

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 2 – Número 1 – p. 35-44 – janeiro/junho 2010

Editor

RODRIGO GHIRINGHELLI DE AZEVEDO

Organização de

PAULO VINÍCIUS SPORLEDER DE SOUZA

FABIO D'ÁVILA

NEREU GIACOMOLLI

EL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL DERECHO PENAL BRASILEÑO: UN ANÁLISIS DESDE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS Y LA JURISPRUDENCIA BRASILEÑA

Pablo Rodrigo Afllen da Silva

Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS); Mestre em Ciências Criminais (PUCRS).
Professor do Departamento de Ciências Penais e da Pós-Graduação em
Direito Penal e Política Criminal da UFRGS. Professor de Direito Penal e
Processual Penal da UNIVATES e da ULBRA São Jerônimo.

Resumen

El trabajo presenta un breve examen del delito de desaparición forzada de personas bajo el punto de vista del derecho penal brasileño. Con eso, señala que el delito de desaparición forzada de personas no presenta tipificación en el ámbito doméstico brasileño. Debido a eso, la jurisprudencia penal brasileña ha encontrado dificultades, lo que se verifica, ante todo, en aquellos casos de extradición en el que el Estado requeriente ha tipificado dicho delito. Así es analizado un fallo judicial y a partir de ahí algunas cuestiones dogmáticas a respecto del delito.

Palabras clave: desaparición forzada de personas; derecho penal brasileño; delitos.

Abstract

The paper presents a brief review of the crime of enforced disappearance under the terms of Brazilian Criminal Law. With that, it verifies that the crime of enforced disappearance of persons no have express provision in the Brazilian Law. Because of that, the Brazilian Criminal Jurisprudence has encountered difficulties, which takes place primarily in cases of extradition where the requesting State has established that crime. So is analyzed a court case and from it to some dogmatic aspects of this crime.

Keywords: enforced disappearance of people; brazilian criminal law; crimes.

1 DESCRIPCIÓN FÁCTICA DEL FENÓMENO Y DERECHO APLICABLE

1.1 El Fenómeno de la Desaparición Forzada de Personas

La desaparición forzada de personas es una de las más atroces violaciones a los derechos humanos y uno de los más graves delitos contra la humanidad (Anderson, 2006, p. 2). En Latinoamérica, como práctica sistemática y generalizada, surgió en la década del 60 del siglo XX (Parayre, 1999, p. 26; Fernández, 2004, p. 40.) y tuvo como característica principal la negativa u ocultamiento de información sobre el paradero de la víctima por parte de sus agentes.

El inicio de la práctica tuvo lugar en Guatemala en 1962 y, en las décadas que se siguieron, el método se extendió a El Salvador, Chile, Uruguay, Argentina, Brasil, Colombia, Perú, Honduras, Bolivia, Haití y México.

En Brasil esto coincide con el llamado período de la ditadura militar, inaugurado con el golpe militar ocurrido en 1964. En dicho período las mayores atrocidades fueran perpetradas: muchas personas fueran sometidas a prácticas de tortura y a la muerte (ante todo en las dependencias del llamado DOI-Codi¹) y, del mismo modo, la Desaparición Forzada de Personas fué una práctica muy frecuente, incluso como “*política sistemática de represión estatal*” (Anderson, 2006, p. 5).

A partir de la década del 70, del mismo siglo, surgió la preocupación en la comunidad internacional por tipificar la desaparición forzada de personas en instrumentos internacionales como una forma de concientizar a los Estados de la gravedad de la práctica y de impedir su desarrollo (Fernández, 2004, p. 40).

La adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas materializa dicha preocupación. Este instrumento internacional de carácter no convencional fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992 (Camacho, 2007, p. 29)², la cual establece que los deberes de los Estados miembros, a respecto del delito de desaparición forzada de personas, son de tres órdenes: el deber de investigar los hechos y identificar los responsables, el deber de procesar y juzgar los responsables, sin posibilidad de anistía, y el deber de indenizar las víctimas o sus familias (Comparato, 2001, p. 57).

En nuestro contexto, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en la ciudad de Belém do Pará, en Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General, constituye instrumento jurídico propio de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que contribuye a prevenir, sancionar y suprimir la desaparición forzada de personas en el Hemisferio y proporciona un aporte decisivo para la protección de los derechos humanos y el estado de derecho. Dicho aspecto es señalado en el propio preámbulo de la Convención y deja muy claro sus intentos.

Sin embargo, en el artículo primero de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada se encuentra la normativa que establece el compromiso asumido por los Estados que suscribieron la Convención.³ Todavía, la Convención no deja en claro las medidas ni la forma en que éstas se deben llevar a cabo. Lo que resulta de esto es que los Estados deben estar preparados para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas y eso sólo es posible en cuanto el Estado toma las medidas de carácter legislativo, administrativo o de otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la Convención.

Sin embargo, no todos los aspectos podían quedar sin directivas y, por eso, la Convención estableció en el artículo segundo la definición de desaparición forzada.

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

En cuanto a eso es importante señalar que, como afirma Modolell González (2009, p. 181), la consecuencia fundamental de acudir a esta fuente se vincula con la obligación que tienen los Estados parte de tipificar internamente el referido crimen con base en el artículo II de la Convención. Dicho de otro modo, de acuerdo a ella los Estados Partes deben adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas e imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.⁴

1.2 El Problema del Derecho Aplicable

Como se ha dicho, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas exige a los Estados Partes adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas⁵.

Pues bien, cumple señalar que a pesar de la suscripción de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Brasil aun no ratificó el instrumento y por eso el delito no se encuentra tipificado en el ordenamiento jurídico brasileño⁶. La ausencia de tipo penal propio para tal delito en el ámbito doméstico brasileño es debido, por lo tanto, a dos razones: a la cuestión relativa a si el delito de desaparición forzada no es abarcado por el tipo penal del secuestro previsto en el Art. 148 del Código Penal brasileño; y, además, a que Brasil aun no ha ratificado la Convención, de modo que no se puede decir que la Convención tenga vigencia en el territorio del Estado brasileño.

Ahora bien, los problemas que surgen a partir de ello son entonces: a) la posibilidad de abarcamiento del delito de desaparición forzada por el Art. 148 del Código Penal brasileño (delito de secuestro), de modo que el delito sería punible en el ámbito doméstico brasileño, y b) la necesidad (o no) de ratificación para que se proceda a la tipificación exclusiva del delito de desaparición forzada, dado que sólo dicho acto (de ratificación) y el respectivo depósito determinaría la efectiva exigencia de tipificación en el ámbito brasileño.

Estos aspectos se relacionan con la toma de posición del Supremo Tribunal Federal en el fallo que se encuentra en juzgamiento y que se analiza en lo que sigue.

2 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Debido a la ausencia de tipificación específica para el delito de desaparición forzada de personas en Brasil, las sentencias respecto a la materia son prácticamente inexistentes. No obstante, un juicio en el Supremo Tribunal Federal es digno de consideración, pues discute la problemática del abarcamiento de dicho delito por el tipo penal de secuestro; se trata de la Extradición No. 974-5.

Tal proceso se encuentra aun en juzgamiento, de modo que siquiera hay una decisión a respecto. Sin embargo es de gran interés el análisis del mismo, especialmente de la manifestación de los jueces en votos recientes.

2.1 Síntesis del Fallo y Aspectos Procesales

El gobierno de Argentina formalizó pedido de extradición del nacional uruguayo Manuel Cordero Piacentini (“el individuo requerido”), coronel de la reserva del ejército uruguayo, para someterlo a juicio debido a la comisión (reiterada en dos oportunidades) de los delitos previstos en los artículos 210 bis y 144 bis, inc. 1, del Código Penal argentino⁷. El individuo requerido solicitó refugio al Estado brasileño y, por consiguiente, el juicio fue suspendido. Sin embargo, con la negativa de la postulación de refugio, el individuo requerido fue sometido a prisión preventiva en carácter domiciliar⁸.

De esta forma, el juicio siguió el trámite regular y el individuo requerido fue interrogado. En la defensa presentada, Cordero Piacentini señaló que el Estado solicitante no había precisado las conductas que le son imputadas y destacó también el carácter político del pedido. Además, afirmó haber recibido indulto del gobierno argentino por medio del Decreto 1.003/89. Señaló asimismo que los delitos imputados estaban prescritos y, por supuesto, postuló la negación de la extradición.

Debido a la coincidencia de pedidos a esta Extradición No. 974-5 fue agregada la Extradición No. 1.079, la cual el gobierno de Uruguay formalizó contra Piacentini por delitos semejantes, más precisamente, los delitos previstos en los artículos 150, 281 y 282 del Código Penal uruguayo.

La Fiscalía, en su dictamen, afirmó que ambos pedidos de extradición tratan de la desaparición de Adalberto Waldemar Soba Fernandez – argentino –, ocurrida en 1976 en Argentina. Sin embargo, en razón del Art. 25, 2, “a” del Acuerdo de Extradición firmado entre países del Mercosur, la preferencia del juicio debe darse al Estado en el cual fue cometido el delito; además, el propio artículo 78 de la Ley 6.815/1990 de Brasil (“Estatuto del Extranjero”) dispone en este mismo sentido⁹, por lo que la preferencia del juicio debe ser para el pedido formalizado por Argentina.

En cuanto a los requisitos legales exigidos por la Ley 6.815/1990¹⁰, de Brasil, para el pedido de extradición, la Fiscalía señaló que todos fueron cumplidos. Respecto de los hechos cometidos, afirmó además, que el individuo requerido participó de la “Operación Condor”, identificada como “organización terrorista, secreta y multinacional para cazar adversarios políticos”¹¹ de Brasil, Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay y Bolivia en el período de 1970 y 1980; además, participó de acciones militares que resultaron en el secuestro de personas. Además, la Fiscalía enfatizó que dichos delitos se encuentran tipificados en el Código Penal argentino y en la Ley No. 24.556, por medio de la cual Argentina ratificó la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la ONU. Asimismo resaltó que en febrero de 2007 Brasil firmó dicha Convención, manifestando su interés en la represión de estos delitos, pero no ratificó la Convención y por tanto ella no tiene aplicación en lo relativo a la doble incriminación del delito de desaparición forzada de personas.

Por consiguiente, la Fiscalía sostuvo que las conductas imputadas al individuo requerido – artículos 210, y 144 bis, inc. 1, del Código Penal argentino – corresponden a los Artículos 288, párrafo único (delito de cuadrilla o bando) y 148, párrafo 2º (secuestro) del Código Penal brasileño.

Sin embargo la problemática aquí radica en la aplicabilidad – o no – al hecho, del tipo penal de secuestro. La Fiscalía entiende que, según las informaciones del Estado requirente, el individuo requerido participó de secuestro de varias personas, las cuales hasta ahora no fueron liberadas y que, a pesar del tiempo transcurrido, no se puede decir que están muertas, pues los cuerpos no fueron encontrados. Además, señala que el delito de secuestro, tanto en la legislación brasileña como argentina, cumple las exigencias de los Artículos 2 y 5 del Acuerdo de Extradición del Mercosur, pues la pena de privación de libertad para este delito es mayor a dos años y en el caso no se verifica la naturaleza política. Por fin, resalta que la afirmación del individuo requerido en cuanto al indulto no procede, pues tal indulto fue declarado inconstitucional por las autoridades del Estado solicitante. Por todo esto la Fiscalía se manifestó a favor de la concesión de la extradición.

Ahora bien, en las manifestaciones de los Ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil (en lo que sigue “STF”) en sus votos en el juicio de la Extradición, se verifica gran divergencia, pero la manifestación más contundente corresponde al voto del Ministro Relator, lo cual nos remite al análisis del aspecto material.

2.2 El Derecho Penal Material

En un sorprendente voto el Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, del STF, presenta una manifestación contundente respecto de la materia.

En relación al delito tipificado en el Artículo 210 del Código Penal argentino – que como se dijo, corresponde al delito previsto en el Art. 288 del Código Penal brasileño – entiende el juzgador extinta la punibilidad debido a la prescripción. Eso en virtud de que la prescripción de la pretensión punitiva, según la legislación brasileña, ocurre transcurridos doce años, y, según la legislación argentina luego de quince años. Así, de todos modos la prescripción habría tenido lugar.

Ahora, según la opinión del juzgador, no se tiene cumplido el requisito de la doble incriminación. Eso es así, pues la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas no fue ratificada por

Brasil, a pesar de la suscripción en febrero de 2007. Con esto, el Ministro del STF apartó la posibilidad de que la Convención integre el orden jurídico brasileño.

Además, la imputación al individuo requerido adopta matices peculiares si se lo compara con el delito de secuestro y, por tanto, el tipo penal de secuestro queda apartado. El Ministro entiende que en este contexto el vocablo desaparición no se corresponde al secuestro previsto en el Art. 148 del Código Penal brasileño. La desaparición forzada del ciudadano argentino, según cree el Ministro, alcanza la propia muerte – que estaría implicada en el tipo –, es decir, alejar personas que podrían poner en riesgo el régimen existente. Por eso se hace referencia a la organización terrorista secreta y multinacional para cazar adversarios políticos de los regímenes militares. Con esto, estando claro el sentido del concepto de desaparición, como acto de desaparecer, no se tiene la doble incriminación. En otros términos, los hechos narrados no permiten la aplicación del Art. 148 del Código Penal brasileño. Como ha dicho el juzgador, se trata de una situación concreta diversa en la cual la práctica delictuosa alcanzó la propia vida de las víctimas.

En resumen: el juzgador sostiene que: 1. el delito de secuestro previsto en el Art. 148 del Código Penal brasileño no corresponde al delito de desaparición forzada de personas; 2. los hechos presentados no son *per se* abarcados por el delito de secuestro; 3. debido a la falta de tipo penal para el delito de desaparición forzada de personas no se cumple el requisito de doble incriminación para la concesión de la extradición.

Pues bien, para que se pueda decir que el tipo penal de secuestro del Código Penal brasileño abarca la conducta de desaparición forzada de personas es necesario verificar su compatibilidad con la definición-modelo presentada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En este sentido cumple proceder a un examen dogmático de ambas disposiciones a fin de señalar los aspectos esenciales del tipo objetivo de los mismos. Para eso es necesario puntualizar los aspectos inherentes a dicha definición y eso depende del examen de otros instrumentos legales.

2.2.1 *Qué se entiende por desaparición forzada de personas?*

La definición que ofrece la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas entiende que ocurre la desaparición forzada de personas cuando

se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas estableció en el Art. II la definición del delito de desaparición forzada, como sigue:

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

La definición presentada por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, según Carrasco Daza, acoge lo regulado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyo artículo 7 amplía en

el ámbito de protección de las personas al considerar también como agente activo de este delito a organizaciones políticas o no estatales. Antes de esa definición, la desaparición forzada era atribuida exclusivamente al Estado (Carrasco Daza, 2006, p. 95). El Estatuto señala en el Art. 7, 2, “i” que el delito de desaparición forzada de personas radica en

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

Sin embargo, como ha dicho Modolell González ((2009, p. 182), entre ambas disposiciones existen claras diferencias, pues la Convención regional expresa que el autor solo puede ser un agente del Estado, o una persona que obre con la autorización, apoyo o aquiescencia de él. De otro modo, el Estatuto de Roma establece como posibles autores del delito, el Estado u “organización política”. Con eso el Estatuto parece prever la posibilidad de que miembros de una organización subversiva enfrentada al Estado, paramilitar o guerrillera, puedan cometer este hecho punible.

A pesar de las diferencias conceptuales que se pueda verificar en las definiciones presentadas por estos instrumentos internacionales, es posible extraer los elementos comunes que, en términos de Camacho, permiten “entender la mecánica del fenómeno y anticipar la magnitud de su gravedad” (Camacho, 2007, p. 31).

Así, es de suma importancia la determinación del interés protegido en la desaparición forzada de personas, pues ayuda a establecer el alcance de la conducta punible y el momento de su consumación. A pesar de la divergencia existente en cuanto a eso, se entiende de modo general que se trata de un delito “pluriofensivo” o de violación múltiple (Ambos y Böhm, 2009, p. 206).

Creemos más adecuada la opinión de Ambos y Böhm (2009, p. 206), de que el bien jurídico en estos delitos se muestra en una doble expresión: en lo *personal* se ve afectado el ejercicio de los derechos para la salvaguardia de los derechos del primer nivel tales como la integridad física, la libertad, el derecho a no ser sometido a tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y, en lo *colectivo*, se ve afectado el interés social en el normal funcionamiento de la administración de justicia.

Los elementos que integran el tipo objetivo de la definición-modelo presentada por el Art. II de la Convención se refieren a:

- la *privación de libertad*, en cuanto conducta punible, la cual comprende, por supuesto, toda y cualquiera supresión de la libertad, independientemente de la forma que adopte esta privación; de modo general se trata de una privación ilegal de libertad, que en primer momento puede manifestarse como una acción legal del Estado, como dice Camacho, “en la que se hayan observado las formalidades que requiere la ley para dicha privación de la libertad, disfrazándola así como un acto legítimo de autoridad” (Camacho, 2007, p. 31);
- *agentes del Estado o personas o grupos de personas con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado*, cómo autores; en todos los casos es necesaria la participación del Estado, aunque existe la posibilidad de que el hecho sea cometido por actores no estatales, es decir, la participación del Estado puede darse de forma directa (por sus propios agentes) o indirecta (cuando personas ajenas al Estado cometen el hecho con su autorización, apoyo o aquiescencia)¹²;
- *una o más personas cualquiera*, como víctima, es decir, sin ninguna especificidad en lo que se refiere a la posibilidad de ser víctima; y

– el especial fin de actuar que radica en *la falta de información o en la negativa a reconocer la privación o a informar el paradero de la persona, para impedir el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes* (Ambos y Böhm, 2009, p. 204, nota de pé 29).

Dichos elementos como un todo, sin duda, son imprescindibles para que se pueda hablar de tipicidad objetiva del delito de desaparición forzada de personas (Camacho, 2007, p. 31.)

Además, es muy importante indicar algunas características del delito de desaparición forzada de personas. Como ha dicho Fernández (2004, p. 44), el concepto señalado describe los elementos configurativos del delito y, ante todo, establece el *carácter permanente o continuado* (en el Artículo III ECPI¹³) de la desaparición forzada de personas mientras no se determine el paradero, así como la *calidad de delito común* con el fin de imposibilitar el juzgamiento por jurisdicciones especiales, en particular la militar.

Sin duda, bajo la perspectiva dogmática, hay gran impropiedad en cuanto a dicha clasificación, pues el delito permanente no debe confundirse con el delito continuado¹⁴. En la literatura jurídica brasileña, Bitencourt afirma que el crimen continuado ocurre cuándo el agente, por medio de más de una conducta practica dos o más crímenes de la *misma espécie*, de modo que, por las condiciones de tiempo, lugar, manera de ejecución y otras, los subsecuentes deben ser habidos como continuación del primero (Bitencourt, 2009, p. 207; Greco, 2007, p. 110). De todos modos, creemos que, debido al carácter permanente, el delito de desaparición forzada de personas perdura mientras las circunstancias de la desaparición no sean aclaradas.

Además, por medio de la especificación *agentes, personas o grupos*, el delito es caracterizado como de *concurso necesario*, pues requiere para su realización la participación de varias personas.

Por otra parte, la conducta de desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de carácter inderogable, tales como *la libertad física*, el debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la integridad personal y hasta el derecho a la vida (Carrasco Daza, 2006, p. 95).

2.2.2 Secuestro y su estructura dogmática

Pues bien, deben señalarse ahora los límites del tipo penal del secuestro según el modelo jurídico brasileño, a fin de verificar, a partir de ahí, la compatibilidad o no de ambos delitos. El delito de secuestro se encuentra tipificado en el Art. 148 del Código Penal brasileño, el cual reza:

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

El tipo objetivo del delito de secuestro presenta como conducta punible la *privación de libertad* por medio de *secuestro o cárcel privada*. Según Bitencourt, la privación de libertad en el secuestro radica en la imposibilidad de la víctima de irse o apartarse libremente; además no es necesaria la absoluta imposibilidad de la víctima de apartarse del lugar en el cual fue colocada o retirada por el autor del hecho; es suficiente con que no pueda hacerlo sin grave riesgo personal, independientemente del medio escogido (Bitencourt, 2009, p. 486; Delmanto, *et al.* 2002, p. 318; Greco, 2009, p. 335).

En cuanto al *modus operandi*, hay dos hipótesis: el *secuestrar* o el *encarcelar*. La ley no diferencia entre ambos comportamientos, por lo que la propia doctrina y la jurisprudencia procuran hacerlo: la cárcel privada radica en encierro o encarcelación, mientras que en el secuestro la privación de libertad no comprende límites tan estrechos. Además, la ley no exige ninguna calidad o condición particular, de modo que cualquier persona puede ser autor del delito. Dicho delito tampoco exige un número determinado de individuos, por tanto es suficiente un sólo individuo para cometerlo.

En lo que respecta al aspecto subjetivo, el tipo no exige elemento subjetivo especial del injusto, ni un fin especial (Bitencourt, 2009, p. 487; 2007, p. 375-376). En definitiva debe observarse, como señaló Ambos, “que existiría precisamente una diferencia entre una mera aprehensión y una aprehensión con el fin de hacer desaparecer a una persona” (2005, p. 378), lo que, por tanto, es suficiente para aclarar la diferencia entre el tipo penal de secuestro en Brasil y el delito de desaparición forzada de personas, conforme la definición-modelo de la Convención.

Sin duda, como se dijo más arriba, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en sus Artículos III y IV, exige a los Estados Partes adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas.¹⁵ De eso resulta que dicho *deber* sólo se impone después del depósito de la ratificación del instrumento legal.

Como Brasil no ha ratificado la Convención se puede decir, en principio, que no incide el deber de adoptar las medidas legislativas para tipificar el delito de desaparición forzada de personas. Sin embargo, nada impide la introducción de un tal tipo penal en el ordenamiento jurídico brasileño. En este sentido se puede apuntar como ejemplo el propio modelo colombiano, que insertó el tipo penal de desaparición forzada de personas ya antes de la ratificación de la Convención.

2.3 Estado Actual de la Cuestión

El juzgamiento del proceso de Extradición No. 974-5 ocurrió en el 06 de agosto de 2009 y en la decisión dictada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil se ha deferido parcialmente la solicitación de Extradición de la República Argentina. Además, como una consecuencia lógica, el Tribunal ha señalado que en virtud de la concesión de la Extradición No. 974-5, la Extradición No. 1.079 ha perdido su *ratio essendi*. Conforme se observa del tenor de la decisión:

El Tribunal, por mayoría, ha deferido parcialmente el pedido de Extradición No. 974, de la República Argentina, vencidos los Señores Ministros Marco Aurélio (Relator) y Menezes Direito, y juzgado perjudicado el pedido de Extradición No. 1.079, de la República Oriental del Uruguay. Redactará la decisión el Señor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, el Señor Ministro Menezes Direito, que ha proferido voto en sesión anterior, y, en este juzgamiento, la Señora Ministra Ellen Gracie y el Señor Ministro Celso de Mello. Presidió el juzgamiento el Señor Ministro Gilmar Mendes. Plenario, 06.08.2009.¹⁶

De los once Ministros que integran el Supremo Tribunal Federal, cinco presentaron sus votos en el sentido de conceder la extradición al gobierno de Argentina, de modo que el pedido de extradición uruguayo quedaría así perjudicado. Sin embargo, desde un punto de vista dogmático, el argumento presentado por el Ministro Relator parece ser de todo razonable y coherente con la idea del sistema brasileño (*supra*, 2).

FUENTES

Literatura

Alflen da Silva, Pablo. (2009). Informe: “Brasil”. In Ambos, Kai (Coord.). *Desaparición forzada de personas*. Bogotá: Editorial Temis. 340 p.

Ambos, Kai. (2005). *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*. Traducc. Ezequiel Malarino. Montevideo: Editorial Temis/Duncker & Humblot/KAS. 594 p.

Ambos, Kai; Böhm, María Laura. (2009). La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. In Ambos, Kai (Coord.). *Desaparición forzada de personas*. Bogotá: Editorial Temis. 340 p.

- Anderson, Kirsten. (2006). How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to Be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance? *In Melbourne Journal of International Law*, vol. 07, Issue 2, p. 1-33.
- Bitencourt, Cezar Roberto. (2009). *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva. 910 p.
- Bitencourt, Cezar Roberto. (2007). *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. São Paulo: Saraiva. Vol. 2. 522 p.
- Camacho, Juan José Gómez. (2007). La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional. *In Revista Mexicana de Política Exterior*, n. 66, p. 27-49.
- Carrasco Daza, Constancio. (2006). La desaparición forzada de personas en la legislación mexicana. *In Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, n. 4, p. 91-104.
- Comparato, Fabio Konder. (2001). A responsabilidade do Estado brasileiro na questão dos desaparecidos durante o regime militar. *In Teles, Janaína (Org.). Mortos e Desaparecidos: reparação ou impunidade?* 2ª ed. São Paulo: Humanitas. p. 55-63.
- Delmanto, Celso et al. (2002). *Código Penal Comentado* (São Paulo: Renovar), 1210 p.
- Fernández, Giovanna F. Vélez. (2004). *La desaparición forzada de las personas y su tipificación en el Código Penal Peruano* (Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú), 320 p.
- Greco, Rogerio. (2009). *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Ímpetus. 1190 p.
- Greco, Rogerio. (2007). *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Editora Ímpetus. Vol. I. 590 p.
- Modolell González, Juan Luis. (2009). La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de Derechos Humanos. *In Ambos, Kai (Coord.). Desaparición forzada de personas*. Bogotá: Editorial Temis. p. 140-189.
- Parayre, Sonia. (1999). 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. *In Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 29, p. 25-67.

Legislación

- ARGENTINA. Código Penal de la Nación Argentina – Ley 11.179/1984.
- URUGUAY. Código Penal de Uruguay – Ley 9.155/1933.
- BRASIL. Código Penal Brasileño – Decreto-Lei 2.848/1940.
- BRASIL. Convención Interamericana de Desaparición Forzada de Personas, de 1994.
- COLOMBIA. Ley 599/2000 – Colombia.

Jurisprudencia Citada

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradición No. 974-5, 06 de agosto de 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradición No. 1.079, 06 de agosto de 2009.

NOTAS

¹ El DOI-Codi era el órgano de inteligencia y represión, del gobierno brasileño del período militar. El DOI, *Destacamento de Operações e Informações*, era una unidad militar que existía en cada estado y era subordinado al Codi, *Centro de Operações de Defesa Interna*, un centro de operaciones vinculado al Comando de cada Ejército. Dichos órganos quedarán conocidos como centros de tortura de aquellos que se oponían al régimen de dictadura.

² La Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas dice que existe desaparición forzada cuando “se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que están privadas de la libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley”. Véase también, con un panorama legal hasta la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, CARRASCO DAZA (2006) p. 91 y s.

³ Artículo I - Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a: a) No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales; b) Sancionar en el ámbito de su jurisdicción a los autores, cómplices y encubridores del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo; c) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir, sancionar y erradicar la desaparición forzada de personas; y d) Tomar las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de cualquier otra índole necesarias para cumplir con los compromisos asumidos en la presente Convención.

⁴ Así los artículos III y IV de la Convención.

⁵ Así los artículos III y IV de la Convención.

⁶ La suscripción por el Brasil ocurrió en el 10 de junio de 1994 y el instrumento de ratificación (Proyecto de Decreto Legislativo N° 116, de 2008, que aprueba el texto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas) se encuentra en trámite en el Senado Federal, en Brasil.

⁷ Dicen los artículos mencionados: “**Art. 210 bis.** Se impondrá reclusión o prisión de cinco a veinte años al que tomare parte, cooperare o ayudare a la formación o al mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional, siempre que ella reúna por lo menos dos de las siguientes características: a) Estar integrada por diez o más individuos; b) Poseer una organización militar o de tipo militar; c) Tener estructura celular; d) Disponer de armas de guerra o explosivos de gran poder ofensivo; e) Operar en más de una de las jurisdicciones políticas del país; f) Estar compuesta por uno o más oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad; g) Tener notorias conexiones con otras organizaciones similares existentes en el país o en el exterior; h) Recibir algún apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos.”; “**Art. 144 bis.** Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo: 1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal.”

⁸ Véase el Informativo del STF No. 533, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo533.htm>, en especial el punto “Extradição: Prisão Domiciliar e Saúde do Extraditando”.

⁹ “Art 78. Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida. § 1º Tratando-se de crimes diversos, terão preferência sucessivamente: I - o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira; II - o que em primeiro lugar houver pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica; e III - o Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos. § 2º Nos casos não previstos decidirá sobre a preferência o Governo brasileiro. § 3º Havendo tratado ou convenção com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que disserem respeito à preferência de que trata este artigo.”

¹⁰ “Art 77. São condições para concessão da extradição: I - ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e II - existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no artigo 81.”

¹¹ Véase el Informativo del STF No. 526, en <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo526.htm>, sobre todo el punto “Extradição: Desqualificação do Crime de Seqüestro e Morte Presumida”.

¹² Conforme CARRASCO DAZA (2006) p. 95, antes de la definición establecida por la Convención, la desaparición forzada era atribuida exclusivamente al Estado.

¹³ Así dice el Artículo: “Los Estados Partes 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. *Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.*”

¹⁴ Véase MODOLELL GONZÁLEZ (2009) p. 192, con una crítica a la Convención Interamericana: “Aunque la Corte ya la Convención Interamericana (art. III) empleen la frase ‘delito continuado’, el término correcto que se debiere utilizar sería el de ‘delito permanente’, ya que en derecho penal, el primer término mencionado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo.”

¹⁵ Así los artículos III y IV de la Convención.

¹⁶ “O Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente o pedido da Extradição n° 974, da República Argentina, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator) e Menezes Direito, e julgou prejudicado o pedido da Extradição n° 1.079, da República Oriental do Uruguai. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Menezes Direito, que proferira voto em assentada anterior, e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 06.08.2009”.