

## NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN LA APLICACIÓN DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN RAZÓN DE SU CARÁCTER CONTINUADO

**Sinopsis:** La Corte de Constitucionalidad de Guatemala resolvió un incidente en el que se alegó la inconstitucionalidad del artículo 201 *ter* del Código Penal de ese país, relativo al delito de desaparición forzada de personas, por considerar que su aplicación transgredía el principio de irretroactividad de la ley establecido en la Constitución Política en virtud de que dicho delito no se encontraba vigente al momento de la comisión de los hechos punibles en el caso concreto. La Corte de Constitucionalidad resolvió que el delito de desaparición forzada de personas, al ser de carácter permanente y continuado, no conlleva retroactividad en su aplicación pues aunque la conducta haya iniciado con anterioridad a su entrada en vigor, en caso de persistir, queda inmersa dentro de su alcance temporal posterior. Asimismo, la Corte estableció que dicho carácter permanente con la que se tipificó en el Código Penal es acorde con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la cual es parte el Estado de Guatemala. En su decisión, entre otros, la Corte de Constitucionalidad se refirió a los casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, y *Blake vs. Guatemala*, ambos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**Synopsis:** *The Court of Constitutionality of Guatemala issued a ruling in a petition wherein the non-constitutionality of Article 201 ter of the Criminal Code of said country regarding the crime of forced disappearance of persons was alleged, on the grounds that its application violated the principle of the non-retroactivity of the law as set forth in the Political Constitution, since said crime was not defined at the time the facts denounced in the case at hand were committed. The Court of Constitutionality ruled that being of a permanent and continuous nature, the crime of forced disappearance of persons may not possibly be retroactive, for even though the conduct may have been started before the law came into force, its persis-*

NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN LA APLICACIÓN DEL DELITO

*tence in time renders it ongoing. Furthermore, the Court ruled that the permanent nature attributed to said crime as defined in the Criminal Code is in keeping with the Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, to which the State of Guatemala is a party. In its decision, inter alia, the Court of Constitutionality referred to the cases of Velásquez-Rodríguez v. Honduras, and Blake v. Guatemala, both submitted to the Inter-American Court of Human Rights.*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDAD

## INSTAURADO POR FELIPE CUSANERO COJ SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2009

En apelación y con sus antecedentes, se examina el auto de veinticinco de marzo de dos mil ocho, dictado por el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango, en carácter de Tribunal Constitucional, en el incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto del artículo 201 *Ter* del Código Penal planteado por Mario Humberto Smith Ángel, como abogado defensor de Felipe Cusanero Coj. El postulante actuó con su propio patrocinio.

### ANTECEDENTES

#### I. LA INCONSTITUCIONALIDAD

A) Caso concreto que se plantea: proceso penal que por el delito de Desapariciones forzosas se sigue contra Felipe Cusanero Coj ante el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango. **B) Norma que se impugna de inconstitucionalidad:** artículo 201 *Ter* del Código Penal. **C) Norma constitucional que se estima violada:** citó el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala. **D) Fundamento jurídico que se invoca como base de la inconstitucionalidad:** lo expuesto por el solicitante, dentro de la audiencia que por seis días se confiere a los sujetos procesales, en la fase de debate oral y público, se resume: **a)** en el proceso penal que se sigue contra su defendido, se le pretende sindicarlo del delito de Desapariciones forzosas en el que se han cometido muchas violaciones al debido proceso y en el caso de estudio se establece a futuro el acaecimiento de un daño eminente contra el sindicato, ya que la norma impugnada contraviene los artículos 15 constitucional; 11 de la Declaración de Derechos Humanos; 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23 del Estatuto de Roma; 7 de la ley del Organismo Judicial; 1 del

Código Penal; y 2 del Código Procesal Penal; **b)** el sindicado fue procesado por hechos cometidos durante los años de mil novecientos ochenta y dos y mil novecientos ochenta y cuatro, fechas en la que aún no se encontraba vigente la normativa que se le pretende aplicar, razón por la cual se transgrede el principio de legalidad al aplicarle retroactivamente un tipo penal no vigente en dicho período. Solicitó que se declare con lugar el incidente de inconstitucional en caso concreto y, como consecuencia, inaplicable el artículo 201 *Ter* del Código Penal. **E) Resolución de primer grado:** el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Chimaltenango, en carácter de Tribunal Constitucional, consideró: “(...) *Este Tribunal considera que la norma atacada de inconstitucional (artículo 201 Ter del Código Penal, vigente) en ningún momento contradice el artículo 15 de la Constitución de la República, toda vez que se trata de una norma contenida en una ley ordinaria la cual se encuentra vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y el artículo 15 de la Constitución Política de la República de Guatemala, expresa que la Ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorezca al reo. Cabe mencionar que contra el artículo 201 Ter del Código Penal, ya fue planteado anteriormente el mismo incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto por parte de la abogada defensora del acusado Felipe Cusanero Coj, Licenciada Griselda Patricia López Maldonado de Sentes; bajo los mismos argumentos esgrimidos por el abogado defensor Mario Humberto Smith Ángel, resolviéndose con fecha dos de agosto de dos mil seis este Tribunal constituido en Tribunal Constitucional en auto, declaró sin lugar dicha acción y al haberse planteado apelación ante la Honorable Corte de Constitucionalidad la misma con fecha veinte de junio de dos mil siete resolvió sin lugar el recurso de apelación interpuesto habiendo confirmado lo resuelto por este Tribunal en dicha oportunidad. Por lo que los suscritos jueces observamos que el planteamiento del incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto carece de análisis jurídico-confrontantito necesario que permita a este Tribunal convertido en Tribunal Constitucional, apreciar que dicha norma ordinaria atacada es o no contraria a preceptos constitucionales, sino por el contrario, el abogado defensor únicamente argumenta que dicha norma viola el artículo 15 constitucional porque no se puede aplicar en forma retroactiva dicho artículo del Código Penal al caso concreto (...) siendo improce-*

*dente su pretensión (...) nos inclinamos por condenar en costas e imponer la multa de mil quetzales al abogado interponente del presente incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto, abogado Mario Humberto Smith Ángel (...). Y resolvió: “(...) I) Declara sin lugar el incidente de inconstitucionalidad de ley en caso concreto del artículo 201 Ter del Código Penal; plantado por el defensor Mario Humberto Smith Ángel, por las consideraciones analizadas; II) Se condena en costas al interponente y se le impone la multa de mil quetzales al abogado interponente Mario Humberto Smith Ángel, por razones las consideradas (...).”*

## II. APELACIÓN

El accionante apeló.

## III. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA PÚBLICA

A) El interponente reiteró los argumentos vertidos en el escrito inicial de inconstitucionalidad de ley en caso concreto. Solicitó que se declare con lugar el recurso de apelación planteado, y por ende, la inconstitucionalidad del artículo 201 Ter del Código Penal y su inaplicabilidad al caso concreto. **B) Hilarión López Osorio y Aura Elena Farfán, querrelantes adhesivos**, manifestaron que el presente caso encuadra dentro del tipo penal de Desaparición forzada, tipificado en el artículo 201 Ter del Código Penal, así como en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de las cuales Guatemala forma parte. Consideran que la naturaleza compleja del delito precitado radica en: a) es específico y autónomo, constituyendo una forma compleja de violación de los derechos humanos (con hechos delictivos conexos) por lo que requiere que sea comprendido de una manera integral. Conlleva la privación arbitraria de libertad, la incomunicación de la víctima, el aislamiento del cadáver de la víctima, acompañado del silencio oficial, las negaciones, y la obstrucción de justicia y la incertidumbre sobre el lugar donde se encuentra la víctima. La

desaparición forzada pretende borrar toda huella del crimen para conseguir la impunidad total de quienes lo cometieron. Además de violar la libertad locomotora, impide interponer los recursos legales que permitan proteger los derechos conculcados, lesionando así el derecho de acudir a un tribunal a fin de que se decida, a la brevedad, sobre la legalidad de la detención; b) es una violación particularmente grave. En este delito existe una violación de derechos de carácter inderogable, como el propio derecho fundamental a la vida, en el marco de una situación permanente. Es por ello que este delito, en su práctica sistemática, es considerado un crimen de lesa humanidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso Bámaca, en su párrafo ciento treinta señaló: “...De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, la desaparición forzada ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron...”; y c) es una violación permanente. Existen delitos en que la actividad consumativa no cesa al perfeccionar los mismos sino que perdura en el tiempo, de modo que, citando a Sebastián Soler: “*todos los momentos de su duración pueden imputarse como consumación*”. El cese de la situación antijurídica depende de la voluntad del sujeto activo, por esto y con razón, el Código Penal define el delito de Desaparición forzada como permanente: “...*El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima*”. El carácter permanente estriba en que la acción que da lugar al tipo penal continúa perpetrándose hasta que se conozca el paradero de la víctima, se le libere o se esclarezcan los hechos. Ya en el caso concreto que nos ocupa, conforme al principio de legalidad, corresponde aplicar la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho punible, y dadas las características de la conducta atribuible a Felipe Cusanero Coj, el hecho se ha consumado cada instante hasta el momento en que se conozca el paradero, se libere a la persona o se esclarezca el hecho. No sería aplicar retroactivamente la norma a casos de desaparición forzada que ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia y que terminaron antes de que fuera aprobada la nueva norma. Es decir, no podría aplicarse el tipo de este delito si la víctima ya no continuare desaparecida, si hubiera sido liberada. Por el contrario, si la víctima continúa desaparecida, se debe aplicar la ley vigente al momento de la terminación del delito. Solicitaron que sea declarada

sin lugar la apelación de la inconstitucionalidad de ley en caso concreto planteada. **C) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía Distrital de Chimaltenango**, consideró que la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establece que la práctica sistemática de este delito constituye un crimen de lesa humanidad y que la práctica de 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 mismo, es un delito que se estima continuado o permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Y esta situación especial en la comisión de este delito se proyecta hacia el futuro y su acción continúa cometiéndose mientras tanto no se libere a la víctima, lo que lo hace imprescriptible; por lo que, en este caso, no se ha vulnerado el principio jurídico del debido proceso. Solicitó que se declare sin lugar el recurso de apelación intentado. **D) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal**, se pronunció indicando que los argumentos en que el postulante fundamentó dicho planteamiento no son suficientes para demostrar el vicio que se denuncia, ello porque la inconstitucionalidad de las leyes no deviene únicamente por su aplicación dentro de determinado proceso, sino además debe acreditarse dicho vicio, mediante argumentos jurídicos que reflejen que el contenido material de las normas cuestionadas o en razón de su creación, resultan inconstitucionales frente a las normas fundamentales que se denuncias violadas, ya sea por contravención, restricción o tergiversación de estas últimas, lo cual no se ha señalado en forma concreta en el presente caso. De manera que, si el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Chimaltenango, aplica el artículo 201 *Ter* del Código Penal durante el juicio oral y público sometido a su conocimiento, esa actividad jurisdiccional no implica que la norma que sirve de base a dicho proceso sea inconstitucional, sino, lo que eventualmente resultaría violatorio de normas constitucionales es el proceder de la autoridad jurisdiccional que conoce del mismo; sin embargo, esa actividad jurisdiccional no es objeto de control de inconstitucionalidad, sino lo sería de los recursos ordinarios contemplado en el Código Procesal Penal o en su caso, de otra garantía constitucional, en vista de que la violación que se denuncia no es a normas constitucionales propiamente, sino eventualmente al debido proceso. Pidió que se

declare sin lugar el recurso de apelación interpuesto, se confirme el auto impugnado y que sea declarado sin lugar el planteamiento de inconstitucionalidad de ley en caso concreto promovido por el abogado defensor de Felipe Cusanero Coj, contra el artículo 201 *Ter* del Código Penal.

## CONSIDERANDO

### -I-

El artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que en casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia o en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto de que se declare su inaplicabilidad.

### -II-

En el caso de estudio, Mario Humberto Smith Ángel, como abogado defensor de Felipe Cusanero Coj, promueve inconstitucionalidad de ley en caso concreto, pretendiendo la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 201 *Ter* del Código Penal, en el proceso penal incoado contra su defendido por el delito de Desaparición Forzada, al considerar que dicha norma colisiona con los artículos 15 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues en forma retroactiva se está efectuando su aplicación, ya que en las fechas en que ocurrieron los hechos descritos no estaban expresamente calificados como delito en ninguna ley.

### -III-

De la lectura de las constancias procesales se desprende que la pretensión de inconstitucionalidad se encuentra fundada sustancialmente en la apreciación de que apareja conculcación del mandato constitucional de irretroactividad de la ley lo dispuesto en el artículo 201 *ter* del Código

Penal. El pasaje vinculado a ese reproche es el que refiere que “(...) *El delito se considera permanente en tanto no se libere a la víctima (...)*”.

Al respecto cabe acotar que doctrinariamente se utiliza el término *delito permanente* para hacer alusión a una conducta mediante la cual se crea una situación jurídica que perdura determinado tiempo; se conserva la noción de unidad de acción, pues no deja de existir un solo delito por la circunstancia de que la acción típica se venga repitiendo o sucediendo en el tiempo [DIEZ, José Luis/GIMÉNEZ-SALINAS, Esther (coordinadores), *Manual de derecho penal guatemalteco -Parte general-*, Artemis Edinter, S.A., 2001, pág. 499].

Es decir, aquella acción entendida como única en su tipo, pero con la particularidad de ser duradera (privar de libertad, retener, asociarse, etc.) y, además, dependiente, en la totalidad de su ejecución, de la voluntad del sujeto activo. Ello implica, por ende, que todos los momentos de su duración pueden ser considerados consumación, por lo que constituye una dilación o duración en el tiempo del estado mismo de la consumación [CAROLI, Milton, *Curso de derecho penal uruguayo*, FCU, 1990, pág. 152].

El traslado de tales conceptos al tipo penal que ocupa el examen de mérito explica el carácter permanente con el que figura positivado aquél en la legislación guatemalteca y porqué no entraña retroactividad en su aplicación. La desaparición forzosa puede haber iniciado con antelación a la entrada en vigencia de la norma que la describe como ilícita y penable, pero aquel carácter –recogido en el texto legal por ser intrínseco a su naturaleza– supone que, en caso de persistir, aquella situación fáctica queda inmersa dentro del alcance temporal de la ley, es decir, lo relevante en función de determinar si es penalmente perseguible dicha conducta no es cuándo empezó, sino si ha terminado de producirse.

En los mismos términos alude al referido delito en el contexto del derecho convencional internacional (en el cual es considerado *de lesa humanidad*) el jurista argentino Rodolfo Mattaorollo: “(...) *En lo que se refiere a las desapariciones forzadas de personas que habiendo comenzado antes de la entrada en vigencia de la Convención [Americana de Derechos Humanos], no hayan cesado después, la aplicación del tratado tendría a su favor, además, del anterior, el argumento que su procedencia deriva también del carácter de delito continuado desde el secuestro de la víctima, hasta el momento de su libertad o de su muerte,*

*fehacientemente comprobada (...)*” [¿Qué puede hacer el Derecho Internacional frente a las desapariciones? Las desapariciones: crimen contra la humanidad. Jornadas sobre el tratamiento jurídico de la desaparición forzada e personas. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1987, pág. 189].

De hecho, vale destacar que el carácter permanente con el que aparece tipificada la desaparición forzada en el Código Penal se encuentra en consonancia con el contenido de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —ratificada por Guatemala el veinticinco de febrero de dos mil—, en cuyo artículo III aparece dispuesto: “*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 (...)*”. Conteste con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en su jurisprudencia que la desaparición forzada de personas constituye, salvo la existencia de prueba en contrario, un delito de carácter permanente y continuado, que como ello indica, *y valga la redundancia, aún hoy se está cometiendo* [Sentencias de veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho y dos de julio de mil novecientos noventa y seis, dictadas con ocasión de los Casos *Velásquez Rodríguez vrs. Honduras* y *Blake vrs. Guatemala*, respectivamente].

De lo relacionado precedentemente se colige que el hecho de que el legislador haya fijado la *permanencia* como un elemento constitutivo del delito de desaparición forzada no se traduce en lesión al principio de irretroactividad entronizado en el artículo 15 de la Constitución Política de la República, por cuando la continuidad en el tiempo inherente a tal acción ilícita permite que su comisión se prolongue hasta un momento posterior al inicio del ámbito temporal de validez del precepto que le regula, pese a haber podido tener origen en un momento anterior.

En tal virtud, se concluye en la notoria improcedencia del planteamiento formulado, por lo que debe ser declarado sin lugar, y habiendo resuelto en ese sentido el Tribunal *a quo*, procede confirmar el auto apelado, pero por las razones aquí consideradas, y con la modificación de no

imponer multa al abogado auxiliar por formar parte del Instituto de la Defensa Pública Penal.

### **LEYES APLICABLES**

Artículos citados y 268 y 272 inciso d) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 114, 115, 116, 120, 121, 123, 124, 126, 127, 128, 130, 131, 143, 144, 148, 149, 163 inciso d), 185 y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 23, 24, 25 y 27 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

### **POR TANTO**

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I. Sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por Mario Humberto Smith Ángel, como abogado defensor de Felipe Cusanero Coj, y en consecuencia, **confirma** el auto apelado, con la modificación de no imponer multa al abogado auxiliar, por la razón considerada. **II.** Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvase el antecedente.

...