

**PROPUESTA DE TIPO PENAL DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS COMO CONDUCTA CRIMEN DE LESA HUMANIDAD PARA EL CÓDIGO PENAL COSTARRICENSE**

**CRIMINAL PROPOSAL OF ENFORCED DISAPPEARANCE OF PEOPLE AS CRIMINAL BEHAVIOR AGAINST HUMANITY FOR THE COSTA RICAN CRIMINAL LAW**

**Rafael Andree Salgado Mejía**

Abogado, Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Estudiante de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, México.

[rasmsr@hotmail.com](mailto:rasmsr@hotmail.com)

Fecha de recepción: 17 de febrero, 2019

Fecha de aceptación: 23 de marzo, 2019

**RESUMEN**

El propósito de este trabajo es analizar cómo se encuentra tipificado el crimen de lesa humanidad en el Código Penal de Costa Rica, con el objetivo de determinar si la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad se encuentra bajo los parámetros internacionales del tipo penal. Asimismo, se demostrará que no se puede tipificar la desaparición forzada como delito y como conducta de crimen de lesa humanidad en un único tipo penal. Si bien es cierto, se hará alusión a principios, sentencias y normas, la postura epistemológica a utilizar será el formalismo jurídico porque nos centraremos en la normativa nacional e internacional. Finalmente, se harán algunas propuestas para tipificar la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad.

**PALABRAS CLAVES:** Código Penal de la República de Costa Rica; Crimen de lesa humanidad; Derechos Humanos; Desaparición Forzada.

**ABSTRACT**

The purpose of this paper is to analyze how the crime against humanity is classified in the Criminal Code of Costa Rica, in order to determine whether the enforced disappearance as a crime against humanity is under international standards of the type penal. Likewise, it will be show that enforced disappearance cannot be classified as a crime and as a crime against humanity in a single criminal category. Although it is true, reference will be made to the principles, judgments and norms, the epistemological position to be used will be legal formalism because we will focus on national and international regulations. Finally, some suggestions will be made to classify enforced disappearance as a crime against humanity.



**KEY WORDS:** Penal Code of the Republic of Costa Rica, Crime against humanity; Human Rights; Enforced disappearance.

## **I. LA DESAPARICION FORZADA COMO CONDUCTA DE CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL CODIGO PENAL COSTARRICENSE**

En la actualidad existen cuatro instrumentos internacionales que definen la Desaparición Forzada de Personas, de los cuales, uno es una declaración y tres son tratados internacionales; uno es regional y tres universales; uno es de Derecho Penal y tres sobre Derechos Humanos; uno de carácter no vinculante y tres de carácter vinculante y estos últimos, en virtud a los principios *de buena fe* y la norma *Pacta Sunt Servanda* obligan al Estado Costarricense: La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, ratificada el 2 de junio de 1996 (CIDH); el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal internacional, ratificado el 7 de junio de 2001 (ICC) y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, ratificada el 16 de febrero de 2012 (United Nations).

Concomitantemente al ámbito nacional, el caso costarricense es *sui generis*, porque las definiciones de desaparición forzada contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos -La Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas- y de derecho penal – Estatuto de Roma- son aplicables si a su vez se cumplen los elementos de contexto del crimen de lesa humanidad.

Esta aseveración se hace en vista que el artículo 386 del Código Penal señala que este crimen se materializa cuando se reúnen los elementos de contexto, y además, se comete cualquier acto que pueda calificarse como crimen de lesa humanidad que, entre esos actos, el artículo 7, numeral 1, fracción i) del ER incluye la desaparición forzada de personas.

Artículo 386.- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma. (SCIJ)

A prima facie el Código Penal al no señalar los actos que constituyen crimen de lesa humanidad porque los remite a los “tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los derechos humanos, y del Estatuto de Roma” resulta contrario al *principio de legalidad* reconocido en el propio código penal y en su Constitución Política.

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En adelante CIDH) se ha referido sobre la formulación de tipos penales conforme al principio de legalidad, diciendo que ese principio consta de dos dimensiones una formal y otra material, ésta última la explica de la siguiente manera:

[L]a dimensión material del principio de legalidad implica que los tipos penales estén formulados *sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos que no constituyen delitos sancionables o son sancionables bajo otras figuras penales.* (CIDH 2015, párr. 243, énfasis propio)

La Corte IDH en cuanto a la dimensión material del principio de legalidad sostiene una postura similar de la CIDH declarando que:

La elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, *en forma expresa, precisa, taxativa y previa.* (Corte IDH 2014, párr.162, énfasis propio)

El artículo 386 del Código Penal da la posibilidad que sean consideradas las definiciones de desaparición forzada de personas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional penal. Para el caso del tipo penal de la Desaparición Forzada de Personas, hay que tomar en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos establece elementos de la desaparición forzada de personas que se oponen a los del derecho internacional penal y de igual manera éste con respecto al otro, por ello, lo ideal es que dicha conducta se encuentre escrita en ley, tipificada, especificada y de forma clara, para garantizar su sentido inequívoco.

Asimismo, los instrumentos internacionales de derechos humanos, en oposición a los de derecho internacional penal -Estatuto de Roma- no establecen tipos penales, sino estándares internacionales, en ese sentido, los Estados deberán armonizar en sus respectivas legislaciones internas dichos estándares.

## **II. DISTAS DE LA DESAPARICION FORZADA COMO CONDUCTA DE CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL ESTATUTO DE ROMA Y COMO DELITO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Para el análisis de la desaparición forzada de personas para su aplicación como conducta de crimen de lesa humanidad se harán varias precisiones, ya que, como se demostrará, no podríamos tratar de mezclar en un único tipo penal los

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



elementos de cada uno de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos sobre Desaparición Forzada de personas con el tipificado en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

## **II.I. ELEMENTOS DE CONTEXTO**

En el artículo 7, numeral 1, se identifican los elementos de *contexto* del crimen de lesa humanidad, los cuales serán divididos de la siguiente manera:

### **II.I.I. ATAQUE**

El artículo 7 numeral 2, fracción a) del ER señala que deberá entenderse como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.”

Si nos remitimos a la jurisprudencia del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, 1993 (En adelante TIPY) se entiende “como el curso de una conducta que involucra la comisión de actos de violencia., sea o no armada” (Medellín Urquiaga, Arjona Estévez y Guevara B 2009, p.70).

### **II.I.II. EL ATAQUE DEBE SER GENERALIZADO O SISTEMÁTICO**

El TIPY “se refiere a la naturaleza extensa (a generalizada) del ataque y a la cantidad de personas seleccionadas como objetivo.” También que, “[u]n delito puede ser generalizado por el ‘efecto acumulativo de la serie de actos inhumanos o por el efecto singular de un acto inhumano de extraordinaria magnitud” (Medellín Urquiaga, Arjona Estévez y Guevara B 2009, p.71).

También, la jurisprudencia del TIPY asentó que, “el elemento de sistematicidad se refiere a la naturaleza organizada de los actos de violencia y a la improbabilidad de su ocurrencia casual” y que “[l]os patrones de los crímenes, en el sentido de repetición no accidental de una conducta criminal similar de manera regular, son una expresión común de dicha ocurrencia sistemática” (Medellín Urquiaga, Arjona Estévez y Guevara B 2009, p.71).

### **II.I.III. CONTRA UNA POBLACIÓN CIVIL**

Ximena Medellín, Juan Carlos Arjona Estévez y José A. Guevara (2009), citando la jurisprudencia del TIPY se refieren a este elemento de la siguiente manera:

De conformidad con la jurisprudencia del TIPY, en los crímenes de lesa humanidad la población civil debe ser el principal objetivo del ataque. El término “población civil” debe ser interpretado de manera amplia, y se refiere a población que es predominantemente civil en su naturaleza. Una población podrá calificarse como “civil” aun cuando haya no-civiles dentro de ella, en tanto que continúe siendo predominantemente civil. La presencia dentro de la población de miembros de grupos de resistencia, antiguos combatientes, quienes han depuesto las armas, no altera por sí mismo la naturaleza civil de la población. (p.72)

#### II.I.IV. CON CONOCIMIENTO DE DICHO ATAQUE

Este elemento se refiere a que el perpetrador haya tenido conocimiento de que cualquiera de las conductas que constan en el artículo 7 numeral 1 del ER era parte “de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo” (Medellín Urquiaga, Arjona Estévez y Guevara B 2009, p.72).

#### II.II SUJETO ACTIVO

Los tres instrumentos de Derechos Humanos sobre desaparición forzada estipulan que para que se configure la conducta como desaparición forzada por parte de particulares o grupos de particulares, es decir, aquellos que no sean agentes del Estado, es necesario “que” hayan actuado con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Sin embargo, el Estatuto de Roma, señala conducentemente que “[p]or “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia” (énfasis propio)

La tercera conjunción disyuntiva “o” de este fragmento es la que hace diferente esta definición de las otras tres tipificadas en los instrumentos de Derechos Humanos, porque en estas últimas se utiliza en lugar de la “o” la palabra “que”. Esto implica que para el Derecho Penal Internacional, la desaparición forzada puede ser cometida por agentes no estatales sin que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia de un agente del Estado, o si, pero esta conjunción “o” hace que desde la misma “o” hasta aquiescencia sea innecesaria porque para la definición del Estatuto de Roma una organización política sin la autorización, apoyo o aquiescencia puede ser responsable de este crimen en un contexto de crimen de lesa humanidad, es decir, que sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

Cabe agregar que ésta definición también acrecienta la calidad especial de los autores en relación a los particulares que actúen bajo la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, extendiéndose a una organización política. Por el cual se puede afirmar que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la desaparición forzada es siempre un crimen de Estado y por otro extremo para el

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



Derecho Penal Internacional es un crimen de particulares, individuos o personas naturales. No obstante, los particulares *per se* no pueden ser considerados como autores si estos no actúan con la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado o bien de una organización política.

Es importante hacer una precisión en cuanto al concepto de *organización*. El crimen de lesa humanidad es independiente de la guerra, no se debe probar un nexo con un conflicto armado, indistintamente de índole internacional o no, y además es indispensable que las conductas sean cometidas como parte de un *ataque generalizado o sistemático contra una población civil*, es decir, como parte de una línea de conducta de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política, (ONU 1998, artículo 7, numeral 2, literal a)).

En el Derecho Internacional Humanitario, o *jus in bello*, se requieren ciertos componentes para que una organización sea considerada como tal y los mismos los podemos apreciar en la definición de conflicto armado de carácter no internacional establecido en el artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional de 1977, el cual conducentemente señala que son aquellos:

[...] que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo. (CICR, art.1)

Podríamos concluir que, por analogía, se requiere que gocen de un nivel de organización colectiva que les permita llevar a cabo operaciones sostenidas y concertadas, y; que ejerzan un control mínimo sobre el territorio. Tal como señala y desarrolla Kai Ambos (2012) [...] Estos actores deben estar en condiciones de actuar como un Estado, es decir, deben poseer una capacidad similar en organización y fuerza” (p.7).

*En el caso de incorporar entre los perpetradores a agentes no estatales que no actúen con la aquiescencia, apoyo o autorización del Estado en el tipo penal de la desaparición forzada cuando esta no sea conducta de crimen de lesa humanidad*, en el informe del grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias sobre la visita a Colombia realizada del 5 al 13 de julio de 2005, en los párrafos 48 y 49 señaló conducentemente lo siguiente:

48. Aunque la inclusión de agentes no estatales que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo o consentimiento *puede parecer a primera vista un progreso de la*

[Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)



*ley, en el sentido de que ofrece más protección que la definición limitada de la Declaración, el Grupo de Trabajo opina que la desaparición forzada es un "delito de Estado" (en oposición al secuestro). Aunque en otros casos de violaciones de los derechos humanos la inclusión de agentes no estatales ofrece de hecho más protección a las víctimas (por ejemplo, en el caso de la discriminación o de derechos humanos laborales o ambientales), en el caso de la desaparición forzada dicha inclusión diluye la responsabilidad del Estado.*

49. Por la misma razón, el Grupo de Trabajo se niega a aceptar la actitud oficial colombiana respecto de las "desapariciones", que vincula la definición del fenómeno con los "secuestros", o lo equipara incluso a éstos. *La aceptación de esta definición equivaldría a diluir o suprimir la responsabilidad del Estado por los actos de "desapariciones". El Grupo de Trabajo se empeñó en recalcar que las "desapariciones" son responsabilidad del Estado, en tanto que los "secuestros" se atribuyen a individuos no estatales, pandillas o redes criminales. El Grupo de Trabajo también se esmeró en condenar tanto las "desapariciones" como los "secuestros", indistintamente de sus perpetradores, como actos reprobables.* (ONU 2006, énfasis propio)

No obstante, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas en su artículo 3 dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 de la convención en referencia que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables.

Por otro extremo, *En el caso de extraer entre los perpetradores a agentes no estatales que no actúen con la aquiescencia, apoyo o autorización del Estado en el tipo penal de la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad*, si bien es cierto que la Corte Penal Internacional se instituye como un tribunal complementario a las jurisdicciones penales nacionales, cuyas facultades únicamente las puede ejercer en aquellos casos en que los Estados que podrían ejercer su jurisdicción no quieren o no puedan hacerlo -principio de complementariedad: artículos 1 y 17 del Estatuto de Roma- este sería un buen argumento para que la Corte Penal Internacional ejerza su competencia so explicación que el Estado no quiere y/o no puede juzgar este tipo de casos en razón de la tipificación de la desaparición forzada como conducta de un crimen de lesa humanidad, en el sentido que no se podría juzgar esta conducta como crimen de lesa humanidad cuando sea perpetrada por una organización política o particulares que actúen bajo la autorización, apoyo o aquiescencia de ésta, porque no se admiten como perpetradores.

La Delegación para México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja, en vista que la definición convencional de una desaparición requiere de la participación directa o indirecta de agentes estatales, sin embargo, esto no

necesariamente engloba las diferentes modalidades de desapariciones que actualmente se cometen en México y considerando lo estipulado en el artículo 3 de la Convención Internacional, propone tipificar de alguna forma las desapariciones cometidas por particulares, proponiendo tres opciones :

1. Tipo autónomo de desaparición cometida por particulares, para lo cual puede servir de ejemplo la legislación de Querétaro en la materia.
2. Agravante a otros tipos penales como secuestro, privación ilegal de la libertad, homicidio o trata de personas. En este caso, será muy importante plantear la desaparición como consecuencia del delito principal y sus modos de comisión, y no como un elemento de intención para evitar elevar demasiado la carga probatoria.
3. Configurar el delito de desaparición como un delito que puede ser cometido por cualquier persona, agravándolo para el caso que sea cometido por una autoridad. (CICR 2015, pp.7-8)

Empero, atendiendo a lo que se ha desarrollado a lo largo de este trabajo se discrepa con estas opciones por los siguientes motivos:

1. En ninguno de los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia incorpora como sujeto activo a los particulares que actúen sin la autorización, apoyo o aquiescencia de agentes estatales. La excepción a esta regla la establece el ER pero únicamente se refiere a organizaciones políticas o a los particulares que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia de éstas.
2. Considerando lo desarrollado por el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias sobre la visita a Colombia, las opciones 1 y 3 vendrían a diluir la responsabilidad del Estado.
3. Con respecto a la opción 2, el hecho de incluir como agravante -de un raptó, secuestro u cualquier otro delito- la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, como señalan Kai Ambos y María Laura Böhm, constituye “una flagrante violación al derecho de no inculparse -*nemo tenetur se ipsum accusare*-. (Ambos y Böhm 2009, pp. 204-205, énfasis original)

Para resolver estas cuestiones propongo realizar un híbrido tomando como referencia los tipos penales de México y Argentina de la siguiente manera:

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

Concomitantemente a la *obligación de investigar y sancionar las desapariciones forzadas cometidas por personas o grupos de personas sin la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado establecida en el artículo 3 de la Convención Internacional*, se podría adoptar la fórmula mexicana, en específico, la establecida en la *Ley General en Materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas*. En el sentido de incorporar un tipo penal autónomo de “Desaparición”, el cual no contendrá el elemento conductual consistente en “la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.”

### II.III CONDUCTA

En el ER se distinguen dos momentos:

- I. “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia...”

Todos los instrumentos internacionales sobre la materia se refieren a acciones que consisten en la privación de libertad de uno o más personas. Empero, La fórmula: “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma”, de la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas, misma que si la comparamos con los demás instrumentos internacionales sobre la materia, resulta ser la de mayor especificidad y amplitud. El ER prescribe “la aprehensión, la detención o el secuestro, en ese sentido, no es recomendable introducir un tipo penal dentro de otro, porque afecta el carácter autónomo de este delito y en ese caso requerirían de ciertos elementos propios del tipo que se trate y adicionales al tipo de desaparición forzada para que se configure.

La Corte IDH en la sentencia de 12 de Agosto de 2008 del caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, señaló que, “una privación de libertad puede que sea legal en un principio, pero devenga ilegal al cabo de cierto tiempo o por determinadas circunstancias.” Asimismo, la Corte IDH, ha señalado que:

[...] la desaparición forzada de personas es un fenómeno diferenciado, caracterizado por la violación múltiple de varios derechos protegidos en la Convención. En tal sentido, y en atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas, no es suficiente la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura u homicidio, entre otras. (Corte IDH, 2009, párr. 238)

- II. “[S]eguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas...”

Las palabras “*seguido de*” del Estatuto de Roma, tienen la misma función copulativa que las palabras “*y que luego*” de la declaración del 92, “*seguida de*” de la convención interamericana como de la convención internacional, en el sentido que unen ciertas circunstancias que deben cumplirse adicionalmente pero no de forma inmediata a la privación de libertad para que se configure el delito.

Las referidas circunstancias son “la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas.” Si la comparamos esta fórmula a la establecida en los 3 instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia es identificable que son similares, por ejemplo, en la Declaración del 92 se refiere a *se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad*; la Convención Interamericana indica *la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona*; la Convención Internacional describe *la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley*, el cual si nos remitimos al dictamen aprobado por el Comité contra la Desaparición Forzada respecto de la comunicación número 1/2013, correspondiente al caso del Señor Roberto Agustín Yrusta de nacionalidad argentina mismo que conoció en función de sus facultades cuasi jurisdiccionales, se interpretó que [...] la falta de información o la negativa a reconocer una privación de la libertad constituyen una forma de ocultamiento para los efectos del artículo 2 de la Convención.” (ONU 2016, párr.10.4)

#### II.IV CONSECUENCIA

El componente consecuencial en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no es un elemento *per se* del tipo penal, sino una consecuencia o efecto de la conducta. No obstante, el ER, instrumento de derecho penal internacional si establece como elemento del tipo “la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.”

El artículo 5 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas señala que la “práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”, es decir, confirma que no es lo mismo una desaparición forzada *per se*, que una cometida dentro de una práctica generalizada o sistemática, las cuales pertenecen a dos ramas diferentes del Derecho Internacional (Derechos humanos y Derecho Penal) y por ello, al estar definidas de conformidad a cada rama, reconoce que no contienen el mismo contenido. Asimismo, dicho contenido contiene consecuencias diferentes, es decir obligan de forma diferente.

Por ello, la obligación de tipificar el delito de desaparición forzada *per se* -que vale mencionar en un instrumento de derecho penal nacional- establecida en el artículo 4 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas es de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no del Derecho Penal Internacional, salvo que en esta última de conformidad con el *principio pro persona* y de los artículos 37 y 43 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas, contenga normas más favorables a las reconocidas en la supra Convención.

No obstante, al agregar como elemento del tipo “la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado” vendría a socavar la posibilidad de ejercitar una acción jurisdiccional porque habría que probarse el elemento *mens rea*, lo que resulta casi imposible y lo que a la postre se convertiría en letra muerta el contenido de la definición.

Respecto a la fórmula “por un período prolongado”, el Comité contra la Desaparición Forzada en el caso Yrusta aludió que:

[...] para constituir una desaparición forzada, la privación de libertad debe ser seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley, cualquiera sea la duración de dicha privación de libertad u ocultamiento. (ONU 2016, párr.10.3)

Por estos motivos es preferible la fórmula que deja claro que este elemento es una consecuencia del tipo y no un elemento *per se* del tipo.

### III. CONCLUSIONES

PRIMERO: En la legislación costarricense la desaparición forzada solo se encuentra regulada como conducta de crimen de lesa humanidad, es decir, solo se materializa si se cumplen los elementos de contexto y, le es aplicable las definiciones de desaparición forzada contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos y de derecho penal.

SEGUNDO: Para el Derecho Penal Internacional, en oposición al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la desaparición forzada puede ser cometida por agentes no estatales sin que actúen con la autorización, apoyo o aquiescencia de un agente del Estado. Por ello, se propone que en el Código Penal de Costa Rica se indique que la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad se entenderá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7 del ER o bien, agregar un tipo penal autónomo de desaparición forzada de personas como conducta de crimen de lesa humanidad ya sea el establecido en el artículo 7 fracción

2 literal i) del ER o incorporar uno de mayor alcance a éste, es decir, modificando los elementos de conducta y consecuencia. Es importante mencionar que esto no es una contradicción si consideramos que el propósito de este trabajo es demostrar que se deben tipificar de forma separada, ya que la imposibilidad de regular la desaparición forzada como delito y como conducta de crimen de lesa humanidad deriva en el elemento del sujeto activo.

TERCERO: Con respecto a la obligación de investigar y sancionar las desapariciones forzadas cometidas por personas o grupos de personas sin la autorización, apoyo o aquiescencia del Estado establecida en el artículo 3 de la Convención Internacional, se podría incorporar un tipo penal autónomo de “Desaparición”.

CUARTO: El ER prescribe “la aprehensión, la detención o el secuestro, en ese sentido, no es recomendable introducir un tipo penal dentro de otro, porque afecta el carácter autónomo de la desaparición forzada. En este caso, se sugiere que se tipifique la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad con la fórmula de la Convención Interamericana sobre la materia que señala: “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma.”

QUINTO: El componente consecuencial en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos no es un elemento *per se* del tipo penal, sino una consecuencia o efecto de la conducta. No obstante, el ER, instrumento de derecho penal internacional si establece como elemento del tipo “la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.” El Comité contra la Desaparición Forzada en el caso Yrusta señaló que de cristalizarse la privación de la libertad, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, indistintamente del tiempo en que se encuentre desaparecida la víctima, el delito se configura. Por ello, se sugiere modificar este elemento de la desaparición forzada como conducta de crimen de lesa humanidad.

SEXTO: De tomarse en cuenta todas las consideraciones desarrolladas en este trabajo se hacen las siguientes propuestas:

*Crimen de lesa humanidad.* Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, quien realiza cualquiera de los actos siguientes cuando se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra población civil, y con conocimiento de dicho ataque:...”; [...] i) Desaparición forzada de personas

*Opción 1):* Para efectos del párrafo primero, por “desaparición forzada de personas” se entenderá lo dispuesto en el artículo 7 fracción 2 literal i) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

*Opción 2):* Para efectos del párrafo primero, por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

*Opción 3):* Para efectos del párrafo primero, por "desaparición forzada de personas" se entenderá la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o miembros de una organización política o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado o de una organización política, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, cualquiera que sea la duración de su desaparición, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

#### IV. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Ambos, Kai. «Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional.» *Revista General de Derecho Penal* 17, 2012: 1-30.

Ambos, Kai, y María Laura Bönm. *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa,* en *Desaparición Forzada de personas: análisis comparado e internacional*. Bogotá: Temis S.A., 2009.

*Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*. sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte IDH, 23 de Noviembre de 2009).

CICR. «Comité Internacional de la Cruz Roja.» *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 1977.

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm> (último acceso: 17 de Julio de 2018).

CICR. «Elementos Esenciales para Regular la Desaparición de Personas.» Delegación para México y América Central del Comité Internacional de la Cruz Roja, 2015.

CIDH. «A-60: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.» <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos7a.htm> (último acceso: 17 de Julio de 2018).

CIDH. «Informe Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos.» 2015.

*Corte IDH, Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas), párr. 162, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf). Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile (Corte IDH, 29 de Mayo de 2014).*

Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 31 de la Convención, respecto de la comunicación número 1/2013 (Comité contra la Desaparición Forzada, 2016).

ICC. «International Criminal Court.» [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/Pages/costa%20rica.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/latin%20american%20and%20caribbean%20states/Pages/costa%20rica.aspx) (último acceso: 17 de Julio de 2018).

Medellín Urquiaga, Ximena, Juan Carlos Arjona Estévez, y José A. Guevara B. *Manual básico sobre la Corte Penal Internacional*. México: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

ONU. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Roma, 1998.

ONU. «Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, misión a Colombia.» 2006.

SCIJ. «Sistema Costarricense de Información Jurídica.» [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=5027) (último acceso: 17 de Julio de 2018).

United Nations. «International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: New York, 20 December 2006.» *United Nations Treaty Collection*. [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg\\_no=IV-16&chapter=4&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&clang=_en) (último acceso: 17 de Julio de 2018).