prevista en esta ley podrán exclusivamente ser utilizados en el mismo proceso o en otros por hechos relacionados o conexos con el que motivó aquél.

Art. 9° – Si fuera presumible que el imputado que hubiere colaborado, o sus familiares corrieren riesgos respecto de la integridad personal de cualquiera de ellos, se adoptarán las medidas de protección necesarias, incluidas la provisión de los recursos indispensables para cambiar de actividades laborales y la sustitución de identidad.

Art. 10. – Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Teodoro R. Funes.