Desapariciones forzadas y justicia transicional

La búsqueda de respuestas a través del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación

Elisenda Calvet Martínez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (**www.tdx.cat**) i a través del Dipòsit Digital de la UB (**diposit.ub.edu**) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (**www.tdx.cat**) y a través del Repositorio Digital de la UB (**diposit.ub.edu**) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (**www.tdx.cat**) service and by the UB Digital Repository (**diposit.ub.edu**) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

DESAPARICIONES FORZADAS

Y

JUSTICIA TRANSICIONAL

La búsqueda de respuestas a través del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación

Programa "El derecho en una sociedad globalizada"

Tesis presentada para aspirar al Título de Doctora por:

ELISENDA CALVET MARTÍNEZ

Realizada bajo la dirección del Profesor Dr. XAVIER FERNÁNDEZ PONS,
Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona

Barcelona, abril de 2015

Dedicado a mis padres,

Baltasar y Marian

ÍNDICE

ÍNDICE 1

AGRADECIMIENTOS 7

ABREVIATURAS 9

INTRODUCCIÓN 11

PARTE I: UN FENÓMENO ACTUAL Y MUNDIAL 23

INTRODUCCIÓN A LA PARTE I 25

CAPÍTULO I: EL FENÓMENO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS 33

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS 35

1.1. Decreto Noche y Niebla 35

1.2. América Latina 39

2. RESPUESTA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL E INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADOPTADOS 43

2.1. Primeras resoluciones de la OEA y la ONU 43

2.2. Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias 45

2.3. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas 47

2.4. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas 48

2.5. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas 50

2.6. Otros instrumentos jurídicos relevantes 54

3. CONTEXTOS DEL FENÓMENO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS 58

3.1. Conflicto armado internacional 58

3.2. Conflicto armado interno 60

3.3. Situación de violencia interna 61

3.4. "Guerra" contra el terrorismo 63

CAPÍTULO II: LA DEFINICIÓN DE DESAPARICIÓN FORZADA 71

1. LOS ELEMENTOS PRINCIPALES DE LA DEFINICIÓN DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL 73

1.1. La privación de libertad de la persona: forma, ilegalidad o legalidad de la detención y duración 78

1.2. La participación del Estado y la cuestión de los actores no estatales 80

1.3. La sustracción de la persona a la protección de la ley como intención o consecuencia... 84

2. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD 86

3. LAS VÍCTIMAS DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS 92

3.1. La regulación jurídica internacional 93

3.2. La jurisprudencia internacional 99

4. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE MENORES 103

CAPÍTULO III: LAS DESAPARICIONES FORZADAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS 113

1. LAS DESAPARICIONES FORZADAS COMO UNA VIOLACIÓN MÚLTIPLE DE DERECHOS HUMANOS 115

2. DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES 118

2.1. Alcance y contenido del derecho a la libertad y seguridad personales en el derecho internacional 118

2.2. Medidas de prevención de las desapariciones forzadas relativas a la privación de libertad: la prohibición de la detención secreta 120

2.3. Jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas en relación a la vulneración del derecho a la libertad y seguridad personales 127

3. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL 132

3.1. Alcance y contenido del derecho a la integridad personal en el derecho internacional . 133

3.2. Jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas en relación a la vulneración del derecho a la integridad personal 141

3.3. Vulneración del derecho a la integridad personal de los familiares de las personas desaparecidas 147

4. DERECHO A LA VIDA 152

4.1. Alcance y contenido del derecho a la vida en el derecho internacional 153

4.2. Distinción entre desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales 157

4.3. Jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas en relación con el derecho a la vida 160

5. DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA 171

5.1. Alcance y contenido del derecho a la personalidad jurídica en el derecho internacional172

5.2. Jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas en relación a la vulneración del derecho a la personalidad jurídica..... 177

PARTE II: DE LA IMPUNIDAD A LA RENDICION DE CUENTAS..... 183

INTRODUCCIÓN A LA PARTE II 185

CAPÍTULO IV: EL DERECHO A LA VERDAD 191

1. REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VERDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL 195

1.1. Origen en el derecho internacional humanitario 195

1.2. El derecho a la verdad reconocido en la Convención Internacional de 2006 197

2. EL DERECHO A SABER 200

2.1. Derecho a saber v. derecho a la información 200

2.2. El derecho a saber de los familiares de las personas desaparecidas 202

3. DERECHO A CONOCER LA SUERTE O PARADERO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS 204

3.1. La obligación de los Estados de investigar de forma rápida y efectiva 206

3.2 La contribución de las comisiones de la verdad..... 211

4. EL DERECHO A RECUPERAR LOS RESTOS DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS……...219

4.1. Obligación de los Estados de buscar, respetar y restituir los restos a los familiares 221

4.2. La verdad a través de la medicina forense..... 224

CAPÍTULO V: DERECHO A LA JUSTICIA Y SALVAGUARDIAS CONTRA LA IMPUNIDAD 229

1. LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR 233

1.1. Los principios *aut dedere aut iudicare* y de jurisdicción universal..... 235

1.2. La obligación de juzgar en relación a las desapariciones forzadas..... 241

2. LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS AMNISTÍAS..... 247

2.1. Concepto y alcance de las amnistías..... 250

2.2. Las amnistías en caso de violaciones graves de derechos humanos..... 253

2.3. Las amnistías en caso de desapariciones forzadas..... 257

3. DELITO AUTÓNOMO 265
3.1. Bien jurídico protegido 266
3.2. Obligación de tipificar el delito de desaparición forzada 269
4. DELITO CONTINUADO O PERMANENTE 272
4.1. Inicio de la desaparición forzada 273
4.2. Cese de la desaparición forzada 274
5. LA COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS* DE LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES. 277
5.1. Ámbito universal 278
5.2. Ámbito regional 282
6. LA PRESCRIPCIÓN 292

CAPÍTULO VI: DERECHO A LA REPARACIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN 299
1. DERECHO A LA REPARACIÓN 303
1.1. Regulación jurídica internacional del derecho a la reparación 304
1.2. El derecho a la reparación en las desapariciones forzadas 309
1.3. Formas de reparación en base a la jurisprudencia en materia de desapariciones forzadas 312
2. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN 320

CONCLUSIONES 323
BIBLIOGRAFIA 339
DOCUMENTACIÓN 364
TRATADOS INTERNACIONALES 364
RESOLUCIONES Y DECISIONES 366
OTROS DOCUMENTOS OFICIALES 369
TRIBUNALES INTERNACIONALES E HÍBRIDOS 386
JURISPRUDENCIA 386
COMISIONES DE LA VERDAD 391
LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS ESTATALES 397
INFORMES DE ONG Y OTROS INFORMES 399
SELECCIÓN DE WEBS 400

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación no se habría podido llevar a cabo sin la inestimable aportación y apoyo de numerosas personas, tanto a nivel académico como personal, que me han acompañado a lo largo del proceso y desarrollo de mi tesis doctoral.

Agradecer en primer lugar al Dr. Xavier Fernández Pons por aceptar dirigir este trabajo de investigación. Desde un principio, en cuanto le propuse centrarme en el tema de las desapariciones forzadas me ofreció su confianza y todo su apoyo. Su experiencia y conocimiento han sido una importante guía para mí durante el desarrollo de la tesis, dándome las orientaciones oportunas siempre que lo he necesitado.

Además, quiero agradecer a mis compañeros y compañeras del Área de Derecho Internacional Público de la Universitat de Barcelona su apoyo e interés en el transcurso de este trabajo. En especial al Dr. Jordi Bonet por su confianza y sus valiosas aportaciones y por compartir conmigo su experiencia en materia de derechos humanos. Asimismo, me gustaría agradecer al Dr. Xavier Pons y al Dr. Jaume Saura sus apreciaciones y su disponibilidad cada vez que he acudido a ellos. Hacer especial mención a mi compañera y gran amiga, Dra. Rosana Alija, por su apoyo incondicional y por ayudarme en todo y más durante el desarrollo de esta investigación.

También quiero agradecer al *Institut Català Internacional per la Pau* por la beca de investigación que me ha otorgado y que me ha permitido desarrollar esta tesis, sorteando la crisis económica y financiera que amenazó a mitad de camino la apuesta por la investigación de temas relacionados con la paz, los derechos humanos y la justicia transicional. Quiero agradecer también a Guifré, de la biblioteca del Institut, por su amable atención y apoyo en todo lo que he necesitado de consultas y bibliografía.

Igualmente, quería agradecer a varios miembros del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y del Comité contra la Desaparición Forzada de las Naciones Unidas, así como a su equipo técnico, por su predisposición a responder a mis inquietudes y dudas que me han surgido a lo largo de mi investigación y por permitirme ver de cerca su trabajo tanto del lado de las víctimas como de los Estados, en especial, nombrar a Ariel Dulitzky, Olivier de Frouville, Juan José López Ortega y Jeremy Sarkin.

Asimismo, quiero acordarme de mis compañeros y compañeras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, además de convertirse en amigos y amigas, me dieron la oportunidad de trabajar en casos de desapariciones forzadas y aprender el importante papel de la justicia en caso de violaciones graves de derechos humanos. En especial quiero agradecer que el Juez Diego Garcia-Sayán y el Juez Sergio García Ramírez me dedicaran parte de su tiempo a compartir su experiencia y conocimientos en la materia.

También quería mencionar al Dr. Stephan Parmentier, por haberme recibido en la Universidad de KU Leuven y por haber encontrado el tiempo de discutir y conversar sobre mi investigación, ayudándome en el impulso final.

Por último agradecer a Xavi, a mi hermano, a mis suegros y familia por apoyarme en esta aventura y por descargarme de mis tareas familiares, facilitándome la realización de estancias en el extranjero y ayudándome a encontrar el tiempo para concentrarme y escribir.

ABREVIATURAS

AGNU	*Asamblea General de las Naciones Unidas*
BNDG	*Banco Nacional de Datos Genéticos*
CADH	*Convención Americana de Derechos Humanos*
CADHP	*Convención Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*
CCT	*Comité contra Tortura*
CDF	*Comité contra la Desaparición Forzada*
CDH	*Comité de Derechos Humanos*
CEDH	*Convenio Europeo de Salvaguarda de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*
CICR	*Comité Internacional de la Cruz Roja*
CIDH	*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*
CIJ	*Corte Internacional de Justicia*
Comisión de Derechos Humanos	*Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*
Convención contra la Tortura	*Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*
Convención Interamericana de 1994	*Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*
Convención Internacional de 2006	*Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*
Corte IDH	*Corte Interamericana de Derechos Humanos*
CPI	*Corte Penal Internacional*
CSNU	*Consejo de Seguridad de Naciones Unidas*

CVR	*Comisión de la Verdad y Reconciliación*
Declaración de 1992	*Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*
DIDH	*Derecho Internacional de los Derechos Humanos*
DIH	*Derecho Internacional Humanitario*
DUDH	*Declaración Universal de Derechos Humanos*
ECPI	*Estatuto para la Corte Penal Internacional*
GTDFI	*Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas*
LOPJ	*Ley Orgánica del Poder Judicial*
OACNUDH	*Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*
OEA	*Organización de Estados Americanos*
PACE	*Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*
PIDCP	*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*
SECC	*Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya*
SGNU	*Secretario General de las Naciones Unidas*
TDHBH	*Tribunal de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina*
TEL	*Tribunal Especial para el Líbano*
TESL	*Tribunal Especial para Sierra Leona*
TPIR	*Tribunal Penal Internacional para Ruanda*
TPIY	*Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*

INTRODUCCIÓN

La desaparición forzada empieza generalmente con una detención o un secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad, realizada por agentes del Estado o por personas con su autorización o aquiescencia, seguida de la negativa o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida. La incertidumbre sobre el paradero de la persona desaparecida y el miedo a que ésta haya sido sometida a torturas, tratos crueles e inhumanos, o incluso asesinada, causa mucha angustia y sufrimiento a los familiares, lo cual constituye un trato inhumano o degradante, y así lo han establecido las diferentes instancias internacionales de protección de derechos humanos.

Durante la Segunda Guerra Mundial, los nazis promovieron la práctica de las desapariciones forzadas a través del "Nacht und Nebel Erlass" (Decreto Noche y Niebla), dictado por Adolf Hitler el 7 de diciembre de 1941. Las personas detenidas bajo este decreto no podían tener ningún tipo de contacto con el exterior ni podían ser visitados por sus familias. Se encontraban "desaparecidas" en diferentes campos de concentración con la consiguiente incertidumbre por parte de sus familiares.

En las décadas de los setenta y ochenta, las desapariciones forzadas en América Latina se dieron a gran escala y de forma masiva por todo el continente, afectando incluso a menores, en el marco de conflictos armados no internacionales o situaciones de violencia interna. En la actualidad, el fenómeno de las desapariciones forzadas se presenta en un contexto más complejo de crisis humanitarias, violaciones de derechos

humanos, crimen organizado así como también en el marco de la llamada "Guerra contra el terrorismo".

Desde su creación en 1980, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas (GTDFI) ha recibido más de 54.000 casos de desapariciones forzadas de los cuales más de 43.000 siguen sin resolver y afectan a más de 80 países. En el 2014, el GTDFI al considerar que la práctica de desapariciones forzadas en la República Árabe Siria y en la República Popular Democrática de Corea puede constituir un crimen de lesa humanidad ha solicitado al Consejo de Seguridad que adopte las medidas oportunas, entre ellas la remisión del asunto a la Corte Penal Internacional.

La investigación que aquí se presenta tiene como antecedente inmediato el trabajo de investigación destinado a la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en el Programa "El derecho en una sociedad globalizada", en la especialidad de Estudios Internacionales, titulado *las desapariciones forzadas en tiempo de conflicto armado y de violencia interna*, que se llevó a cabo entre los años 2005 a 2007.

El interés por las desapariciones forzadas tiene su origen en mi labor de difusión y promoción de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en la Cruz Roja Española en Cataluña durante 5 años. Entre las diversas funciones que realizaba, estaba la de crear campañas de sensibilización teniendo en cuenta las líneas directrices que marcaba el Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja , lo cual me permitió tener cierto contacto regular con personal técnico del Comité Internacional de la Cruz Roja. Así, en diciembre 2003 tuvo lugar en Ginebra la *XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna* Roja en la que el Movimiento adoptó un Plan de Acción Humanitaria para *La protección de la dignidad humana* cuyo primer objetivo (de cuatro en total) era:

> "Abordar la cuestión de las personas desaparecidas a raíz de un conflicto armado o de otras situaciones de violencia armada que inducen a la desaparición de numerosas personas (en lo sucesivo denominadas "otras situaciones de violencia armada") y la de la asistencia a sus familiares, teniendo en cuenta las observaciones y recomendaciones de la Conferencia de Expertos Gubernamentales y No Gubernamentales del CICR, celebrada en Ginebra, del 19 al 21 de febrero de 2003".

A partir de la Conferencia, la cuestión de las personas desaparecidas se convirtió en una de las prioridades para todos los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y Media Luna Roja. Fue entonces cuando José Luis Rodríguez-Villasante, director del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española, me animó a realizar una tesis doctoral en una de las ocasiones en que coincidimos. De modo que, inspirada por las iniciativas de la Cruz Roja, decidí profundizar en la cuestión de las desapariciones forzadas desde una perspectiva del derecho internacional.

Tras analizar la cuestión de las desapariciones forzadas en un contexto de conflicto armado y violencia interna y tras una larga conversación que pude tener con el Juez Thomas Buergenthal en su despacho de La Haya, aprovechando que por aquel entonces él era miembro de la Corte Internacional de Justicia y yo estaba realizando el curso de Derecho Internacional Público de la Academia de La Haya en el 2007, me planteé la necesidad de ampliar el estudio de las desapariciones forzadas independientemente del contexto en que tuvieran lugar. Además, en febrero de 2007 se había abierto a la firma la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, lo cual había puesto de nuevo en la agenda internacional la cuestión de las desapariciones forzadas al crear el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante. Esta nueva Convención era la culminación de los esfuerzos y presión sobre todo por parte de las ONGs y de las asociaciones de familiares de víctimas de desapariciones forzadas que llevaban más de 25 años reclamando la adopción de un tratado internacional para poder prevenir y erradicar esta terrible práctica y acabar así con la impunidad.

Fue entonces cuando decidí hacer una estancia en el 2008 en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en San José (Costa Rica) cuya primera sentencia -el emblemático *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*- había sido sobre desapariciones forzadas. La Corte estableció, lo que luego han sido las bases de la jurisprudencia internacional posterior: el carácter continuado y la violación múltiple de derechos humanos de las desapariciones forzadas. Durante este periodo tuve la oportunidad de trabajar directamente con casos de desapariciones forzadas, asistir a la

deliberación de alguna sentencia sobre estos temas, así como de estar en contacto con familiares de víctimas de desapariciones forzadas y de expertos y arqueólogos forenses.

Asimismo aproveché la sesión que realizó la Corte IDH en Montevideo (Uruguay) para realizar un breve viaje a Buenos Aires. Allí pude visitar la ESMA (Escuela de la Mecánica Armada) que fue uno de los centros de detención utilizado por los militares para llevar a cabo la práctica de desapariciones forzadas. Por aquel entonces el recinto recién estaba abierto al público y ahora alberga diferentes organizaciones de protección de derechos humanos además de constituir un espacio para la memoria. Igualmente, me entrevisté con la vicepresidenta de las Abuelas de Plaza de Mayo, Rosa de Roisinblit, que me recibió muy amablemente en su casa porque aquél día era feriado y me estuvo explicando la lucha incansable de la búsqueda de los menores desaparecidos como consecuencia de la dictadura militar en Argentina. Esta experiencia sin duda me dio una visión amplia del alcance del fenómeno, en particular en América Latina, donde se dio como parte de una práctica sistemática o generalizada.

Delimitación del objeto

Dada la relevancia jurídica y práctica del tema, se consideró sobradamente justificado el llevar a cabo una investigación con el objeto de analizar el fenómeno global de las desapariciones forzadas y la respuesta del derecho internacional mediante la adopción de tratados y mecanismos de protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

A fin de delimitar este objeto, se estimó pertinente estudiar el tratamiento de las desapariciones forzadas en los procesos de justicia transicional, es decir, en los Estados que han vivido un conflicto armado o un régimen autoritario y que están en transición hacia un nuevo régimen basado en el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos. Para ello, se fijaron como principales objetivos específicos del proyecto de investigación los siguientes:

- El estudio del fenómeno de las desapariciones forzadas y la respuesta del derecho internacional desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal;
- El análisis del concepto y los principales elementos de desaparición forzada a partir de la comparación de las definiciones de los diferentes instrumentos jurídicos internacionales, con especial referencia a la desaparición forzada de menores;
- El estudio de la desaparición forzada como un delito complejo que conlleva la violación múltiple de derechos humanos fundamentales;
- La determinación del alcance y contenido del derecho a saber de los familiares de las personas desaparecidas así como de la dimensión colectiva del derecho a la verdad;
- El análisis del derecho a la justicia y las salvaguardias contra la impunidad de las víctimas de desapariciones forzadas; y
- El análisis del derecho de las víctimas de desapariciones forzadas a la reparación y sus distintas formas junto con las garantías de no repetición.

Conviene tener en cuenta, en lo que a la precisión del objeto se refiere, que este trabajo se centra exclusivamente en las respuestas que puede ofrecer la justicia transicional a las víctimas para esclarecer la suerte o paradero de las personas desaparecidas. Si bien el concepto de justicia transicional es amplio e incluye aspectos jurídicos, políticos, sociológicos, económicos y éticos, a efectos de este trabajo comprenderá aquellos procesos a través de los cuales un Estado afronta violaciones graves de derechos humanos ocurridas en el pasado como consecuencia de un conflicto armado o de un régimen autoritario. Superando la dicotomía *verdad v. justicia*, se analizarán las distintas medidas de justicia transicional desde una perspectiva jurídica que, de forma complementaria, pueden dar respuestas a las necesidades de las víctimas de desapariciones forzadas.

Asimismo conviene precisar que esta investigación se centra en las "desapariciones forzadas" en sentido estricto y no en las "personas desaparecidas" en un sentido amplio. El término "personas desaparecidas" o "personas dadas por

aunque también se han tenido en cuenta sentencias de tribunales penales internacionales *ad hoc* y de tribunales internacionales híbridos, en especial del Tribunal de Derechos Humanos de Bosnia y Herzegovina. Para obtener esta información se ha recurrido bien a la consulta directa de las obras publicadas y la documentación, bien a su consulta por Internet, tanto en las páginas oficiales de las organizaciones que los emiten como a través de las bases de datos accesibles online.

Las fuentes de conocimiento se han conseguido fundamentalmente en las Bibliotecas de la Universidad de Barcelona y del Consorci de Biblioteques Universitàries de Catalunya y del Institut Català Internacional per la Pau. Además, se visitaron varias bibliotecas extranjeras: la Peace Palace Library (La Haya, Países Bajos), la Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica), la biblioteca del Palais des Nations (sede de las Naciones Unidas en Ginebra, Suiza) y la Bilioteca de KU Leuven (Bélgica).

Asimismo, parte de la investigación se ha desarrollado en una estancia en el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, dónde pude trabajar y conocer desde dentro el funcionamiento de los diferentes mecanismos de protección de derechos humanos, como el Consejo de Derechos Humanos, el GTDFI y el Comité contra la Desaparición Forzada (CDF). Fue sobre todo la experiencia en el CDF la que me permitió poner en práctica mis conocimientos y mis investigaciones sobre las desapariciones forzadas al asistir a los miembros del Comité en la redacción de las observaciones finales del informe presentado por Francia, en cumplimiento de sus obligaciones en virtud de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 2006. Esta estancia fue financiada por una beca BE-DGR 2012 de la Generalitat de Catalunya.

Igualmente, en virtud de una beca del Programa LERU Law PhD Exchange Scheme, tuve la oportunidad de realizar una breve estancia de investigación de 3 semanas (marzo 2015) en la KU Leuven University (Bégica) en el Leuven Institut of Criminology, dentro de la línea de investigación sobre "Derechos Humanos y Justicia Transicional" dirigida por el Prof. Stephan Parmentier.

desaparecidas ("missing persons" o "persons unaccounted for" en inglés) hace referencia a las personas que en un contexto de conflicto armado o de violencia interna desaparecen como consecuencia de las hostilidades. De modo que es un término que generalmente se utiliza en el ámbito del derecho internacional humanitario, mientras que la "desaparición forzada" ("enforced disappearance" en inglés) suele reservarse para el derecho internacional de los derechos humanos e implica necesariamente la participación de agentes del Estado o personas que actúan bajo su autorización o aquiescencia. Por otro lado, en el derecho internacional penal también se utiliza el término "desapariciones forzadas" pero éste incluye además a los actores no estatales ("organización política" en términos del Estatuto de Roma).

Metodología y fuentes

El análisis se plantea desde una perspectiva del Derecho Internacional Público, teniendo en cuenta en particular el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal. Para ello, se tendrán en cuenta los principios y normas jurídicas internacionales, así como los procedimientos propios de creación y aplicación del Derecho internacional a la hora de aproximarse al objeto de estudio. Para la realización de la investigación se ha utilizado el método propio de la ciencia jurídica, no obstante, atendiendo a algunas de las implicaciones del análisis y objeto de estudio, se ha tenido en cuenta también una aproximación social e histórica y axiológica de las cuestiones planteadas.

La información que sustenta la investigación se ha extraído de diversas fuentes de conocimiento que incluyen obras generales, monografías y artículos, documentos oficiales de organizaciones internacionales, documentos de la práctica de los Estados, y documentos de ONGs. La investigación se ha basado también en el estudio de las sentencias y recomendaciones en materia de desapariciones forzadas de diferentes instancias internacionales de protección de derechos humanos, en especial del Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Desaparición Forzada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

Por último, señalar que para la elaboración de este trabajo se ha contado con el inestimable apoyo del Institut Internacional per la Pau, a través de una Beca FI-ICIP de formación y búsqueda de personal investigador novel desde 2011 hasta 2015.

Sistemática

En lo que respecta a la sistemática seguida para alcanzar el objeto predefinido, el trabajo de investigación se ha dividido en dos partes: una primera en la que se analiza el fenómeno global de las desapariciones forzadas y la respuesta del derecho internacional mediante la adopción de tratados y mecanismos de protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; y una segunda parte en la cual se estudia cómo a través de la justicia transicional pueden los familiares esclarecer la suerte o paradero de las personas desaparecidas, partiendo de la impunidad de la que suelen gozar los responsables de actos de desapariciones forzadas hasta llegar a la rendición de cuentas.

En la Parte I, el capítulo I se inicia con una referencia a dos de los antecedentes más significativos de la práctica de las desapariciones forzadas, por un lado, el Decreto Noche y Niebla, desarrollado por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial como un método de guerra de brutalidad inusual y, por el otro, el fenómeno de las desapariciones forzadas que asoló América Latina durante las décadas de los setenta y ochenta en el marco de conflictos armados internos o situaciones de violencia interna y que en gran parte fue el detonante de la reacción de la comunidad internacional que, entre otras cosas, decidió crear el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de las Naciones Unidas en 1980. Asimismo se realiza una breve descripción de los diferentes contextos en los que las desapariciones forzadas se cometen, en especial en situaciones de violaciones graves de derechos humanos, de un conflicto armado y en el marco de la "guerra" contra el terrorismo, si bien también pueden darse bajo regímenes autoritarios o en vinculación con el crimen organizado. Finalmente, en este capítulo se examina la regulación jurídica internacional de las desapariciones forzadas en base al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal.

El capítulo II versa sobre la definición de desaparición forzada, en el cual se analizan los diferentes elementos que la componen, a saber, la privación de libertad, la participación del estado y la cuestión de los actores no estatales, y la sustracción de la persona a la protección de la ley como intención o consecuencia de la desaparición forzosa. En este capítulo, también se considera la definición de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, siendo el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el primer instrumento internacional que recoge la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad, lo cual tuvo una gran influencia en el desarrollo posterior del derecho internacional y permitió cristalizarla como una norma consuetudinaria. Este capítulo también tiene un apartado sobre las víctimas de las desapariciones forzadas, en concreto, la ampliación de la noción de víctima a los familiares de las personas desaparecidas, la angustia y sufrimiento de los cuales ha sido considerada por los instancias internacionales de protección de los derechos humanos como una vulneración del derecho a la integridad personal. Finalmente, se analiza la desaparición forzada de menores, que desgraciadamente también han sido y son objeto de este crimen, destacando el caso de Argentina, país en el que cerca de 250 niños y niñas "desaparecieron" como consecuencia de la dictadura militar argentina de 1976 a 1983.

Esta primera parte termina con el capítulo III que analiza la desaparición forzada como una violación compleja y múltiple de derechos humanos, en concreto el derecho a la libertad y seguridad personal, el derecho a la integridad personal, el derecho a la vida y el derecho a la personalidad jurídica. Para ello se ha tenido en cuenta no sólo la regulación jurídica internacional sino también la interpretación dada por las instancias internacionales de protección de derechos humanos en casos de desapariciones forzadas. Si bien este trabajo se ha centrado en la violación de los derechos humanos contenidos en el artículo 1 de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992, hay otros derechos que pueden verse violados como consecuencia de las desapariciones forzadas como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la identidad o el derecho a un nombre.

La Parte II, está estructurada en base al *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2005, en donde se establecen las obligaciones de los Estados frente a graves violaciones de derechos humanos. Este conjunto de principios parte de la necesidad de que los Estados aseguren conjuntamente el respeto efectivo del derecho a saber que entraña el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, sin los cuales no puede haber recurso eficaz contra las consecuencias de la impunidad.

Es por ello que el Capítulo IV está dedicado al derecho a la verdad, cuyo origen se encuentra en el derecho internacional humanitario y que se reconoce por primera vez en el ámbito internacional de los derechos humanos en la Convención Internacional de 2006. El derecho a la verdad tiene una doble dimensión, individual y colectiva, que respecto a las desapariciones forzadas se traduce en el derecho de los familiares de las víctimas de conocer la suerte o paradero de la persona desaparecida y, en caso de muerte, de la recuperación, e identificación de los restos de la persona desaparecida. Para ello, las comisiones de la verdad, así como la progresiva incorporación de los métodos forenses para la identificación de los restos contribuyen de forma significativa al derecho a la verdad.

A continuación, el Capítulo V analiza el derecho a la justicia y las salvaguardias contra la impunidad, haciendo énfasis en la obligación de los Estados de juzgar a los autores de las desapariciones forzadas en base al principio *aut dedere aut iudicare*. Asimismo, como crimen de derecho internacional, los Estados pueden ejercer la jurisdicción universal, no sólo en aquellos casos en que la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad sino también respecto a los casos que no alcanzan dicho umbral y que, por lo tanto, no quedan dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional. Si bien las desapariciones forzadas, por su extrema gravedad, no deben quedar impunes, en situaciones de justicia transicional a veces los juicios deben esperar a celebrarse en el momento adecuado y dar paso primero a otro tipo de medidas, siendo una de las más utilizadas las de amnistía. Sin embargo, aunque éstas no están prohibidas por el derecho internacional y se aceptan como medidas de reconciliación, existe la tendencia a considerar que las amnistías no son admisibles

respecto al delito de desaparición forzada porque se trata de un crimen de derecho internacional cuya prohibición es absoluta y, por lo tanto, es de carácter *ius cogens*. Asimismo, se analiza la importancia de la tipificación de la desaparición forzada como un delito autónomo para prevenir y castigar a los responsables de estos crímenes, teniendo en cuenta el carácter permanente o continuado de las desapariciones forzadas. El hecho de que el delito no cese hasta que se encuentre la suerte o paradero de la persona desaparecida tiene consecuencias a efectos de prescripción del delito así como para el establecimiento de la competencia *ratione temporis* de los tribunales internacionales y nacionales cuando la desaparición forzada se inició con anterioridad al reconocimiento de su jurisdicción.

Finalmente, el capítulo VI, abordará el derecho a la reparación y garantías de no repetición de las víctimas, haciendo especial énfasis en las distintas formas de reparación que requieren los familiares de las personas desaparecidas y que incluyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción. En este sentido, la Corte IDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia en la materia, si bien las comisiones de la verdad también tienen un papel importante en cuanto suelen recomendar el tipo de reparaciones adecuadas para las víctimas.

PARTE I

UN FENÓMENO ACTUAL Y MUNDIAL

INTRODUCCIÓN A LA PARTE I

Si bien en un principio el GTDFI sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI) de las Naciones Unidas fue establecido en 1980 para esclarecer la suerte o paradero de las desapariciones forzadas ocurridas durante las dictaduras militares de América Latina, en la actualidad la desaparición forzada es un fenómeno mundial. Una muestra de ello es la desaparición de 43 estudiantes de la Escuela Normalista del Estado de Guerrero (México) el 26 de septiembre de 2014 a raíz de operativos en los que supuestamente participaron operativos de la policía local[1]. Por otra parte, el GTDFI ha considerado que las desapariciones forzadas en la Siria y la Corea del Norte constituyen un crimen de lesa humanidad y en consecuencia ha solicitado al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU) que tome las medidas oportunas para tratar esta cuestión, entre ellas la posible remisión de ambas situaciones a la Corte Penal Internacional (CPI)[2].

[1] Véase ACNUDH, *México enfrenta prueba crucial al investigar la muerte y desaparición forzada de estudiantes en Guerrero*, disponible en (consultado por última vez el 20 de abril de 2015): http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15155&LangID=S#sthash.D0GvvenO.dpuf

[2] Véase *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias,* ONU Doc. A/HRC/27/49, de 4 de agosto de 2014, párr. 32.

El hecho de que el GTDFI recibiera 418 nuevos casos en relación a 42 países diferentes[3] indica que este fenómeno está lejos de erradicarse y no tiene fronteras[4]. Estas cifras, por si solas, pueden alertar de la gravedad del fenómeno de las desapariciones forzadas a nivel global, sin embargo, el GTDFI además se muestra preocupado porque considera que no todos los casos de desapariciones son denunciados ante las autoridades estatales u organismos internacionales, principalmente por miedo de los familiares y abogados a ser objeto de represalias por investigar la suerte o paradero de las personas desaparecidas.

La desaparición forzada es un fenómeno complejo, no sólo por su naturaleza y su carácter continuo, sino porque suele darse en un contexto general de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos[5]. A menudo, las desapariciones forzadas a gran escala se producen en Estados afectados por conflictos armados internos, como Siria, Libia, Colombia, Sri Lanka, Nepal, Filipinas y Federación de Rusia. En otros casos, las desapariciones son consecuencia de la represión de los opositores a un régimen determinado como en el caso de Chile, Argentina, Perú, Argelia, Marruecos o Corea del Norte. Igualmente, las desapariciones forzadas pueden darse en el marco de la lucha contra el terrorismo desde el momento en que se producen detenciones secretas en centros de detención secretos ("black sites").

Uno de los objetivos de las desapariciones forzadas es crear pánico e intimidación entre la población civil. Además, los familiares de las personas desaparecidas no se atreven a denunciar ante las autoridades lo ocurrido por miedo a represalias o a ser desaparecidas también. De modo que las desapariciones se

[3] *Ibid.*, párr. 20.

[4] El número de casos de desapariciones forzadas recibidos por el GTDFI ha ido fluctuando a lo largo de su mandato llegando en el 2008 a recibir más de 1.200 casos nuevos. Véase, entre otros, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. A/HRC/10/9, de 6 de febrero de 2009, p. 2

[5] DECAUX, E., "La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 CEDH", en DE CHASSIN, C., *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 157-178.

convierten, a su vez, en advertencias hacia la población y, por lo tanto, en una forma de control social, pues en algunos casos los autores viven entre la población[6].

En Colombia, el GTDFI observó, en su visita al país en el 2005, que uno de los principales objetivos de las desapariciones forzadas es la posesión de la tierra, para lo cual se eligen los grupos más vulnerables de la sociedad. Así, nos encontramos ante desapariciones combinadas con "limpieza social" (personas pobres, prostitutas, homosexuales, etc.); desapariciones combinadas con desplazamientos forzados (con la intención de despojar a las víctimas de sus tierras y bienes); desapariciones combinadas con violaciones y otras formas de violencia sexual (dirigidas contra mujeres y niñas) y desapariciones combinadas con reclutamientos forzados (dirigidas contra niños)[7].

Asimismo, los defensores de derechos humanos que intentan ayudar a los familiares de las víctimas también son objeto de desaparición forzada. En este sentido, el GTDFI se muestra "[…] profundamente preocupado por el creciente número de informes que ha recibido durante el último año en relación con la desaparición de defensores de los derechos humanos y actos de intimidación o represalia contra defensores de los derechos humanos, testigos, abogados y parientes de personas desaparecidas que procuran esclarecer la suerte o el paradero de esos desaparecidos"[8].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también se muestra preocupada por la persecución de los defensores de derechos humanos y destaca que "las víctimas de […] desapariciones generalmente son las personas que más se destacan por sus denuncias o liderazgo. Al atentar contra su vida, los agresores buscan producir un efecto "ejemplificador", paralizar los procesos de denuncia de violaciones, producir

[6] Véase KAUFMAN, E. y WEISS, P., "Extrajudicial Executions: an Insight into the Global Dimensions of a Human Rights Violation", *Human Rights Quarterly,* Vol. 3, 1981, núm. 4, p. 96. Los autores mencionan que en Guatemala y Uruguay las autoridades publicaban listas de sospechosos en los periódicos, de entre los cuales incluían a personas que ya estaban muertas, por una parte para deshacerse de cualquier tipo de responsabilidad y por otra, para desmoralizar y crear confusión entre los familiares.

[7] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a Colombia*, ONU Doc. E/CN.4/2006/56/Add.1, de 17 de enero de 2006, párr. 59.

[8] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007, p. 2.

el abandono de determinadas zonas por parte de las organizaciones de derechos humanos y/o disminuir el número de denuncias"[9].

También es importante resaltar que las desapariciones forzadas tienen especiales consecuencias para las mujeres. En general son las que sufren las dificultades económicas que conllevan las desapariciones, por ejemplo, en caso de desaparecer el marido, la mujer se queda sin los rendimientos del trabajo de éste y además no puede cobrar la pensión de viudedad porque el marido no "está muerto" oficialmente, sino "desaparecido". En caso de ser ellas mismas las víctimas de desapariciones forzadas, las mujeres son particularmente vulnerables a la violencia sexual u otras formas de violencia. Las mujeres son también, a menudo, las que lideran la lucha para resolver las desapariciones forzadas de sus familiares, convirtiéndose a su vez en objeto de intimidación, persecución y represalias. Por ejemplo, las abuelas de Plaza de Mayo de Argentina son y siguen siendo un movimiento de mujeres que ha conseguido recuperar más de 115 nietos y nietas desde que se unieron para pedir a las autoridades que les ayudaran a encontrar a sus familiares desaparecidos durante la dictadura militar[10].

Además de ser un fenómeno complejo que generalmente se da en un contexto de conflicto armado o violaciones masivas de derechos humanos, las desapariciones forzadas se siguen cometiendo en la actualidad por distintos motivos. Por un lado, cabe destacar la impunidad de los autores de estos delitos que a menudo cuentan con la complicidad y aquiescencia del Estado. Esta impunidad queda reflejada en la falta de investigación efectiva o archivo de los casos de desapariciones forzadas que son denunciados ante las autoridades. Por ejemplo, en Chechenia, de los 2.540 casos de desapariciones y abducciones cometidas en el periodo de 1999 al 2005, las autoridades abrieron investigación en 1.814 casos, de los cuales 520 de ellos fueron liberados, algunos volvieron a casa y otros escaparon, según el Presidente del Consejo de Estado

[9] CIDH, *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, de 7 de marzo 2006, párr. 152.

[10] La Asociación Civil Abuelas de Plaza de Mayo es una organización no gubernamental que tiene como finalidad localizar y restituir a sus legítimas familias todos los niños secuestrados desaparecidos por la represión política, y crear las condiciones para que nunca más se repita tan terrible violación de los derechos de los niños, exigiendo castigo a todos los responsables. Véase la web: www.abuelas.org.ar (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

checheno Taus Dzhabrailov[11]. Según Amnistía Internacional, la mayoría de casos de desapariciones forzadas en Chechenia permanecen sin resolver y nadie ha sido condenado por estos delitos[12].

La impunidad sigue siendo uno de los principales obstáculos para la erradicación de las desapariciones forzadas, y así lo manifiesta el GTDFI: "[…] la práctica de matar a las personas desaparecidas y de desmembrar o mutilar sus cadáveres, para luego enterrarlos en tumbas individuales o fosas comunes [es] parte de la estrategia usada por los perpetradores para tratar de ocultar las pruebas. Del mismo modo […] que las exhumaciones realizadas por las autoridades en algunos de los casos conocidos se realiz[a]n con frecuencia sin ningún decoro, decencia o atención, con excavadoras, con lo que se hac[e] difícil identificar los cuerpos de los seres queridos"[13].

La CIDH considera que "la característica fundamental de la desaparición forzada de personas es que cada caso individual forma parte de una política deliberada y consciente adoptada por el gobierno en algún nivel de autoridad con capacidad no sólo para dar este tipo de órdenes y hacerlas cumplir, sino también para asegurar la impunidad de quienes las deben ejecutar"[14]. La impunidad de los autores es una de las causas principales de que las desapariciones forzadas se sigan cometiendo en la actualidad, pues el secreto no sólo es en torno al acto de desaparición sino también de su autor[15]. La desaparición forzada "pretende borrar toda huella del crimen para conseguir la impunidad total de quienes lo cometieron[16]".

Frecuentemente, las investigaciones sobre desapariciones forzadas son llevadas a cabo por tribunales militares y no por la jurisdicción ordinaria, de modo que no se

[11] ITAR-TASS, "1,800 People Disappear in Chechnya over 5 Years,", de 25 de febrero de 2005.

[12] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Russian Federation. What justice for Chechnya's disappeared?* EUR 46/015/2007, mayo 2007. Para más información véase, también, PACE, *Legal remedies for human rights violations in the North-Caucasus Region,* Rapporteur: Mr. Dick Marty, Doc. 12276, de 4 de junio de 2010.

[13] ONU Doc. E/CN.4/2006/56/Add.1, *cit.*, nota 7 *supra*, párr. 52.

[14] CIDH, "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", *Informe Anual 1986-87,* OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, de 22 de septiembre 1987, Cap. V.II.

[15] *Disparus: rapport à la Commission Indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Berger-Levraut, Nancy, 1986, pp. 43-44.

[16] CORTE IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 122.

garantiza debidamente la independencia de las investigaciones o la imparcialidad de los tribunales. El hecho de que el delito de desaparición forzada apenas se encuentre tipificado en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados también contribuye a que su persecución y castigo resulte más difícil. La mayoría de países que han incorporado el delito de desaparición forzada en su legislación interna pertenecen a América Latina, y así lo ha constatado el GTDFI[17]. La razón principal es que los Estados Parte de la *Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas* de 1994 (Convención Interamericana de 1994), están obligados, en virtud del artículo III a "adoptar […] 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". Además es importante que los Estados tengan en cuenta el carácter continuado o permanente del delito de desaparición forzada y establecer la competencia para juzgar este tipo de delitos como elemento indispensable para luchar contra la impunidad.

Por otro lado, en las situaciones de post-conflicto, las desapariciones forzadas habitualmente se convierten en una cuestión de negociación política y de lucha por el control del poder, en vez de ser tratado como un problema humanitario que requiere de soluciones urgentes[18]. No obstante, hay que tener en cuenta que en los Estados afectados por situaciones de conflicto armado o violencia interna y que están en proceso de transición hacia un estado de derecho que garantice el respeto de los derechos humanos, las instituciones pueden no tener la capacidad o estar obstaculizadas, lo cual dificulta aún más la resolución de los casos de desapariciones con prontitud, imparcialidad y eficacia.

En definitiva, el fenómeno de las desapariciones forzadas es mundial y no responde a una región en concreto y, lejos de erradicarse, cada año se producen numerosos casos de desapariciones forzadas en el mundo. Con el objetivo principal de

[17] En un estudio comparativo sobre el tratamiento de las desapariciones forzadas en la legislación penal interna, el GTDFI, basado en un análisis preliminar, observa que fuera de América Latina, muy pocos países han incorporado la desaparición forzada como un delito autónomo (*Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007, párr. 48).

[18] CICR, *The missing. ICRC Progress Report*, agosto 2006. Disponible en: www.icrc.org/spa (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

intimidar a la población civil, ya sea en un contexto de conflicto armado o de situación de violencia interna, en la actualidad no sólo los familiares de las víctimas sufren por la desaparición de sus seres queridos sino que además afecta en especial a las mujeres y a los defensores de derechos humanos que quieren ayudar a estas familias. Sin duda, la impunidad de los autores de desapariciones forzadas favorece que aún se sigan cometiendo delitos de desaparición forzada de personas en todo el mundo.

CAPÍTULO I

EL FENÓMENO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La práctica de las desapariciones forzadas no es un fenómeno reciente, sin embargo, tiene dos antecedentes que merecen especial atención por su gravedad y porque permiten entender mejor la complejidad y el alcance de este fenómeno. Así, el Decreto Noche y Niebla, promulgado por Hitler durante la Segunda Guerra Mundial, se puede considerar como un método de guerra que aplica una brutalidad inusual hasta el momento, en el marco de un conflicto armado internacional en Europa, en el cual se especifica con detalle los objetivos y el alcance de la desaparición forzada como método de represión.

Por otro lado, también es importante destacar el fenómeno de las desapariciones forzadas ocurridas en América Latina durante las décadas de los setenta y ochenta en el marco de conflictos armados internos o situaciones de violencia interna, porque las desapariciones forzadas se dieron a gran escala y de forma masiva por todo el continente, afectando incluso a menores. Este fue uno de los detonantes de la reacción de la comunidad internacional, que decidió establecer y adoptar diferentes organismos y mecanismos jurídicos para tratar de poner fin a la práctica de las desapariciones forzadas a nivel mundial.

1.1. Decreto Noche y Niebla

Uno de los antecedentes más relevantes e impactantes del fenómeno que ahora conocemos como desaparición forzada de personas es la práctica llevada a cabo por los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, mediante el "Nacho und Nebel Erlass" (Decreto Noche y Niebla), dictado por Adolf Hitler el 7 de diciembre de 1941. Las personas detenidas bajo este decreto no podían tener ningún tipo de contacto con el exterior ni podían ser visitados por sus familias, de modo que se encontraban "desaparecidas" en diferentes campos de concentración, con la consiguiente angustia y sufrimiento por parte de sus familiares.

La promulgación del Decreto Noche y Niebla se dio en el momento en que el Führer había iniciado la campaña contra Rusia y necesitaba intensificar la represión contra la resistencia de los territorios ocupados en el Oeste de Europa, para poder seguir luchando en el lado Este. En general, los miembros de la resistencia eran condenados a la pena de muerte o a duras penas en prisión, sin embargo, el resultado no fue el esperado: los condenados a muerte se convirtieron en mártires, reforzando así la resistencia a la ocupación nazi[1]. De alguna forma, el Decreto vino a reemplazar la política de sentencias de larga prisión, los esfuerzos de "reeducación" y los secuestros para acabar con las actividades clandestinas, y permitió a las autoridades alemanas abducir aquellas personas que fueran "un peligro para la seguridad alemana" de noche, para que pudieran desaparecer sin dejar rastro[2].

Este Decreto respondía a una política de la OKW (Oberkommando der Wehrmacht), el Comando Supremo de las Fuerzas Armadas Alemanas, de intimidación aplicando una brutalidad excepcional[3]. El Decreto Noche y Niebla, de 7 de diciembre de 1941, compuesto por cinco *Directivas para la persecución de las infracciones cometidas contra el Reich o las fuerzas de ocupación en los territorios ocupados,* establecía que en caso de que no fuera probable que los autores de actos delictivos, cometidos por civiles no alemanes contra el Reich que constituían una amenaza a la seguridad, fueran sentenciados a muerte y, el proceso y la ejecución pudieran llevarse a cabo en poco tiempo, éstos debían ser transferidos a Alemania. El Decreto establecía claramente que "en caso de que autoridades alemanas o extranjeras pidan información

[1] MINISTÈRE DE LA DÉFENSE - DIRECTION DE LA MÉMOIRE, DU PATRIMOINE ET DES ARCHIVES, *Décrets NN. Déportés condamnés à disparaître dans la nuit et le brouillard*, Collection "Mémoire et Citoyenneté", núm. 36, 2006, p. 2.

[2] UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, "Night and Fog Decree", *Holocaust Encylopedia.* Disponible en: http://www.ushmm.org/wlc/article.php?_=lang=en&ModuleId=10007465 (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

[3] INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, "Judgment: Dissenting opinion of the Soviet Member of the International Military Tribunal", *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946,* Vol. I ("Official documents" - Official text in the English language), IMT, Nuremberg, 1947, p. 362.

sobre estos prisioneros, se les tiene que decir que fueron detenidos, pero que los procedimientos no permiten dar más información"[4].

Los detenidos bajo este Decreto, conocidos como *NN*, respondían a "una innovación básica". Así, Hitler ordena que "los actos de resistencia de la población civil en los territorios ocupados serán castigados por una corte marcial en los territorios ocupados sólo cuando (a) la sentencia recaiga en pena de muerte, y (b) la sentencia sea pronunciada dentro de los 8 días posteriores al arresto". En caso de no cumplir con estas dos condiciones, "los acusados deben ser llevados de forma secreta a Alemania y ser procesados allí. El efecto disuasorio de estas medidas radica en (a) permitir la desaparición del acusado sin dejar rastro, y (b) que ninguna información pueda ser difundida acerca de su paradero o destino"[5].

Las personas detenidas bajo el Decreto Noche y Niebla fueron llevadas a distintos campos de concentración, entre ellos el de Natzweiler-Struthof (conocido como "El infierno de Alsacia" por los ingleses o "El campo del fin" por los detenidos), y en las chaquetas de sus uniformes llevaban pintadas las letras *NN* para distinguirlos de otras categorías de prisioneros[6]. Los historiadores alemanes estiman que de las 22.000 víctimas del campo de Natzweiler, aproximadamente 7.000 eran prisioneros *NN*

[4] OFFICE OF UNITED STATES CHIEF OF COUNSEL FOR PROSECUTION OF AXIS CRIMINALITY, *Nazi Conspiracy and Aggression*, Vol. 7, Doc. núm. L-90, United States Government Printing Office, Washington, 1946, pp. 873-874 [Traducción propia].

[5] INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, "Second Day. Wednesday. 21 November 1945 – Afternoon Session", *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946,* Vol. II ("Proceedings: 14 November 1945 – 30 November 1945" - Official text in the English language), IMT, Nuremberg, 1947, p. 129 [Traducción propia].

[6] En los campos de concentración había distintas categorías de prisioneros a los que se identificaba por medio de un triángulo de color invertido con letras. Los criminales llevaban un triángulo verde, los prisioneros políticos un triángulo rojo, los "asociales" uno negro, los homosexuales uno rosa, los objetores de conciencia uno morado y el amarillo era para los judíos. Los dos triángulos que formaban el distintivo de la estrella judía eran amarillos, a menos que incluyera al prisionero judío en alguna de las otras categorías de prisioneros. Por ejemplo, a los prisioneros políticos judíos se les identificaba por un triángulo amarillo debajo de un triángulo rojo. A los prisioneros no alemanes se les identificaba con la primera letra del nombre de su país natal en alemán, de modo que los deportados españoles llevaron el triángulo azul de los apátridas con la S de "Spanier" cosida en el centro. Véase UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM, *Enciclopedia del Holocausto*. Disponible en: http://www.ushmm.org/wlc/article.php?lang=es&ModuleId=10007658 (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

deportados de Francia (5.000 a 6.000), Bélgica, Holanda, Luxemburgo y Noruega[7]. En una comunicación como jefe del alto comando de las fuerzas armadas el 12 de diciembre de 1941, Keitel constató respecto al Decreto que:

> "Una intimidación efectiva y duradera sólo se puede conseguir bien con la pena de muerte o con medidas que dejen a los familiares y a la población en la incertidumbre sobre la suerte del criminal. Este objetivo se consigue con el traslado del criminal a Alemania"[8].

El Decreto Noche y Niebla fue substituido el 30 de julio de 1944 por el Decreto "Terror y Sabotaje" por considerar que el primero se había convertido en superfluo, mientras que el nuevo estableció que todos los actos de violencia cometidos por civiles no alemanes en los territorios ocupados debían considerarse actos de terrorismo y sabotaje. En definitiva, cualquier infracción cometida por cualquier persona en los territorios ocupados podía ser castigada bajo este nuevo Decreto[9].

Acabada la guerra, el mariscal Keitel fue condenado a muerte en la horca por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, principalmente por el maltrato a los prisioneros de guerra y a la población civil de los territorios ocupados cometidos, entre otros, bajo el Decreto Noche y Niebla.

En definitiva, mediante este Decreto, los nazis trataron de buscar nuevas formas de intimidar a la población civil y a los prisioneros, y al mismo tiempo a sus familiares, que ofrecían resistencia en los territorios ocupados, aplicando una "brutalidad inusual". De alguna forma, las "desaparición" de estas personas privadas de libertad se había convertido en un método de guerra nuevo, que pretendía debilitar al enemigo, al ver que las condenas a muerte de los detenidos habían convertido a éstos en mártires y, por tanto, había obtenido el efecto contrario. Así, se demuestra que la guerra no es sólo el

[7] MINISTÈRE DE LA DÉFENSE - DIRECTION DE LA MÉMOIRE, DU PATRIMOINE ET DES ARCHIVES, *Décrets NN... op. cit.*, nota 1 *supra*, p. 8.

[8] INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, "Judgment", *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946,* Vol. I ("Official documents" - Official text in the English language), IMT, Nuremberg, 1947, p. 233. [Traducción propia].

[9] INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL, "One Hundred and Eighty-eighth Day. Saturday. 27 July 1946 - Morning Session", Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946, Vol. XIX ("Proceedings: 19 July 1946 – 29 July 1946" - Official text in the English language), IMT, Nuremberg, 1948, pp. 481-482.

uso de la fuerza sino que además son importantes las estrategias de desgaste psicológico del enemigo, no sólo de los combatientes sino también de la población civil.

1.2. América Latina

A menudo se relaciona el fenómeno de las desapariciones forzadas con las dictaduras que asolaron América Latina principalmente en las décadas de los setenta y ochenta (Argentina, Chile, Guatemala, El Salvador, Uruguay, Honduras, Perú…) como parte de su política opresora y represiva. Amnistía Internacional, FEDEFAM (Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-desaparecidos) y otros organismos de derechos humanos calculan que en América Latina desaparecieron noventa mil personas en el periodo de 1966-1986, como consecuencia de la represión política de sus gobiernos[10].

Los gobiernos, en su mayoría dictaduras militares, basaban su política en la doctrina de la seguridad nacional y en la lucha contra el "enemigo interno" (subversivos, comunistas, insurgencia, etc.), que en la práctica se convirtió en el uso sistemático de la tortura y la desaparición forzada de personas para dominar a la sociedad civil y crear terror entre la población.

Es importante destacar que la violencia de Estado no es equivalente a una situación de guerra. Como señala Ludmila da Silva Catela hay una diferencia "fundamental entre los desaparecidos y los muertos de guerra, donde generalmente el Estado asume la "obligación" de informar a los familiares y a la sociedad el destino de aquellos que se "sacrificaron" en y por la Patria[11]".

Durante la dictadura militar en Argentina (1976-1983), las autoridades trataron de manipular a la opinión pública con campañas que intentaban desanimar a los

[10] MOLINA THEISSEN, A. L., "La desaparición forzada de personas en América Latina", *Ko'aga Roñe'eta se.vii*, 1998. Disponible en http://www.derechos.org/vii/molina.html (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).
[11] DA SILVA CATELA, L., *No habrá flores en la tumba del pasado: la experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos.* Ediciones Al Margen, La Plata, Argentina, 2001.

familiares de los desaparecidos a buscarlos, creando en ellos una sensación de culpa por lo sucedido mediante mensajes como "¿Sabe usted dónde están sus hijos en este momento?" y "¿Cómo educó a sus hijos?"[12], trasladando así la responsabilidad de los actos represivos a las propias víctimas desaparecidas y a sus familiares.

Los propios militares y miembros de la policía argentina justificaron su política de represión total hacia cualquier persona sospechosa de ir en contra del gobierno, incluso después de caer la dictadura militar. Así, el General Ibérico Saint-Jean decía a la prensa europea de 1977: "Primero mataremos a todos los subversivos; luego mataremos a sus colaboradores; luego… a sus simpatizantes; luego… a quienes permanezcan indiferentes; y por último mataremos a los indecisos"[13]. Años más tarde, el ex-jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires General Ramón Camps dijo: "No desaparecieron personas sino subversivos… No quedan desaparecidos con vida. Asumo toda la responsabilidad, me siento orgulloso. Si de algo soy culpable es de no haber logrado también la victoria política, pero la lucha no ha terminado, mi papel tampoco"[14]. Asimismo, el Capitán de navío Carlos Bonino, poco después del golpe de Estado explicó que "[…] cualquiera que estuviera ligado con la subversión, fueran hijos, padres o parientes, tenía que desaparecer […]"[15].

Esta tremenda represión, que oficialmente en Argentina fue denominada Proceso de Reorganización Nacional, en realidad "opuso un sistema en el que la represión fue un valor en sí misma, el exterminio fue el criterio, la capacidad humana fue el blanco y la desaparición forzada de personas el recurso técnico. En este juego, en escenarios como la ESMA[16], la Perla, el Olimpo, se aniquiló a la Nación para salvar al Estado. Creemos

[12] MUNCZEK, D., "La desaparición forzada de personas como estrategia política del terror", *Atención integral a víctimas de tortura en proceso de litigio*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2007, pp.137-179.

[13] LAVADO LUCH, D., "La desaparición forzada de personas: un silencio que sigue retumbando en la sociedad argentina", *Foro Latinoamericano*, Tomo I, Vol. I, San José, Costa Rica, 1995, pp. 7- 22.

[14] *Ibid.*

[15] VERBITSKY, H., *El vuelo,* Editorial La página, 1ª edición, Buenos Aires, 2006, p.101.

[16] La Escuela Mecánica de la Armada, en la ciudad de Buenos Aires, fue uno de los centros clandestinos más importantes de detención y tortura durante la dictadura militar argentina. Desde febrero de 2009 constituye la sede del Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos vinculado a la UNESCO y otras organizaciones de defensa de los derechos humanos, además de constituir un espacio para la memoria.

lícito preguntarnos de qué Estado se trataba"[17]. La reflexión de la profesora SALADO merece nuestra atención, pues ¿qué Estado "lucha" contra sus propios ciudadanos haciéndolos desaparecer, con la intención de acabar con ellos, y no sólo con ellos sino también con sus hijos, también objeto de desaparición forzada, con el fin de tener el control de la sociedad? ¿De qué sociedad?

En una larga entrevista de Horacio Verbitsky, Adolfo Scilingo[18] explica de forma abierta la verdad sobre las personas desaparecidas en Argentina. La dictadura utilizó la figura de la desaparición forzada para crear incertidumbre y miedo entre la población civil, de otro modo, se hubiera dado la lista de las personas detenidas y que posteriormente desaparecieron:

> "[…] Porque si se emplearon tantos métodos no convencionales era porque la guerra no era convencional. Se trataba de negarle información al enemigo, crearle incertidumbre de qué había pasado con sus detenidos, o lo que usted llama secuestrados. […] Por más que se creen leyes de amnistía, por decreto o por comunicado no se soluciona este tema. *Pero qué distinto hubiese sido si se hubiese sabido la verdad, si se hubiesen eliminado los desaparecidos para transformarlos en muertos.* ¿Se acuerda quién dijo que no existían los desaparecidos? [El ex presidente de la Unión Cívica Radical, Ricardo] Balbín. Balbín dijo: "*¿Qué desaparecidos? Están todos muertos*". Sin embargo, siguen en estado de desaparecidos"[19].

Scilingo habla de una guerra no convencional, y es que en verdad se trataba de una "guerra" sin batallas, puesto que el 80 por ciento de los desaparecidos habían sido secuestrados en sus casas, en la calle o en sus lugares de trabajo ante testigos[20].

Al mismo tiempo, en Chile, organismos especializados como la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional) llevaron a cabo una represión selectiva para descabezar todo germen de resistencia. Se inició así la eliminación sistemática de dirigentes y militantes en forma definitiva, recurriendo a la práctica de desaparición de detenidos y el exilio indefinido, al uso regular de la tortura, la prisión arbitraria e

---

[17] PINTO, M., "Encuadramiento jurídico internacional de la desaparición forzada de personas", en *La desaparición. Crimen de lesa humanidad*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, 1987, p. 201.

[18] Adolfo Francisco Scilingo en el año 1976 formaba parte de la Armada de la República Argentina ostentando la graduación de Teniente de Fragata con destino en la Base Naval de Puerto Belgrano en Argentina. Fue condenado por la Audiencia Nacional por delitos de lesa humanidad el 19 de abril de 2005.

[19] VERBITSKY, H., *El vuelo, op.cit.*, nota 15 *supra,* p. 50. [énfasis añadido].

[20] *Ibid*, p. 75.

incomunicación por largos periodos, etc.[21] Además, en el marco de la Operación Cóndor, varios servicios de inteligencia de los distintos países del Cono Sur (Argentina, Chile, Uruguay, Brasil, Paraguay, Bolivia y hasta cierto punto Perú) se coordinaron para intercambiar información sobre supuestos subversivos residentes en los distintos países partes a la Operación y colaboraron en la persecución de estas personas. De este modo, se "permitió a operativos de inteligencia o de las fuerzas armadas de los distintos países participantes a desplazarse libremente en el territorio de los otros, para así secuestrar, desaparecer o asesinar a sus con-ciudadanos"[22].

Mientras que el Decreto Noche y Niebla se aplicaba a los miembros de la resistencia en los territorios ocupados para luego ser llevados a campos de concentración en Alemania por la noche para hacerlos "desaparecer", en América Latina, el enemigo era interno, de modo que las víctimas eran ciudadanos y ciudadanas de la sociedad civil que eran aprehendidos a plena luz del día, delante de testigos, para luego llevarlos a un centro de detención, torturarlos y hacerlos desaparecer, ya fuera mediante ejecuciones o a través de los llamados "vuelos", en los que las víctimas, dormidas previamente, eran lanzadas desde aviones al mar.

En cualquier caso, la desaparición forzada de personas, tanto en la Alemania nazi como en el continente americano, fue de carácter sistemático y generalizado, afectando a miles de personas y creando una enorme incertidumbre y sufrimiento a los familiares de las víctimas, que vieron sus derechos fundamentales denegados al no poder interponer ningún recurso de *habeas corpus* o recurrir a ninguna autoridad administrativa para conocer la suerte de las personas desaparecidas, con la consiguiente impunidad de los autores de estos crímenes tan graves.

[21] PACHECO, G. y ACEVEDO, L. (eds.). *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 3a reimpresión, Costa Rica, 2007, pp. 120-121.

[22] EQUIPO NIZKOR, *Operación Cóndor*. Disponible en http://www.derechos.org/nizkor/doc/condor/ (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

2. RESPUESTA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL E INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADOPTADOS

Ante la práctica de las desapariciones forzadas de forma sistemática o generalizada, la comunidad internacional no podía quedar indiferente, si bien las ONGs y la sociedad civil, en especial las asociaciones de familiares de personas desaparecidas, han sido las que han ejercido mayor presión a las instituciones internacionales y a los Estados para que se adoptasen medidas para prevenir y castigar las desapariciones forzadas y acabar con la impunidad de sus autores.

A continuación, se analizará la evolución de la respuesta de la comunidad internacional ante el fenómeno de las desapariciones forzadas, empezando por diversas resoluciones adoptadas por la ONU y la OEA alertando de la gravedad de este tipo de práctica. Luego se examinará la creación de un mecanismo especial de protección de derechos humanos por parte de las Naciones Unidas, que es el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias creado en 1980, inicialmente con el mandato de un año y que ya lleva más de 35 años intentando ayudar a los familiares a esclarecer la suerte o paradero de sus seres queridos desaparecidos. Finalmente se estudiarán los diferentes instrumentos jurídicos adoptados, tanto en el ámbito universal como regional, cuyo punto culminante es la adopción de la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* de 2006. Asimismo, también se hará mención a las normas del DIH y del derecho internacional penal que se refieren a las desapariciones forzadas, ya sea de forma expresa o implícita.

2.1. Primeras resoluciones de la OEA y la ONU

El tratamiento del fenómeno de la desaparición forzada de personas surge en el ámbito regional interamericano principalmente como consecuencia de las personas desaparecidas en Chile y Argentina. Así, en 1974, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó su preocupación por los desaparecidos en Chile:

> "Es muy difícil entender por qué muchachas y muchachos de 16 o 17 años estaban privados de libertad, como peligrosos para el mantenimiento del orden, desde hacía más de diez

> meses; por qué se retenía en las cárceles a personas respecto de las cuales no se había podido articular un solo cargo, cuando países lejanos les ofrecían el ingreso a sus respectivos territorios y sus representaciones diplomáticas se comprometían a vigilar su efectivo traslado (…)
>
> (…) El número de casos de personas desaparecidas luego de su detención y cuyo paradero se ignoraba era muy alto. Esto constituía por cierto, uno de los factores que más inquietud y angustia causaban en la familia chilena. Eran centenares las personas que se afanaban por descubrir dónde se encontraba su padre, su cónyuge, o su hijo"[23].

En 1979, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) reveló la necesidad de poner fin a la práctica de la desaparición forzada de personas y declaró que "la práctica sistemática de las desapariciones es una afrenta a la conciencia del hemisferio" y que "las desapariciones en determinados países han afectado particularmente el bienestar de los niños, ya sea nacidos de mujeres "desaparecidas" en estado de gravidez o secuestrados con sus padres"[24]. Más adelante, la Asamblea General de la OEA declaró que la desaparición forzada de personas constituye "un cruel e inhumano procedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal" cuya práctica "constituye un crimen de lesa humanidad"[25].

El alcance de las desapariciones en Chile y Argentina, así como también en Chipre[26], generó también inquietud en el seno de la comunidad internacional, que llevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) a aprobar una resolución en la que "Profundamente preocupada por los informes procedentes de diversas partes del mundo en relación con la desaparición forzosa o involuntaria de personas a causa de excesos cometidos por autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, o encargadas de la seguridad, o por organizaciones análogas, a menudo mientras esas personas están sujetas a detención o prisión, así como a causa de actos ilícitos o de la violencia generalizada [...]", pide a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas

[23] CIDH, *Informe sobre Chile. Capítulo IX: detenciones por tiempo indeterminado y personas desaparecidas,* OEA/Ser.L/V/II.34, de 25 octubre de 1974, párr. 3-5.
[24] OEA, Asamblea General, AG/RES. 443 (IX/0-79), de 31 de octubre de 1979.
[25] OEA, Asamblea General, AG/RES. 666 (XII/0-83), de 18 de noviembre de 1983.
[26] AGNU, *Personas desaparecidas en Chipre*, Resolución 33/172, de 20 de diciembre de 1978.

(Comisión de Derechos Humanos) que examine "[…] la cuestión de las personas desaparecidas con miras a hacer recomendaciones apropiadas" [27].

2.2. Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias

En 1980, la Comisión de Derechos Humanos estableció el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, con un mandato principalmente de carácter humanitario, encargado de esclarecer la suerte y paradero de las personas desaparecidas a escala mundial[28]. En septiembre de 1980, el GTDFI se reunió en Ginebra con familiares de personas desaparecidas y el embajador argentino ante la ONU Gabriel Martínez, siendo la primera vez que las Naciones Unidas hablaban de forma tan directa con víctimas y perpetradores[29].

El GTDFI actúa como canal de comunicación entre los familiares de las víctimas de las personas desaparecidas y sus gobiernos respectivos, independientemente de que el Estado en cuestión haya ratificado cualquiera de los principales tratados de derechos humanos que contemple un procedimiento de comunicaciones individuales. Desde su creación, el GTDFI ha transmitido más de 50.000 casos individuales a los gobiernos de casi 80 países. Por motivos que escapan del control del GTDFI, sólo el veinte por ciento de los casos han podido ser esclarecidos[30].

En un principio el GTDFI no se ocupaba de situaciones de conflicto armado internacional, al ser una tarea que ya realizaba el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), quien tiene competencia para actuar en estos casos en base a las Convenciones

[27] AGNU, *Personas desaparecidas,* Resolución 33/173, de 20 de diciembre de 1978.

[28] Establecido por la Resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980 de la Comisión de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones forzadas o involuntarias ha sido el primer mecanismo temático de derechos humanos de las Naciones Unidas con un mandato global.

[29] GUEST, I., *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*¸ University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1990, p. 216.

[30] OACNUDH, *Desapariciones forzadas o involuntarias*, Folleto informativo No. 6/Rev.3, Nueva York y Ginebra, 2009, p. 22.

de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales de 1977[31]. Esta posición del GTDFI fue tomada después de la guerra Irán-Iraq (1980-1988), por considerar que ocuparse de las desapariciones en el marco de un conflicto armado internacional, incluyendo la desaparición de combatientes, sobrepasaba sus recursos y porque ya existía una organización humanitaria, el CICR, que se encargaba de estos casos[32]. No obstante, desde mayo de 2014, el GTDFI puede conocer de cualquier caso de desaparición forzada independientemente del contexto en que haya tenido lugar, otorgando por lo tanto, mayor protección a las víctimas de desapariciones forzadas[33].

Para poder desarrollar su mandato, el GTDFI pide y recibe información de los Gobiernos, las organizaciones intergubernamentales, organizaciones humanitarias y de otras fuentes relevantes. Sin embargo, sólo tramita casos con los Gobiernos, al entender que son los responsables de cualquier violación de derechos humanos que ocurra en su territorio. Mientras, las desapariciones que se atribuyen a grupos terroristas o movimientos insurgentes que luchan contra el gobierno de su territorio quedan al margen de su mandato[34].

Dispone de un procedimiento de tramitación urgente de casos de desaparición forzada cuando éstos se han dado en el plazo de tres meses desde su comunicación al GTDFI. Este mecanismo es importante porque cuando la desaparición es reciente se tienen más posibilidades de averiguar su paradero y por este motivo es necesario actuar rápidamente. El GTDFI también realiza visitas *in situ*, cuando así lo considera oportuno para mejorar su trabajo en relación a las desapariciones forzadas de un determinado país.

El GTDFI, con sus métodos de trabajo innovadores (procedimiento urgente, visitas *in situ*, recomendaciones generales…) ha pasado a desarrollar una función muy

[31] OACNUDH, *Folleto informativo Nº 6 (Rev.2), Desapariciones forzadas o involuntarias*, 1998; GTDFI, *Revised methods of work of the working group*, 14 de noviembre de 2001, párr. 5.

[32] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. E/CN.4/1993/25, de 7 de enero de 1993, párr. 38.

[33] GTDFI, *Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. A/HRC/WGEID/102/2, de 2 de mayo de 2014, párr. 12.

[34] GTDFI, *Revised methods of work ...,cit.*, nota 31 *supra*, párr. 6.

parecida a la de los comités de vigilancia, constituyendo así un verdadero mecanismo de seguimiento y protección de derechos humanos en el ámbito de los procedimientos especiales de las Naciones Unidas[35]. Sin duda, sus informes son un buen reflejo del fenómeno de la desaparición forzada a nivel mundial y da una idea muy clara de sus principales causas, responsables y el camino que aún queda por recorrer para poder prevenirlo y erradicarlo.

2.3. Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

Más adelante, la AGNU proclamó el 18 de diciembre de 1992 la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* (Declaración de 1992) como un conjunto de principios aplicables por todo Estado, constituyendo el primer texto jurídico a nivel internacional que trata el fenómeno de la desaparición forzada, a pesar de no ser vinculante en cuanto tal para los Estados[36]. Entonces, la Comisión de Derechos Humanos[37] confió al GTDFI el seguimiento de la observancia de las obligaciones derivadas de la Declaración por parte de los Estados, así como también un rol de prevención, que consiste en asistir a los Estados en la implementación de la Declaración de 1992 en sus respectivos ordenamientos internos, además de su mandato inicial.

La Declaración de 1992 considera, en su Preámbulo, la práctica sistemática de desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad, y una violación grave y profunda a los derechos humanos y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Además, caracteriza la desaparición forzada en su artículo 1 como "un ultraje a la dignidad humana" y una violación múltiple de derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la

[35] NIFOSI, I., *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Intersentia, Oxford, 2005, pp. 77-90.

[36] En la actualidad, algunas de las disposiciones de la Declaración pueden considerarse parte del derecho internacional consuetudinario, como es la consideración de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.

[37] ONU, Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1993/35, de 5 de marzo de 1993.

libertad y seguridad de la persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Los Estados deben respetar siempre las previsiones contenidas en de la Declaración de 1992 y "ninguna circunstancia, cualquiera que sea, ya se trate de amenaza de guerra, estado de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otro estado de excepción, puede ser invocada para justificar las desapariciones", según el artículo 7.

Asimismo, la Declaración de 1992 establece herramientas para prevenir las desapariciones forzadas, como por ejemplo, que el centro de detención sea oficialmente reconocido o que se proporcione a los familiares o a las personas interesadas la información exacta sobre los detenidos. Se exige al Estado que los centros de detención sean oficiales con un listado actualizado de las personas que se encuentran detenidas y que sea accesible a los familiares, abogados o personas con un interés legítimo en conocer esa información, así como también a las autoridades competentes facultadas por la legislación nacional o internacional.

2.4. Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas

En 1987, la Asamblea General de la OEA pidió a la CIDH que preparara un primer borrador para una *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* (Convención Interamericana de 1994). El proceso de adopción de la Convención fue casi simultáneo al de la adopción de la Declaración de 1992, y sirvió, en diferentes momentos, para reforzarse el uno al otro[38].

Al igual que la Declaración de 1992, la Convención Interamericana de 1994 destaca en su Preámbulo que "la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad" y que vulnera "múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable tal como están consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de

[38] BRODY, R. y GONZÁLEZ, F., "Nunca más: an analysis of international instruments on "disappearances"", *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, núm. 2, p. 371.

los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de Derechos Humanos". Calificar la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad tiene importancia en relación a sus efectos jurídicos: imprescriptibilidad, jurisdicción universal e inadmisibilidad de leyes de amnistía.

El texto final de la Convención Interamericana de 1994 lejos de las expectativas creadas por el proyecto inicial presentado por la CIDH[39], quedó reducido de 32 a 22 artículos. Así, no se incluyeron las disposiciones que hacían aplicable para los Estados partes a la Convención, como parte de su derecho interno, las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la Organización de las Naciones Unidas*[40] o el artículo XXI que establecía como medida preventiva la obligación de los Estados partes de permitir el acceso regular y periódico del CICR a todos los centros de detención de su territorio.

Sin embargo, la Convención Interamericana de 1994[41] constituye el primer instrumento jurídicamente vinculante a nivel regional, que gracias a la amplia jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en la materia, ha contribuido a definir las características de la desaparición forzada, los derechos humanos violados, las víctimas afectadas y las obligaciones de los Estados, entre otras.

[39] CIDH, "Proyecto de Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas"*, Informe Anual 1987-88*, Cap. V, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev.1, de 16 septiembre 1988, Inter-American Yearbook on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, octubre 1991, pp-501-523.

[40] ONU, Consejo Económico y Social, Resolución 663 (XXIV), de 31 de julio de 1957.

[41] OEA, *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas,* Belém do Pará, Brasil, 9 de junio de 1994. En vigor desde el 28 de marzo de 1996. Firmada por 16 Estados, cuenta con 15 Estados Parte: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (datos de abril de 2015).

2.5. Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

La *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*[42] (Convención Internacional de 2006), adoptada por la AGNU en el 2006, viene a ser la culminación de una amplia reivindicación por parte de la sociedad civil de que se adoptase un instrumento de alcance universal jurídicamente vinculante para los Estados en materia de desapariciones forzadas. A pesar de la reticencia, por parte de numerosos gobiernos, de establecer nuevos tratados y órganos de derechos humanos, la comunidad internacional ha optado por aprobar un convenio internacional que prohíbe de forma absoluta cualquier acto de desaparición forzada, creando además, un nuevo órgano de vigilancia del Tratado: el Comité contra Desaparición Forzada (CDF). A continuación se analizará brevemente las distintas propuestas planteadas durante la elaboración de la Convención.

Entre las opciones descartadas estaba la de crear un protocolo facultativo al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 (PIDCP)[43], puesto que el delito de desaparición forzada viola múltiples derechos humanos, todos ellos contemplados por el PIDCP, y el Comité de Derechos Humanos (CDH) dispone de una amplia jurisprudencia al respecto. Sin embargo, el CDH tendría que realizar tareas que van más allá del sistema habitual de vigilancia, como por ejemplo, establecer un mecanismo especial de seguimiento de desapariciones forzadas, procedimientos de encuesta, realizar visitas a un Estado parte o visitas preventivas en centros de detención, etc.

También existía la posibilidad de crear un protocolo facultativo a la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984 (Convención contra la Tortura), cuyo texto ha servido de modelo e inspiración para la

[42] AGNU, Resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006. Abierta a la firma el 7 de febrero de 2007 en Paris. Firmada por 94 Estados, cuenta con 46 Estados Parte (datos de abril de 2015).

[43] Postura defendida por el experto de Naciones Unidas en su informe ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (*Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias*, ONU Doc. E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, p. 56).

adopción tanto de la Declaración de 1992 como la Convención Interamericana de 1994. Muchas de las personas desaparecidas están sometidas a tortura y a tratos inhumanos, y el Comité contra la Tortura (CCT) tiene una larga experiencia en la lucha contra la desaparición forzada. Sin embargo, la desaparición forzada no sólo vulnera el derecho a no ser sometido a tortura sino también otros derechos humanos que no están contemplados en el mandato del CCT. Aunque el CCT ha incorporado un nuevo procedimiento de visitas preventivas en lugares de detención[44] no implica que pudiera asumir más tareas.

Para evitar la proliferación de tratados y órganos sobre derechos humanos, también se había planteado la posibilidad de adoptar un nuevo instrumento internacional que contara como órgano de vigilancia al ya existente GTDFI. No obstante, el mandato de este organismo, tal y como se ha explicado anteriormente, es principalmente humanitario y no de tipo jurisdiccional como el de los demás comités y, por lo tanto, no estaba en disposición de asumir tal tarea.

La opción final ha sido, sin duda, la mejor porque adoptar un tratado internacional independiente sobre desapariciones forzadas con su respectivo comité de vigilancia otorga mayor relevancia al fenómeno a nivel universal, y refleja la gravedad del delito. Es una forma de hacer más visible tanto para la comunidad internacional como para los Estados (los principales responsables de este fenómeno) la magnitud del problema, cada vez más global y que parece lejos de erradicarse.

La Convención Internacional de 2006, contiene un preámbulo y se estructura en tres partes: la Parte I (artículos 1 a 25) contiene las disposiciones sustantivas y se centra principalmente en las obligaciones de los Estados partes de prevenir, investigar y juzgar las desapariciones forzadas; la Parte II (artículos 26 a 36) contiene las disposiciones relativas a los mecanismos de vigilancia y sus competencias; y la Parte III recoge las

[44] El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 57/199, de 18 de diciembre de 2002, entró en vigor el 22 de junio de 2006. España es parte del mismo. Su objetivo es "establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" (artículo 1).

disposiciones finales sobre la entrada en vigor del instrumento y su aplicación sin perjuicio del DIH o de aquellas disposiciones que sean más favorables para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Una de las novedades de este instrumento es el establecimiento del derecho a no ser "sometido a una desaparición forzada" y que "en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada"[45]. Esta fórmula, similar a la usada en el ámbito de la tortura[46], es un avance respecto a los tratados existentes al constituir una prohibición absoluta y consagrar un nuevo derecho, independiente, de toda persona a no ser sometida a desaparición forzada.

La práctica sistemática o generalizada de la desaparición forzada "constituye un crimen de lesa humanidad tal y como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable". A diferencia de la Declaración de 1992y la Convención Interamericana de 1994, la Convención Internacional de 2006 no sólo hace referencia a la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en su Preámbulo sino que también lo hace en su artículo 5, y remite expresamente al derecho internacional aplicable.

El artículo 2 de la Convención Internacional de 2006 define la desaparición forzada como "el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, 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". Definición similar a la

[45] ONU, *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, 20 de diciembre de 2006, Artículo 1. Ratificada por España el 24 de septiembre de 2009, BOE nº 42, de 18 de febrero de 2011, Secc. I, p. 18254.

[46] El artículo 5 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948 y el artículo 7 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966 proclaman que "nadie será sometido a tortura ni tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

Convención Interamericana de 1994 y a la Declaración de 1992 que se analizará y comparará en el capítulo II.

Además del derecho a una reparación y a una indemnización por los daños causados a las víctimas de desaparición forzada así como también a sus familiares, la Convención Internacional de 2006 reconoce que tienen el "derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida […]". En base a este derecho, los Estados tomarán las medidas necesarias para buscar, localizar y liberar a las personas desaparecidas. Hasta ahora, sólo el artículo 32 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 establecía de forma explícita el derecho de los familiares de conocer la suerte de sus miembros.

También es importante resaltar que la Convención Internacional de 2006 hace especial mención a los menores sometidos a desaparición forzada o cuyos progenitores hayan sido objeto de desaparición forzada, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño. Así, el artículo 25 establece que los Estados deberán prevenir y sancionar penalmente "la apropiación de niños sometidos a desaparición forzada, o de niños cuyo padre, madre o representante legal son sometidos a una desaparición forzada, o de niños nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada".

Finalmente, cabe destacar la creación, por parte de la Convención Internacional de 2006, de un Comité contra la Desaparición Forzada, con competencia para recibir informes periódicos de los Estados, recibir comunicaciones interestatales o individuales[47] y realizar visitas *in situ*. También se ha creado un procedimiento urgente, similar al que actualmente dispone el Grupo de Trabajo, y en caso de tener indicios de que la desaparición forzada "se practica de forma generalizada o sistemática en el territorio bajo la jurisdicción de un Estado Parte y, tras haber solicitado del Estado Parte interesado toda la información pertinente sobre esta situación, podrá llevar la cuestión,

[47] España ha reconocido de forma expresa la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada en base a los artículos 31 y 32 de la Convención Internacional de 2006 y, por tanto puede recibir comunicaciones interestatales e individuales sobre desapariciones forzadas de personas. Véase instrumento de ratificación en el BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011, Secc. I, p. 18254.

con carácter urgente, a la consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio del Secretario General de las Naciones Unidas"[48].

Algunas delegaciones mostraron su preocupación por un posible solapamiento de las funciones del CDF y del GTDFI, en concreto en relación al procedimiento urgente, las visitas *in situ* y las comunicaciones individuales. Sin embargo, se consideró que ambos mecanismos eran complementarios porque el mandato del GTDFI es universal, cubre todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, además de todos los casos de desaparición forzada sin ningún tipo de límite temporal, mientras que el nuevo CDF sólo tendrá competencia respecto de los Estados Parte de la Convención Internacional de 2006 y sobre desapariciones forzadas que hayan comenzado después de la entrada en vigor del instrumento[49].

2.6. Otros instrumentos jurídicos relevantes

Además de los tres instrumentos internacionales específicos sobre desapariciones forzadas arriba mencionados, existen otros tratados de derechos humanos, así como normas del DIH y del derecho internacional penal que también se ocupan de este fenómeno y que, por lo tanto, son igualmente aplicables a las desapariciones forzadas.

En el ámbito de los derechos humanos, las desapariciones forzadas violan distintos derechos fundamentales consagrados en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 (DUDH), así como en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 1966, además de la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984. En el marco del Consejo de Europa, las desapariciones forzadas vulneran también diferentes derechos establecidos en el *Convenio Europeo de Salvaguarda de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* de 1950 (CEDH).

[48] Convención Internacional de 2006, Artículo 34.

[49] La entrada en vigor general de la Convención Internacional de 2006 fue el 23 de diciembre de 2010.

Las desapariciones forzadas también son incompatibles con instrumentos internacionales que forma parte del *soft law* como son las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1957[50], así como el *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*[51] y el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*[52], aprobados por la AGNU en 1979 y 1988, respectivamente.

El DIDH se aplica siempre, tanto en tiempo de guerra como de paz, pero cuando estalla un conflicto o el Estado está en situación de emergencia, los derechos fundamentales pueden ser suspendidos o limitados. Sin embargo, existe el llamado "núcleo duro" o grupo de derechos humanos inderogables, que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia[53]:

- El derecho a la vida;
- El derecho a no ser sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- Derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre;
- Derecho a la no retroactividad de la ley penal.

El CDH ha considerado que "las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la *detención no reconocida* son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión. El carácter absoluto de estas prohibiciones, aun en situaciones excepcionales, se justifica por su condición de normas de derecho internacional general"[54]. De modo que se puede considerar que el derecho a no ser sometido a

[50] Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

[51] Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

[52] Adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

[53] ROUGET, D., *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Editions La Pensée sauvage, Dijon-Quetigny, 2000, p. 71.

[54] CDH, *General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4)*, UN Doc. CCPR/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 13. (énfasis añadido)

desaparición forzada ha pasado a formar parte del núcleo duro de los derechos inderogables, que deben ser respetados y garantizados en toda circunstancia, especialmente en situaciones de violencia interna.

El DIH, aplicable sólo en tiempo de conflicto armado, refuerza el DIDH, sobre todo cuando esta normativa puede verse "suspendida" en situación de guerra. Si bien el DIH no regula de forma expresa las "desapariciones forzadas", éstas vulneran distintas normas de derecho humanitario como la prohibición de la privación de libertad arbitraria, la prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o la prohibición de cualquier forma de homicidio. Asimismo, el CICR considera que la prohibición de las desapariciones forzadas y la obligación de las Partes en conflicto de averiguar lo ocurrido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado, forman parte del derecho humanitario consuetudinario, aplicable tanto en tiempo de conflicto armado internacional como interno[55].

En consecuencia, se puede considerar que el fenómeno de la desaparición forzada está prohibido por el DIH, ya sea por normas convencionales o consuetudinarias, en tiempo de conflicto armado, pero en situación de violencia interna se tendrá que estar a la protección del DIDH y de los derechos humanos inderogables.

En el ámbito del derecho internacional penal, desde la creación de los Tribunales Internacionales de Núremberg y Tokio, el concepto de crímenes de lesa humanidad, asociado a una práctica sistemática y generalizada de violación de derechos humanos tanto en tiempo de guerra como de paz, ha constituido una de las bases de la responsabilidad penal internacional del individuo.

Los estatutos de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda creados por del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU), no hacen referencia expresamente a las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, aun cuando se dieron en ambos países a gran escala[56] . Sin embargo,

[55] HENCKAERTS, J-M. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario,* Vol. I: Normas, CICR, Ginebra, 2007.
[56] ONU Doc. E/CN.4/2002/71, *cit.* nota 43 *supra*.

en el *caso Kupreskic*, el tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) consideró las desapariciones forzadas como "otros actos inhumanos" que cuando se dan de forma sistemática o generalizada pueden considerarse crimen de lesa humanidad[57].

Posteriormente, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas incluyó a las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad en el proyecto de *Códigos de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996 en el artículo 18 (i) dada su extrema gravedad y crueldad[58]. Asimismo, el Estatuto para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (ECPI) de 1998[59] recoge en su artículo 7.1.i) la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad cuando sea cometida por agentes del Estado o una organización política, siempre que se haya cometido con la intención de dejar a las víctimas fuera de la protección de la ley por un período prolongado.

El Estatuto de la CPI fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante y de vocación universal que incorporó expresamente el delito de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. Cabe destacar que el estatuto incluye a agentes no estatales como posibles autores y exige que se cometa con la intención de dejar a la víctima fuera de la ley por "un período prolongado de tiempo". Aun cuando estos dos elementos no se encuentran recogidos en las definiciones de desaparición forzada de los distintos instrumentos de derechos humanos en la materia y han dado lugar a debate entre la doctrina, el ECPI constituye un avance importante en la consolidación de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. La Convención Internacional de 2006, influenciada por el Estatuto de la CPI, ha incorporado la práctica sistemática y generalizada de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad no sólo en su Preámbulo, sino también, como se ha visto, en su articulado, recogiendo así la evolución del DIDH y del derecho internacional penal.

---

[57] TPIY, *Prosecutor v. Kupreskic et al*, Case nº IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 566.

[58] *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad,* Texto del proyecto de artículos aprobado por la CDI de 1996*, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones,* de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, AGNU, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. (A/51/10).

[59] *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, ONU Doc. A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

En los últimos cincuenta años, el derecho internacional penal ha evolucionado considerablemente, principalmente con la creación de tribunales penales *ad hoc* y de la CPI que han ido desarrollando los conceptos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. La extrema gravedad del delito de desaparición forzada ha contribuido a su calificación como crimen de lesa humanidad en casos de práctica sistemática o generalizada. Una muestra de ello, es la incorporación de este delito en tribunales híbridos, como por ejemplo, el Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias[60] establecidas en Senegal para juzgar al Sr. Habré.

3. CONTEXTOS DEL FENÓMENO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS

Las desapariciones forzadas pueden darse en conflictos armados internacionales o internos, en situaciones de violencia interna, en la lucha contra el terrorismo, aunque se pueden dar en otro tipo de contextos de crisis humanitarias, graves violaciones de derechos humanos, etc. Por lo general, la práctica de la desaparición forzada se lleva a cabo de forma sistemática o generalizada, lo cual constituye un crimen de lesa humanidad, si bien nada impide que se puedan dar casos aislados de desapariciones forzadas.

3.1. Conflicto armado internacional

Por conflicto armado internacional se entiende aquel que tiene lugar entre dos o más Estados y en casos de ocupación total o parcial del territorio de otro Estado[61]. También se considera conflicto armado internacional cuando los pueblos luchan contra

[60] Creadas en virtud de un acuerdo internacional entre la Unión Africana y Senegal el 22 de agosto de 2012, estas Salas forman parte del sistema judicial senegalés y tienen competencia para juzgar a cualquier persona o personas con mayor responsabilidad por genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y tortura. Véase *Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990*, artículo 6.f).

[61] Art. 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

la dominación colonial, contra la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación[62].

Las normas de DIH que regulan la protección de las víctimas de la guerra en los conflictos armados internacionales se contemplan en los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, y el Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977. El reconocimiento universal de los Convenios de Ginebra[63] refuerza el compromiso por parte de los Estados de respetar y hacer respetar en toda circunstancia estas normas[64]. Los Convenios de Ginebra prevén numerosas disposiciones relativas al registro y transmisión de datos sobre personas privadas de libertad, así como el régimen de visitas y comunicación con el exterior, mecanismos que constituyen una importante prevención contra la desaparición forzada de personas[65].

Además, el Protocolo Adicional I prevé, en su artículo 33, que las Partes en conflicto deberán tan pronto como lo permitan las circunstancias y a más tardar desde del fin de las hostilidades activas, buscar las personas desaparecidas señaladas por la Parte adversa. Cada Parte en conflicto deberá registrar a las personas privadas de libertad como consecuencia de las hostilidades o de la ocupación, y facilitar o comunicar toda información relativa a las personas desaparecidas a la Agencia Central de Búsqueda del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o a las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

También establece como principio general e*l derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros* e insta a las Partes en conflicto a hacer todo lo

[62] Art. 1.4 del Protocolo Adicional I de 8 de junio de 1977, a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

[63] Los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, están en vigor desde el 21 de octubre de 1950 y cuentan con 196 Estados Parte. Por su parte, el Protocolo Adicional I, de 8 de junio de 1977 a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 cuentan con 174 Estados Parte (datos de abril de 2015).

[64] Véase el artículo 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949: "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar y a hacer respetar el presente Convenio en todas las circunstancias".

[65] Arts. 16-17 del I Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; arts. 19-20 del II Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; arts. 26, 122-125 del III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; arts. 136-141 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

posible para esclarecer y elucidar el destino de las personas desaparecidas. Concretamente, el artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 estipula que "[…] las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros".

De modo que en los conflictos armados internacionales, el DIH contiene normas que hacen referencia expresa a las personas desaparecidas[66], en el sentido amplio del término, siendo el artículo 32 del Protocolo Adicional I la norma más importante porque establece el derecho de las víctimas a saber las circunstancias de la desaparición así como conocer su suerte y paradero.

3.2. Conflicto armado interno

El conjunto de normas de DIH aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional es más limitado que el de los conflictos armados internacionales, debido sobre todo a la reticencia por parte de los Estados a que el derecho internacional regule situaciones que se dan dentro del territorio bajo su jurisdicción, y que por lo tanto, se encuentran bajo su soberanía. Así, los conflictos armados internos están esencialmente regulados por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y por el Protocolo adicional II de 1977.

El artículo 3 común define los conflictos armados no internacionales como aquellos que no son de carácter internacional y se dan dentro del territorio de un Estado. El Protocolo Adicional II se aplica, además, a aquellos que se desarrollen entre las fuerzas armadas del Estado y grupos armados organizados bajo la dirección de un responsable, que ejerzan el control sobre una parte de dicho territorio y realicen

[66] Aquí, por lo tanto, quedan incluidas no sólo las "desapariciones forzadas" (cometidas por agentes del Estado), sino que incluye a "personas desaparecidas" como consecuencia de un conflicto armado en un sentido amplio.

operaciones militares sostenidas y concertadas [67]. Las exigencias del Protocolo Adicional II lo hacen inaplicable en gran parte de los conflictos armados internos actuales, por las dificultades que representa conseguir el control efectivo de una parte del territorio y la realización de tales operaciones, lo que en general se da sólo en las llamadas guerras civiles[68].

El artículo 3 común establece el principio de trato con humanidad a toda persona que no participa (población civil, personal sanitario y religioso, periodistas…) o ha dejado de participar (miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas, personas privadas de libertad, soldados heridos, enfermos…) en las hostilidades, y prohíbe:

> "a) Los atentados contra la vida y integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
> b) La toma de rehenes;
> c) Los atentados contra la dignidad personas, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
> d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados."

Esta norma puede considerarse como parte del DIH consuetudinario, y debe respetarse en toda circunstancia. Al prohibir todo atentado contra la vida, la integridad, la dignidad y las garantías judiciales, el artículo 3 prohíbe las desapariciones forzadas en tiempo de conflicto armado interno.

3.3. Situación de violencia interna

Los disturbios internos o las tensiones interiores son situaciones de violencia interna que no alcanzan la categoría de conflicto armado debido a su baja intensidad y, por lo tanto, el DIH no es aplicable. Así lo contempla el Protocolo Adicional II de 1977

[67] Art. 1.2 del Protocolo Adicional II de 8 de junio de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.
[68] SUÁREZ, D., "Los conflictos armados internos", en RODRIGUEZ-VILLASANTE, J-L. y otros, *Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanc Monografías, Valencia, 2007, pp. 713-732.

en el artículo 1.2 en el cual establece que "el presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados".

Si bien el Protocolo Adicional II sólo menciona ejemplos de violencia interna, los disturbios internos pueden definirse como situaciones en las que el Estado usa la fuerza para mantener el orden[69]. En América Latina, gran parte de las desapariciones forzadas se dieron en un contexto de violencia interna, como es el caso de Argentina y Chile, por ejemplo.

Las tensiones interiores se caracterizan porque el Estado, en ausencia de conflicto armado, usa la fuerza como medida preventiva para mantener el respeto de la ley y del orden. Entre los factores que pueden determinar la existencia de tensiones interiores están los arrestos a gran escala, número elevado de detenidos políticos, malos tratos o condiciones inhumanas de detención, suspensión de las garantías legales como consecuencia de la declaración del estado de emergencia y la desaparición de personas[70].

En situaciones de violencia interna la protección contra las desapariciones forzadas es muy débil porque únicamente se aplican las normas de protección de los derechos humanos, las cuales pueden ser objeto de suspensión si el Estado en cuestión decide declarar el estado de emergencia. En consecuencia, en la mayoría de situaciones de disturbios internos o tensiones interiores únicamente se aplica el "núcleo duro" de derechos humanos de carácter inderogable, mencionado anteriormente.

Frente la mínima protección normativa de los derechos fundamentales en caso de violencia interna, el CICR, en base al derecho de iniciativa reconocido en el artículo 3 común para los conflictos armados internos, puede ofrecer sus servicios al Estado para

[69] EGELAND, J., "Political "disappearances" – A challenge for humanitarian law", *Nordisk Tidsskrift for International,* 1982, pp. 189-202.
[70] *Ibid.*

atenuar las tensiones[71]. Con la autorización del Estado, el CICR como organización neutral e independiente, realiza diferentes actividades, de entre las cuales cabe destacar las visitas continuadas a los centros de detención, muy útiles para prevenir futuras desapariciones y ejecuciones sumarias.

3.4. "Guerra" contra el terrorismo

La llamada "guerra" contra el terrorismo, liderada por los EEUU a partir de los atentados en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, dio lugar a la desaparición forzada de personas que se vieron privadas de libertad en centros de detenciones secretos o han sido enviados a otros países en donde se les ha practicado un interrogatorio más agresivo. Este programa de "entregas extraordinarias", detenciones secretas e interrogatorios fue llevado a cabo por la Agencia Central de Inteligencia (CIA) entre 2001 y 2008, el cual implicó violaciones de derechos humanos, tortura y malos tratos y desapariciones forzadas contra personas sospechosas de haber participado en actividades de terrorismo[72]. En este contexto, un estudio conjunto de varios expertos de las Naciones Unidas sobre las detenciones secretas en el contexto de la "guerra global" contra el terrorismo, destacó que esta práctica implicaba el traslado de supuestos terroristas a otros países en los que existe el riesgo a que sean sometidos a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, vulnerando así el principio de no devolución[73].

El GTDFI recibió numerosas denuncias por parte de las ONGs desde el 11 de septiembre de 2001, en las que expresaban su preocupación por la práctica llevada a

[71] HARROFF-TAVEL, M., "La acción del Comité internacional de la Cruz Roja ante las situaciones de violencia interna", *Revista internacional de la Cruz Roja*, 1993, núm. 117, pp. 199-225.

[72] *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de los Estados Unidos de América*, ONU Doc. CAT/C/USA/CO/3-5, de 19 de diciembre de 2014, párr. 11.

[73] *Joint Study on Global Practices in Relation to Secret Detention in the Context of Countering Terrorism of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Martin Scheinin; the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak; the Working Group on Arbitrary Detention represented by its Vice-Chair, Shaheen Sardar Ali; and the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances represented by its Chair, Jeremy Sarkin*, ONU Doc. A/HRC/13/42, de 19 de febrero de 2010, párr. 287.

cabo por los EEUU en la lucha contra el terrorismo llamada "entrega extraordinaria"[74]. Esta práctica consiste en "[…] la detención de personas dentro o fuera de los Estados Unidos y su traslado extrajudicial a centros de detención dirigidos por los Estados Unidos en el extranjero o la transferencia de su custodia a organismos extranjeros de inteligencia. […] Habida cuenta de que, en general, las personas sometidas a esa práctica se encuentran incomunicadas en instalaciones secretas, se cree que ello equivale a una desaparición forzada"[75]. Asimismo, el Sr. Martin Scheinin, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, consideró que la "entrega extraordinaria" de un individuo a otro Estado para ser interrogado o detenido sin ningún tipo de cargo es inadmisible bajo el Derecho Internacional y que "la detención sin ningún cargo o por períodos prolongados aún con cargo, […] también puede constituir desaparición forzada"[76].

Ante estas graves denuncias, el gobierno de los EEUU contestó al GTDFI que la política y práctica de entrega en el marco de la lucha contra el terrorismo se rige por el derecho de los conflictos armados, en concreto por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, y que por lo tanto, a su entender, no quedaba comprendido dentro del mandato del GTDFI. Hasta hace poco, el mandato del GTDFI no alcanzaba las desapariciones forzadas ocurridas en un conflicto armado internacional[77], no obstante, el artículo 3 común hace referencia a los conflictos armados de carácter no internacional, por lo tanto sí que podía conocer de los casos de "entrega extraordinaria" de los EEUU. Desde mayo de 2014, el mandato del GTDFI no contempla ningún tipo de limitación en

[74] Para más información, véanse, entre otros, OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Globalizing torture. CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, Nueva York, 2013, disponible en: www.opensocietyfoundations.org (consultado por última vez el 20 de abril de 2015); HUMAN RIGHTS WATCH AND OTHERS, *Off the Record: U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the "War on Terror"* (2007) at 3-5, consultado por última vez el 20 de abril de 2015, disponible en: http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/usa/ct0607/ct0607web.pdf.

[75] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007, párr. 454.

[76] *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Sheinin. Mission to the United States of America*, UN Doc. A/HRC/6/17/Add.3, de 22 de noviembre de 2007, párr. 36.

[77] GTDFI, *Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. A/HRC/13/31, Anexo I, de 14 de noviembre de 2009, párr. 11.

relación al contexto de la desaparición forzada y, por lo tanto, es indiferente si se ha cometido o no en el contexto de un conflicto armado internacional o interno[78].

El CCT también manifestó su preocupación por que los EEUU no siempre registraban a las personas detenidas en territorios bajo su jurisdicción fuera de los EEUU, habían establecido centros de detención secretos que no eran accesibles al CICR y le habían llegado informes de que los EEUU estaban implicados en desapariciones forzadas. El CCT lamentó que el Estado considerara que las desapariciones forzadas no constituyen una forma de tortura y recordó a los EEUU la obligación de prohibir y prevenir las desapariciones forzadas en cualquier territorio bajo su jurisdicción y perseguir y castigar a sus autores, porque esta práctica constituye *per se* una violación de la Convención contra la Tortura[79].

Asimismo, el CDH en sus observaciones finales respecto al informe periódico presentado por los EEUU, recomendó al Estado parte "poner fin inmediatamente a su práctica de la detención secreta y cerrar todos los centros de detención secretos", permitir "el pronto acceso del Comité Internacional de la Cruz Roja a toda persona detenida en relación con un conflicto armado" y garantizar que "los detenidos, independientemente del lugar de detención, gocen siempre de la plena protección de la ley"[80]. A esta recomendación, los EEUU respondieron que se encontraban "en un conflicto armado con Al Qaeda, los talibanes y sus partidarios" y que "los Estados Unidos capturan y detienen combatientes enemigos y tienen derecho, de conformidad con el derecho de la guerra, a retenerles hasta el término de las hostilidades"[81]. La finalización de un conflicto armado puede darse de manera informal, por el simple cese de las hostilidades, por la derrota total de uno de los contendientes o por el mero restablecimiento de las relaciones pacíficas; o bien de forma convencional mediante el

[78] GTDFI, *Métodos de Trabajo...*, *cit.*, nota 33 *supra*, párr. 12.

[79] CCT, *Conclusiones y recomendaciones sobre Estados Unidos de América*, ONU Doc. CAT/USA/CO/2, de 25 de julio de 2006, párr. 18.

[80] CDH, *Observaciones finales sobre Estados Unidos de América*, ONU Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, de 18 de diciembre de 2006, párr. 12.

[81] *Comentario del Gobierno de los Estados Unidos de América sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos*, ONU Doc. CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1/Add.1, de 12 de febrero de 2008, respuesta a la recomendación del CDH del párrafo 12.

cese de las hostilidades (armisticio) junto con el restablecimiento de la paz (acuerdo de paz)[82]. No obstante, el entonces presidente George W. Bush consideró que desde los ataques del 11-S "[o]ur war on terror begins with al Qaeda, but it does not end there. It will not end until every terrorist group of global reach has been found, stopped and defeated"[83].

El gobierno de los EEUU ha reconocido la existencia de centros de detención de la CIA secretos alrededor del mundo y lo ha justificado de la siguiente manera alegando que el interrogatorio de los detenidos en este programa había dado información que había salvado vidas inocentes al permitir impedir nuevos ataques, en los EEUU y en todo el mundo[84]. En el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*, la Corte Suprema de los EEUU declaró que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra es el marco jurídico mínimo aplicable a las personas detenidas en la lucha contra el terrorismo[85]. Al tratarse de un conflicto armado no internacional, los EEUU se acogen al DIH, según el cual, en este contexto, el CICR puede ofrecer sus servicios de visitas a las personas privadas de libertad, pero el Estado no está obligado a facilitarle información y acceso a las personas detenidas. En este sentido, el CICR manifestó su preocupación por estos centros de detención secretos que Estados Unidos mantuvo en distintas partes del mundo en los que la organización humanitaria no tenía acceso y, por lo tanto, no podía velar por los derechos fundamentales de los detenidos[86].

---

[82] RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J.L. (Coord.), "Ámbito de aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Delimitación de los conflictos armados", en Cruz Roja Española, *Derecho Internacional Humanitario*, Tirant lo Blanc Monografías, 2ª Edición, Valencia, 2007, pp. 151-190.

[83] Discurso dirigido a la sesión plenaria del Congreso y pueblo estadounidense, el 20 de septiembre de 2001, *Selected Speeches of President George W. Bush*. Disponible en: http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/infocus/bushrecord/documents/Selected_Speeches_George_W_Bush.pdf (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

[84] Discurso del ex Presidente Bush sobre la creación de comisiones militares para procesar a los terroristas sospechosos, 6 de septiembre de 2006. Disponible en: http://www.nytimes.com/2006/09/06/washington/06bush_transcript.html?pagewanted=all (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

[85] Corte Suprema de los EEUU, *caso Hamdan vs. Rumsfeld et Al.,* 548 U.S.___ (2006), 29 de junio de 2006. Disponible en: http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf.

[86] CICR, véase, entre otros, *Detenciones efectuadas por Estados Unidos en la lucha antiterrorista-el papel del CICR.* [en línea]. Resumen de actividades, 24 de febrero de 2009; *Evolución en la política y la legislación de Estados Unidos con respecto a los detenidos: la posición del CICR* [en línea]. Entrevista con Jakob Kellenberger, presidente de la Institución, 19 de octubre de 2006; *El presidente del CICR*

El marco legal aplicable que rige estas detenciones, según el gobierno de los EEUU, es el Derecho de la guerra y no el PIDCP, sin embargo, aunque el Pacto admite la suspensión de sus disposiciones en situaciones excepcionales que "pongan en peligro la vida de la nación" en su artículo 4, ciertos derechos no pueden verse suspendidos como el derecho a la vida (artículo 6), el derecho a no ser torturado (artículo 7) o la prohibición de la detención arbitraria (artículo 11).

No obstante, el CICR considera que "el terrorismo" es un fenómeno y que por lo tanto no se puede librar una guerra contra un fenómeno y "sólo es posible combatir contra una parte identificable en un conflicto armado" de modo que sería más apropiado hablar de "lucha contra el terrorismo". Según el CICR, la normativa aplicable a las personas detenidas en la lucha contra el terrorismo depende del contexto y debe analizarse caso por caso: por ejemplo, las personas detenidas en Afganistán hasta que se constituyó un nuevo gobierno en junio de 2002 se rigen por el DIH aplicable en conflictos armados internacionales; las personas detenidas en Afganistán a partir de junio de 2002 se rigen por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y el DIH consuetudinario; y todas las personas detenidas fuera de una situación de conflicto armado y en el marco de la lucha contra el terrorismo están protegidas por el derecho interno del Estado que las tiene bajo su custodia y por el DIDH. De modo que ninguna persona detenida en el marco de la lucha contra el terrorismo puede ser considerada fuera del derecho, no existe un "vacío jurídico" respecto a la protección de estas personas[87].

Por lo tanto, la práctica de detenciones secretas realizadas en el marco de la "guerra" contra el terror se rigen tanto por los derechos humanos como por el DIH y, en todo caso, la prohibición de la desaparición forzada de personas, así como la prohibición de la tortura son de carácter absoluto y no admiten ningún tipo de

concluye conversaciones con altos cargos de la Administración estadounidense: lamenta la falta de avances en el asunto de la detención secreta [en línea]. Comunicado de prensa 06/43, 12 de mayo de 2006. Disponible en: www.icrc.org/spa.

[87] CICR, *Derecho internacional humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas clave* [en línea]. 5 de mayo de 2005. Disponible en: www.icrc.org/spa.

derogación bajo ninguna circunstancia, de modo que los Estados Unidos estarían incumpliendo sus obligaciones en virtud del Derecho Internacional.

Asimismo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa denunció la política clandestina de "telaraña" de desapariciones, detenciones secretas y traslados interestatales ilegales, a menudo en países en que la tortura es una práctica habitual, llevada a cabo por los EEUU, en su lucha contra la amenaza terrorista mundial[88]. Según Dick Marty, relator del Consejo de Europa, estos centros de detención secretos estaban exclusivamente dirigidos por la CIA, y se habían utilizado "técnicas de interrogación intensiva" ("enhaced interrogation techniques") que se podrían considerar formas de tortura[89]. La rendición, abducción y detención de presuntos terroristas se ha realizado siempre fuera del territorio de los EEUU y sólo se han aplicado estas medidas a ciudadanos no americanos. Las personas detenidas/desaparecidas, en el marco del Programa de Detenidos de "Alto Valor" ("High-Value Detainee Programme") son aquellas consideradas por la CIA como posibles orquestadoras, planificadoras o líderes operativas y logísticas de la organización de Al-Qaeda[90]. Si bien es cierto que los EEUU lideran la estrategia de la lucha contra el terrorismo internacional, lo es también que cuentan con la colaboración y el apoyo de sus aliados, entre los que se encuentran Estados miembros del Consejo de Europa, que incluso han accedido a que el traslado ilegal de detenidos se realice a través de sus propios territorios.

Cabe mencionar que el presidente de los EEUU, Barack Obama, quiso demostrar un cambio en la política y estrategia de su país en relación a la lucha contra el terrorismo, mediante la promulgación de tres decretos el 22 de enero de 2009[91] en los

[88] PACE, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states*, Resolución 1507, de 27 de junio de 2006, párr. 5.

[89] Véase, por ejemplo, el caso de *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 18-19, ECHR 2012, cuyo demandante estuvo detenido en secreto durante 23 días en una habitación de un hotel de la antigua República Yugoslava de Macedonia antes de ser trasladado a Afganistán. Otros casos parecidos que han llegado al TEDH son *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, no. 7511/13, 24 July 2014 y *Al Nashiri v. Poland*, no. 28761/11, 24 July 2014.

[90] PACE, *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report*, Rapporteur: Mr. Dick Marty, Doc. 11302 rev., de 7 de junio de 2006.

[91] *Executive order: Review and disposition of individuals detained at the Guantánamo Bay Naval Base and closure of detentions facilities; Executive order: Review of detention policy options; Executive order: Ensuring Lawful Interrogations*, de 22 de enero de 2009. Disponibles en:

que ordenaba el cierre de la prisión de Guantánamo en el plazo de un año, el desmantelamiento de todos los centros de detención dirigidos por la CIA y prohibía formalmente el uso de la tortura en los interrogatorios a los detenidos. Posteriormente, el Sr. Panetta, director de la CIA, declaró que las "técnicas de interrogación intensiva" utilizadas contra presuntos terroristas entre 2002 y 2009 bajo la Administración Bush habían quedado totalmente prohibidas, siguiendo el deseo del presidente Obama de mirar hacia delante y no hacia el pasado, y manifestó que "no se va a investigar el sistema de interrogatorios y menos a castigar, a quienes lo aplicaron, pues se actuó bajo la cobertura legal que proporcionó en su día el Departamento de Justicia durante la presidencia de Bush"[92].

En diciembre de 2014, el Senado de EEUU publicó un informe sobre el programa de detenciones e interrogatorios llevado a cabo por la CIA durante el mandato del Presidente George W. Bush (2001-2009), llegando a la conclusión de que se habían empleado métodos de tortura y malos tratos y que la Agencia había ocultado en parte dichas prácticas al Ejecutivo[93]. A pesar de las buenas intenciones del Presidente de EEUU, Guantánamo sigue abierto y con personas privadas de libertad en el marco de la lucha global contra el terrorismo. Si bien cabe celebrar los cambios promovidos por el presidente Obama en este contexto y la publicación de este informe sobre la CIA por parte del senado, no impide considerar pertinente exigir responsabilidades a los miembros de la CIA y de la Administración Bush que llevaron a cabo políticas en las que se hizo uso de la tortura y en las que se retenían a personas en centros de detención secretos sin acceso al CICR y sin poder ejercer sus derechos fundamentales, tales como el *habeas corpus*, en contra del DIDH y del DIH.

http://www.whitehouse.gov/briefing_room/PresidentialActions/ (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

[92] LA VANGUARDIA, *La CIA sigue la orden de Obama y cierra sus prisiones secretas*, 11 de abril de 2009, p. 6; THE WASHINGTON TIMES, *Panetta rejects discipline for interrogators,* 10 de abril de 2009. Disponible en: http://www.washingtontimes.com/news/2009/apr/10/panetta-rejects-discipline-for-interrogators/ (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

[93] Véase SENATE SELECT COMMITTEE ON INTELLIGENCE, *Committee Study on the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, Declassification Revisions December 3, 2014. Disponible en: http://www.intelligence.senate.gov/study2014/sscistudy1.pdf (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

CAPÍTULO II

LA DEFINICIÓN

DE DESAPARICIÓN FORZADA

1. LOS ELEMENTOS PRINCIPALES DE LA DEFINICIÓN DE DESAPARICIÓN FORZADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La definición de "desaparición forzada" ha sido objeto de constante debate y evolución desde que este fenómeno empezó a preocupar a la comunidad internacional. A falta de instrumentos jurídicos que regularan este fenómeno, las primeras definiciones se formularon en un sentido amplio con el fin de abarcar la máxima protección para las víctimas de desaparición forzada, destacando la del Coloquio de París de 1981:

> "En la presente Convención, la expresión "desaparición forzada o involuntaria" se entiende como todo acto o todo acontecimiento de naturaleza a atentar la integridad o la seguridad física o moral de toda persona"[1].

Asimismo, Abellán Honrubia entendió que, para recibir un tratamiento jurídico internacional, las desapariciones forzadas debían tener un carácter masivo y contemplar solamente los supuestos en los que intervienen directa o indirectamente los poderes públicos del Estado:

> "[…] el problema de las personas desaparecidas hay que referirlo a la desaparición masiva y forzosa de personas oponentes a un determinado régimen político, llevada a cabo directa o indirectamente por autoridades del Gobierno en el poder o por órganos de la seguridad del Estado, al margen de todo procedimiento legal y amparados en la negativa del gobierno a reconocer que dichas personas están bajo su custodia, o a establecer o permitir ningún procedimiento eficaz de investigación para depurar las responsabilidades a que hubiere lugar"[2].

Nigel Rodley entiende que "el sello distintivo de la "desaparición" es que la captura y la detención de un preso son negadas por las autoridades oficiales, cuyos agentes han sido directa o indirectamente responsables de la misma"[3]. La doctrina ha ido incluso más allá, definiendo la desaparición forzada como una "violación de derechos humanos *sui generis* que se caracteriza por una privación de libertad no

[1] Proyecto de Convención internacional sobre la desaparición, elaborada por el Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de París, *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes. Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, París, 1982.

[2] ABELLÁN HONRUBIA, V., "Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado", *Estudios Jurídicos en honor al Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 7-23.

[3] RODLEY, N., "UN Action Procedures Against "Disappearances". Summary or Arbitrary Executions, and Torture", *Human Rights Quarterly*, Vol 8, 1986, núm. 4, p. 703.

reconocida por las autoridades, en donde, […] el ser humano es transformado en un no-ser"[4].

La CIDH, en su informe anual de 1986-1987, consideró que "la característica fundamental de la desaparición forzada de personas es que cada caso individual forma parte de una política deliberada y consciente adoptada por el gobierno en algún nivel de autoridad con capacidad no sólo para dar este tipo de órdenes y hacerlas cumplir, sino también para asegurar la impunidad de quienes las deben ejecutar"[5]. La impunidad de los autores es una de las causas principales de que las desapariciones forzadas se sigan cometiendo en la actualidad, pues el secreto no sólo es en torno al acto de desaparición sino también de su autor[6].

La Corte IDH, en *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, su primera sentencia sobre un caso de desaparición forzada, consideró que "la desaparición forzada de seres humanos constituye una *violación múltiple y continuada de numerosos derechos* reconocidos en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar"[7]. Para la Corte IDH, la desaparición forzada "pretende borrar toda huella del crimen para conseguir la impunidad total de quienes lo cometieron"[8].

Sin embargo, la especificidad del fenómeno de la desaparición forzada hace que no se pueda definir como una simple suma de violaciones de derechos humanos y que sea necesario analizar los elementos que componen todo acto de desaparición forzada. A continuación, se analizarán las distintas cuestiones que han suscitado debate en torno a la definición de desaparición forzada: la forma y duración de la privación de libertad,

[4] ANDREU-GUZMÁN, F., "Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 84, 2002, núm. 848, p. 811.
[5] CIDH, "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", *Informe Anual 1986-1987,* OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, de 22 de septiembre 1987, Cap. V.II.
[6] *Disparus: Rapport à la Commission Indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Berger-Levraut, Nancy, 1986, pp. 43-44.
[7] CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 155 (énfasis añadido).
[8] CORTE IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 122.

la cuestión de la participación de los actores no estatales y la sustracción de la persona a la protección de la ley como intención o consecuencia.

En el marco del DIDH se han adoptado tres instrumentos jurídicos específicos para proteger a las personas contra las desapariciones forzadas, a saber, la Declaración de 1992, la Convención Interamericana de 1994 y la Convención Internacional de 2006, cuyas definiciones de desaparición forzada son sustancialmente similares, es decir, tienen ciertos elementos comunes. Solamente la definición contenida en el ECPI difiere un poco de las demás al incluir i) una organización política como posible autor del crimen de desaparición forzada y ii) exigir la intención de sustraer a la víctima de la protección de la ley por un periodo prolongado.

El primer texto internacional sobre desaparición forzada, contrariamente a lo que se podría pensar, no contiene una definición en su articulado, sino que se limita a recoger lo que se conoce como una "working definition" o definición de trabajo en el cuarto párrafo de su Preámbulo[9], a partir de la cual el GTDFI ha desarrollado su mandato humanitario[10]. Así, la Declaración de 1992 entiende por desaparición forzada:

> "[…] que se arreste, detenga o traslade contra su voluntad a las personas, o que éstas resulten privadas de su libertad de alguna 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 libertad, sustrayéndolas así de la protección de la ley".

Esta definición de trabajo, que ha servido de base para los instrumentos internacionales posteriores, puede desglosarse en tres elementos:

[9] Muchos consideraron que no era estrictamente necesario una definición en una declaración y que, dadas las posibles formas de desapariciones, una definición podía incluso causar problemas. Véase, entre otros, BRODY, R. y GONZALEZ, F., "Nunca más: an analysis of international instruments on "disappearances"", *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, núm. 2, p. 377; BRODY, R., "Commentary on the draft UN Declaration on the protection of all persons from enforced disappearances", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 8, 1990, p. 386; *Informe del Grupo de Trabajo encargado de examinar el proyecto de declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada*, ONU Doc. E/CN.4/1992/19/Rev.1, de 31 de enero de 1992, párr. 20.

[10] El GTDFI apoyó esta postura al considerar que era preferible no incluir una definición en el texto, sino que era mejor reflejar los elementos principales de toda desaparición en el Preámbulo. Véase, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. E/CN.4/1990/13, de 24 de enero de 1990, párr. 31.

1. Arresto, detención o traslado o cualquier otra forma de privación de libertad contra la voluntad de la persona;
2. Perpetrado por agentes gubernamentales, grupos organizados o particulares que actúan en nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento; y
3. Negación a revelar la suerte o el paradero de esas personas o reconocer que están privadas de libertad, sustrayéndolas así a la protección de la ley.

Es importante resaltar en el primer elemento que la detención o privación de libertad se realiza *en contra* de la voluntad de la persona, factor que distingue la desaparición forzada de la desaparición puntual de forma voluntaria de las personas, relacionadas con su vida privada y no con el Estado.

El segundo elemento hace referencia a los autores, exclusivamente atribuible a los agentes que actúan por cuenta del Estado ya sea directa o indirectamente, con su autorización o asentimiento. Por lo tanto, no incluye a personas de otros grupos u organizaciones políticas.

Finalmente, el tercer elemento, característico de la desaparición forzada es la negación por parte de las autoridades de revelar cualquier tipo de información relativa a la persona privada de libertad. En este punto, la definición de la Declaración de 1992 añade "sustrayéndolas [a las personas] así a la protección de la ley", interpretado por el GTDFI como una consecuencia de la negación por parte de las autoridades de dar información sobre la persona privada de libertad[11]. No obstante, no hay consenso en este punto y algunos Estados consideran que la sustracción de la persona a la protección de la ley no es una consecuencia sino un cuarto elemento de la definición de desaparición forzada, cuestión que se analizará más adelante.

La Convención Interamericana de 1994, siguiendo la misma línea de la jurisprudencia de la Corte IDH, establece en su Preámbulo "que la desaparición forzada

[11] GTDFI, *Comentario General sobre la definición de desapariciones forzadas*, ONU Doc. A/HRC/7/2, de 10 de enero de 2008, párr. 5.

de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana de carácter inderogable […]" y define la desaparición forzada de personas de forma muy similar a la Declaración de 1992, pero a diferencia de ésta, la definición no está en el Preámbulo, sino que se encuentra en el artículo II:

> "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".

Exige una privación de libertad a una o más personas "cualquiera que fuera su forma", en un sentido amplio sin especificar si se trata de un arresto, detención, secuestro, etc. La responsabilidad de la desaparición forzada debe ser atribuible al Estado por actos cometidos ya sea por sus agentes o con personas que actúen bajo su autorización. Finalmente, para que exista desaparición forzada, la Convención Interamericana de 1994 exige "la falta de información o la negativa a reconocer dicha privación de libertado 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". Aquí la definición no utiliza la expresión "sustracción de la ley" sino que hace referencia a la imposibilidad por parte de la víctima de ejercer su derecho fundamental a un recurso judicial efectivo. El texto emplea el término "con lo cual", de modo que parece lógico interpretarlo como una consecuencia del tercer elemento y no como un elemento independiente de la definición.

El ECPI, en el cual se incorpora la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, establece la definición de desaparición forzada en su artículo 7.2.i):

> "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".

Esta definición es más amplia que las demás en cuanto incorpora a los actores no estatales como posibles autores de desapariciones forzadas y no sólo a los agentes del Estado pero, por otro lado, puede resultar más restrictiva en cuanto que exige "la

intención" de dejar a las víctimas fuera de la protección de la ley e introduce un elemento temporal mediante un término indefinido como el de "por un período prolongado".

Finalmente, la última definición de desaparición forzada se encuentra en la Convención Internacional de 2006, que después de una amplia discusión sobre su contenido y alcance, la define de la forma siguiente en su artículo 2:

> "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "desaparición forzada" el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, 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".

A continuación, se estudiarán los diferentes elementos de la definición de "desaparición forzada" principalmente a partir de los trabajos preparatorios de la Convención Internacional de 2006, que vienen a resumir la postura más reciente de la comunidad internacional al respecto.

1.1. La privación de libertad de la persona: forma, ilegalidad o legalidad de la detención y duración

En relación a la privación de libertad se plantearon tres cuestiones: las formas de privación de libertad, la ilegalidad o legalidad de la detención y la duración de la detención. Acerca de la primera cuestión, en la redacción del proyecto de la Convención Internacional de 2006[12], la expresión "cualquiera que fuere su forma" para algunas delegaciones era demasiado amplia y consideraron necesario introducir algún tipo de privación de libertad como arresto, secuestro o encarcelamiento, sin realizar una lista

[12] *Documento de trabajo del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2004/WG.22/WP.2, de 13 de septiembre de 2004, artículo 1.

exhaustiva[13]. Finalmente se optó por enunciar tres tipos de privación de libertad (arresto, detención y secuestro) dejando abierta cualquier otra forma de detención.

En torno a la segunda cuestión, históricamente se ha ligado siempre las desapariciones forzadas a las detenciones ilegales o arbitrarias, sin embargo, la experiencia demuestra que existen también casos en los que las privaciones de libertad inicialmente legales han sido utilizadas con el fin de desaparición forzada. Además, el GTDFI, en su comentario general sobre la definición de "desaparición forzada", considera que puede iniciarse tanto con una detención legal como ilegal, de modo que "la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que ésta revista, y no limitarse a los casos de privación de libertad ilegal"[14].

Asimismo, en los "Elementos de los Crímenes" del ECPI se entiende que "en determinadas circunstancias, la aprehensión o la detención *pudieron haber sido legales*"[15]. En consecuencia, la privación de libertad en caso de desaparición forzada debe interpretarse en un sentido amplio como puede ser el caso de un arresto, una detención o un secuestro, independientemente de que sea legal o ilegal en su inicio.

Finalmente, en relación a la duración de la detención, en las negociaciones de la Convención Internacional de 2006, algunas delegaciones consideraron importante incluir un elemento temporal a la definición a semejanza del ECPI, en el que la definición de "desaparición forzada" exige que la persona sea sustraída de la protección de la ley "por un tiempo prolongado". Sin embargo, la expresión se consideró imprecisa y, además, en los casos de desaparición forzada es importante poder actuar lo antes posible desde que se conoce la detención de la persona para prevenir su desaparición. Si bien en la mayoría de casos las desapariciones forzadas duran meses o años y, por lo tanto, el requisito temporal se cumpliría, esta condición sirve sobre todo para excluir de

[13] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,* ONU Doc. E/CN.4/2004/59, de 23 de febrero de 2004, párrs. 20-21.
[14] GTDFI, *Comentario General… cit.,* nota 11 *supra,* párr. 7.
[15] ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Elementos de los crímenes,* Doc. ICC-ASP/1/3 (parte II-B), de 9 de septiembre de 2002 (énfasis añadido).

la competencia de la CPI los casos cuya intención es liberar a la persona detenida después de un periodo breve de tiempo[16].

Sin embargo, conviene matizar que la expresión "por un tiempo prolongado" cobra más sentido si se tiene en cuenta el significado del término "prolonged" de la versión inglesa del ECPI "for a prolonged period of time". Así, el término "prolonged" del verbo "to prolonge" en inglés no hace referencia a una larga duración, sino a hacer algo más largo, a extender, de modo que un "prolonged period of time" hace referencia a cierta extensión, y no a una extensión determinada de horas, días, semanas, meses o años[17]. No obstante, esta propuesta de introducir un elemento temporal en la definición de "desaparición forzada" no tuvo el consenso necesario y no quedó incluida en la versión final de la Convención Internacional de 2006.

1.2. La participación del Estado y la cuestión de los actores no estatales

Una de las cuestiones más controvertidas en torno a la definición de "desaparición forzada" es si debe referirse sólo a actos cometidos por agentes que actúan por cuenta del Estado o debe también incluir a actores no estatales. Desde el sistema regional europeo, el Consejo de Europa ha manifestado en diversas ocasiones[18] que la desaparición forzada debe incluir a los actores no estatales tales como grupos paramilitares, escuadrillas de la muerte, combatientes rebeldes o grupos criminales organizados, porque la experiencia demuestra que las desapariciones forzadas no son únicamente perpetradas por el gobierno sino también por agentes de grupos no estatales. Ante la dificultad de determinar si los autores actuaron con o sin la aquiescencia del Estado, es más adecuado incluir a los actores no estatales con miras a obtener una mayor protección contra las desapariciones forzadas.

[16] OT, L., *Enforced Disappearance in International Law*, Intersentia, 2011, p.1 86.
[17] HALL, C. K., "Article 7. Crimes against humanity", en TRIFFTERER, O. (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Munich, 2a ed., 2008, p. 271.
[18] PACE, *Enforced disappearances. Report to Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Rapporteur: Mr. Christos Pourgourides, Doc. 10679, de 19 de septiembre de 2005, párr. 46; *Enforced disappearances*, Resolución 1463, de 3 de octubre de 2005; *Enforced disappearances*, Recomendación 1719, de 3 de octubre de 2005.

Asimismo, el experto independiente Manfred Nowak, encargado de realizar un informe sobre el marco legal existente en relación a las desapariciones forzadas por la Comisión de Derechos Humanos en el 2002, también optó por recomendar la inclusión de los actores no estatales en la definición de desaparición forzada de la nueva Convención Internacional de 2006, poniendo como ejemplo Colombia, en donde las desapariciones forzadas son cometidas tanto por oficiales del gobierno como por actores estatales indirectos, como escuadrillas de la muerte o las llamadas fuerzas de la autodefensa, movimientos de la guerrilla o grupos paramilitares o grupos criminales organizados[19].

En el ámbito del DIDH, ningún instrumento hasta ahora ha incluido a los actores no estatales como autores de desaparición forzada. El GTDFI manifestó en su comentario general sobre la definición de "desaparición forzada" que en relación a los autores "las desapariciones forzadas sólo se consideran tales cuando el acto en cuestión lo cometen agentes estatales o particulares o grupos organizados (por ejemplo grupos paramilitares) que actúan en nombre o con el apoyo directo o indirecto del Gobierno o con su consentimiento o aquiescencia[20]". De modo que en relación a los actos similares a desapariciones forzadas cometidas por personas o grupos de personas que no actúan en nombre del Gobierno, con su apoyo directo o indirecto, consentimiento o aquiescencia, como grupos terroristas o movimientos insurgentes que luchan contra el Gobierno en su territorio quedan, según el GTDFI, fuera del ámbito de aplicación de la definición de "desaparición forzada" de la Declaración de 1992.

En cambio, en el ámbito del derecho internacional penal, el ECPI establece que la desaparición forzada es "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o *una organización política*, o con su autorización, apoyo o aquiescencia […][21]", de modo que incluye a los actores no estatales siempre que actúen bajo la forma de organización política. A pesar de que en los "Elementos de los Crímenes" no se

[19] *Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias,* ONU Doc. E/CN.4/2002/71, de 8 de enero de 2002, párr. 73.

[20] GTDFI, *Comentario General… cit.,* nota 11 *supra*, párr. 1.

[21] *Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional*, ONU Doc. A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998, art.7.1.i) (énfasis añadido).

especifica qué se entiende por "organización política", existe una decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI adoptada en el marco de las investigaciones sobre la situación de Kenia en la que se intenta precisar esta expresión:

> "With regard to the term "organizational" , the Chamber notes that the Statute is unclear as to the criteria pursuant to which a group may qualify as I "organization" for the purposes of article 7(2) (a) of the Statute. Whereas some have argued that only State-like organizations may qualify, the Chamber opines that the formal nature of a group and the level of its organization should not be the defining criterion. Instead, as others have convincingly put forward, a distinction should be drawn on whether a group has the capability to perform acts which infringe on basic human values (…)"[22].

La intención de los redactores del ECPI al establecer una definición de desaparición forzada que se apartaba de la existente en los instrumentos de protección de derechos humanos probablemente responda a la voluntad de ampliar el alcance de este crimen a los actores no estatales, manteniendo también al Estado como responsable por razones históricas[23]. La Sala de Cuestiones Preliminares ha entendido que una "organización" sin ningún tipo de conexión con el Estado, a efectos el ECPI, puede llevar a cabo un ataque contra la población civil[24]. Dada la naturaleza de este delito, Kai Ambos considera que si bien esta interpretación es válida para otros crímenes de lesa humanidad, no lo es para la desaparición forzada porque el principal elemento de este crimen es la ocultación y negación del paradero de la persona desaparecida junto con la imposibilidad de las víctimas de ejercer un recurso efectivo[25]. Para ello es indispensable una conexión con el Estado o un cierto control de un territorio, puesto que sino una organización política en el sentido amplio no tendría necesariamente una obligación de informar sobre el paradero de la persona. En todo caso, esta expresión permite, según

[22] CPI, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr., de 31 de marzo de 2010, párr. 90.
[23] GIORGOU, I., "State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, núm. 5, p. 1019.
[24] CPI, *Decision Pursuant to Article 15..., cit.*, nota 22 *supra*, párr. 92.
[25] AMBOS, K. y BÖHM, M. L., "El tipo penal de la desaparición forzada de personas: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, versión actualizada del capítulo en marzo de 2010, disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_03.pdf (consultado por última vez el 20 de abril de 2015),

Emmanuel Decaux, extender la responsabilidad penal a las fuerzas de oposición, sin distinguir entre movimientos de rebelión u otros "señores de la guerra"[26].

Durante la elaboración de la Convención Internacional de 2006 algunas delegaciones consideraron que incluir los actores no estatales en la definición era desvirtuar la naturaleza del instrumento y romper con el esquema tradicional de la responsabilidad de los Estados en materia de derechos humanos[27]. Al no encontrar un amplio consenso para incluir a los actores no estatales en la definición de "desaparición forzada", en el texto final de la Convención Internacional de 2006 se optó por incorporar una disposición aparte, en la cual se obliga a los Estados a tomar las medidas necesarias para investigar y sancionar a las personas o grupos de personas responsables de actos similares a las desapariciones forzadas[28]. Así, el artículo 3 de la Convención Internacional de 2006 quedó redactado de la siguiente forma:

> "Los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2, 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".

En consecuencia, se consideró que las desapariciones forzadas, en sentido estricto, sólo pueden ser cometidas por agentes estatales, mientras que las cometidas por agentes no estatales son "actos similares" o de naturaleza distinta a la prevista en el artículo 2 de la Convención.

[26] DECAUX, E., « La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 CEDH », en DE CHASSIN, C., *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2006, p. 159.

[27] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2004/59, de 23 de febrero de 2004, párr. 27-41.

[28] Algunas delegaciones propusieron incluir además de las obligaciones del Estado a investigar y entregar los responsables a la justicia, la obligación de extraditar a los presuntos responsables o de proteger a las víctimas. Véase *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2006/57, de 2 de febrero de 2006, párr. 14.

Desde el punto de vista de la protección de las víctimas, es preferible una definición amplia que comprenda tanto agentes estatales como no estatales[29], porque el sufrimiento y la angustia de las víctimas de desaparición forzada es el mismo en ambos casos. La realidad demuestra que los Estados ya no son los únicos sujetos de derecho internacional y que las organizaciones políticas pueden tener mucho poder e influencia en este ámbito[30]. En situaciones de conflicto armado, internacional o interno, es más difícil distinguir si las personas o grupos de personas que cometen actos de desaparición forzada lo hacen con o sin la autorización del gobierno, y también puede darse que las autoridades *de facto*, no necesariamente reconocidas a nivel internacional, sean las responsables de estos actos. De modo que tanto los actores estatales como los no estatales deben responder por actos de desaparición forzada, si bien es cierto que en muchos casos es el Estado el responsable de esta grave violación a los derechos humanos.

1.3. La sustracción de la persona a la protección de la ley como intención o consecuencia

Es evidente que una de las consecuencias del acto de "desaparición forzada" es la sustracción de la persona a la protección de la ley, puesto que al no estar "oficialmente detenida", la víctima no puede interponer ningún recurso ni recurrir al *habeas corpus* para defender sus derechos fundamentales. Así lo interpreta el GTDFI en su comentario general sobre la definición de desaparición forzada en relación a la Declaración de 1992, en el cual establece que no va a requerir que la fuente que informe de una desaparición forzada demuestre o presuma la intención del autor de sustraer a la

[29] En este sentido, véase SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle against Enforced Disappearances and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, pp. 267-285.

[30] El CICR destaca la creciente influencia de los actores no estatales en la escena mundial. Asociados habitualmente a los conflictos armados no internacionales, los agentes no estatales que en el pasado eran limitados en número y tomaban la forma de guerrillas o movimientos de liberación nacional en hostilidades de insurrección clásicas, ahora se fragmentan en sub-facciones con nuevos comandos e incluso asumen proporciones transnacionales, enfrentándose con algunos Estados a nivel global. Véase CICR, *Annual Report*, Ginebra, mayo de 2007, p. 60.

víctima fuera de la ley[31], pues considera que es una consecuencia de la desaparición forzada y no un elemento constitutivo de la misma.

Como se ha mencionado anteriormente, la Convención Interamericana de 1994, en línea con la Declaración de 1992, en su definición considera que la desaparición forzada implica la negativa a reconocer la 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 garantía procesales pertinentes", de modo que se puede interpretar que la persona queda fuera de la protección de la ley como consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o del ocultamiento del paradero de la persona detenida y, por lo tanto, no es un elemento más de la definición.

No obstante, durante la negociación del proyecto de Convención Internacional de 2006, algunas delegaciones alegaron que este tipo de delito debe tener un elemento de intencionalidad y que, por lo tanto, en la definición debía incluirse la intención de sustraer a la víctima de la ley. El ECPI exige, entre otros factores, que la desaparición forzada sea realizada "con la intención de dejarlas [las víctimas] fuera del amparo de la ley". Parte de la doctrina considera que exigir este elemento de intencionalidad hace aún más difícil probar la autoría de estos actos, restringe el concepto de desaparición forzada[32] y supone un paso atrás desde el punto de vista de la protección de las víctimas [33] . No obstante, cabe destacar que mientras que los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos tienen por finalidad establecer cuándo un Estado vulnera determinados derechos fundamentales, un instrumento de derecho internacional penal tiene por objetivo determinar cuándo una persona es culpable de un delito. En consecuencia, dada la naturaleza del ECPI, es normal que incluya un elemento intencional en la definición del crimen de desaparición forzada[34].

[31] GTDFI, *Comentario General… cit.,* nota 11 *supra,* párr. 5.
[32] *Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak…,* nota 19 *supra*, párr. 74.
[33] Véase SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle…, op.cit.,* nota 29 *supra*, p. 273; ANDREU-GUZMAN, F., "The draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", *International Commission of Jurists Review*, 2001, núm. 62-63, p. 74.
[34] CITRONI, G., "When is it enough? Enforced Disappearance and the "temporal element"", *Droits fondamentaux*, núm. 9, enero 2011-diciembre 2012, p. 5. Disponible en www.droit-fondamentaux.org (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

Algunas delegaciones se mostraron en contra de esta postura alegando que "se trata de la definición de una violación de los derechos humanos y no de una definición de derecho penal que los Estados estén obligados a incorporar textualmente su ordenamiento interno[35]". Además, se puede considerar que el elemento intencional está incorporado de forma implícita en la definición, pues es difícil creer en la perpetración de actos de desaparición forzada sin intención. En este sentido, debe entenderse que se trata de "un fin que debe perseguir el autor cuando realiza la conducta pero que no es necesario para la consumación del delito"[36].

El texto final recoge la fórmula "sustrayéndola a la protección de la ley" suprimiendo la palabra "así" en "sustrayéndola *así* a la protección de la ley" de manera que se crea una "ambigüedad constructiva"[37], propuesta por el Sr. Bernard Kessedjian, al poder interpretarse bien como una consecuencia bien como un elemento más de la definición de desaparición forzada. Esta propuesta que no convenció a todas las delegaciones fue, sin embargo, la que se impuso por consenso[38].

2. LA DESAPARICIÓN FORZADA COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD

El fenómeno de la desaparición forzada, por su gravedad y su práctica generalizada en muchos países, ha sido cualificado como crimen de lesa humanidad, aunque, a menudo, ha sido objeto de debate y discusión en la elaboración de los diferentes instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas. El hecho de considerarse un crimen de lesa humanidad debe su importancia sobre todo a las

[35] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2005/66, de 10 de marzo de 2005, párr. 18.

[36] MODOLELL GONZÁLEZ, J. L., "El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 190.

[37] ONU Doc. E/CN.4/2005/66, *cit.*, nota 35 *supra*, párr. 23. Propuesta introducida por el Presidente-Relator Sr. Bernard Kessedjian.

[38] Estados Unidos e India, en sus declaraciones generales, manifestaron su desagrado por el hecho de no incluir el elemento intencional dentro de la definición de desaparición forzada. Véase ONU Doc. E/CN.4/2006/57, *cit.*, nota 28 *supra*, pp. 51-52.

consecuencias jurídicas que ello implica, como por ejemplo, la jurisdicción universal, la imprescriptibilidad y la no admisión de leyes de amnistía.

La desaparición forzada como crimen de lesa humanidad aparece por primera vez en el proyecto de Convención internacional sobre desaparecidos elaborado por el Colegio de Abogados de París en 1981, el cual establecía en su artículo 2.2 que: "Los Estados partes afirman que la práctica de la desaparición forzada o involuntaria de personas constituye un crimen de lesa humanidad"[39]. En 1983, la Asamblea General de la OEA ante la gravedad del fenómeno en América Latina declaró "que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y *constituye* un crimen de lesa humanidad"[40].

Sin embargo, la Declaración de 1992 tan sólo hace referencia a las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad en su Preámbulo, mencionando "que las desapariciones forzadas afectan a los valores más profundos de toda sociedad respetuosa de la primacía del derecho, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que su práctica sistemática *representa* un crimen de lesa humanidad"[41], diferenciando así los actos aislados de desaparición forzada de los realizados como parte de una práctica sistemática. No obstante, la expresión "representa" (en inglés "is of the nature of") no es precisa en cuanto a sus implicaciones jurídicas[42], y esta ambigüedad es considerada actualmente por el GTDFI como obsoleta, teniendo en cuenta el desarrollo posterior de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y del ECPI en esta cuestión[43].

---

[39] *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes*, *Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Paris, 1982.

[40] OEA, AG/RES.666 (XIII-0/83), de 18 de noviembre de 1983; AG/RES.742 (XIV-0/84), de 17 de noviembre de 1984.

[41] Párrafo cuarto de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, AGNU, Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992 (énfasis añadido).

[42] TAYLER, W., "Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, *International Law Commission Review*, 2001, núm. 62-63, p.69.

[43] El GTDFI considera que el párrafo cuarto del preámbulo de la Declaración de 1992 "ha dejado de estar en consonancia con el derecho internacional vigente" que ha sido desarrollado por los tribunales penales internacionales, los tribunales mixtos y la CPI, véase GTDFI,*Comentario General sobre las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad,* ONU Doc. A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009, párr. 9.

La Convención Interamericana de 1994, al igual que la Declaración de 1992, se refiere a la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en su Preámbulo en donde establece que "la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas *constituye* un crimen de lesa humanidad". La CIDH resaltaba la importancia, durante la elaboración de la Convención, de incluir la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en el artículo IV[44], sobre todo por los efectos jurídicos que implicaba la calificación de crimen de lesa humanidad:

- principio de la jurisdicción universal;
- la obligación de extraditar o juzgar a los responsables;
- la imprescriptibilidad de la acción penal y de las penas;
- la improcedencia de amnistías, indultos u otros actos jurídicos de los que pueda resultar la impunidad;
- la no admisión de la obediencia debida a órdenes superiores;
- el carácter de crímenes comunes a los efectos de la jurisdicción para la extradición y el no otorgamiento del asilo político[45].

El primer paso importante para la regulación jurídica de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad se da con la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), cuando ésta incluye en el artículo 18 (i) del *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* de 1996 la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad[46].

La CDI define crimen de lesa humanidad "cualquiera de los actos siguientes, cuando sean cometidos de manera sistemática o a gran escala e instigados o dirigidos por el Gobierno, o por cualquier organización o grupo". Por lo tanto, para que se dé un crimen de lesa humanidad, la CDI exige dos condiciones: la primera es que el acto sea

[44] A falta de consenso, finalmente el artículo IV del proyecto quedó fuera de la Convención, quedando así la referencia a la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad solamente en el Preámbulo.
[45] CIDH, "Proyecto de Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas", *Informe Anual,* 1987-1988, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev.1, de 16 septiembre 1988, Cap.V.II.
[46] CDI, *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad,* Texto del proyecto de artículos aprobado por la CDI en 1996*, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones,* de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, AGNU, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. (A/51/10).

cometido de "forma sistemática o a gran escala" alternativamente y, la segunda, que el acto sea "instigado o dirigido por el Gobierno o cualquier organización o grupo".

Respecto a la primera condición, la CDI establece que los actos inhumanos deben ser cometidos de "forma sistemática" entendiendo que siguen un plan o una estrategia previamente establecida que, a su vez, pueden resultar en una comisión repetida o continuada de actos inhumanos, excluyendo, por lo tanto, actos aislados. Alternativamente, la primera condición puede darse cuando los actos inhumanos se cometen "a gran escala" o de forma masiva y van dirigidos contra una multiplicidad de víctimas. En cuanto a la segunda condición, la CDI entiende que los particulares o el Estado pueden ser responsables pero no las personas que actúan de forma aislada. La CDI, en su comentario del artículo, considera que no es necesario que el crimen de lesa humanidad sea cometido en tiempo de guerra, en base al derecho internacional consuetudinario[47].

De entre las razones por las que la CDI decidió incluir la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad en el proyecto de código de 1996 (en la versión de 1954 no estaba incluida) destaca la siguiente: "aunque este tipo de conducta criminal es un fenómeno reciente, el Código propone incluirla como crimen de lesa humanidad por su extrema crueldad y gravedad"[48].

Dos años más tarde, el ECPI, seguramente inspirado en el *Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad* de la CDI, incluyó también la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad en su artículo 7.1.i):

> "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: […]
>
> i) desaparición forzada de personas"[49].

[47] CDI, *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind with commentaries,* Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, UN Doc. A/51/10, p. 32.
[48] *Ibid.*, p. 35.
[49] Para la interpretación del crimen de desaparición forzada véanse los Elementos de los crímenes, ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, Doc. ICC-ASP/1/3, *cit.*, nota 15 *supra*, pp. 126-127. Véase también DÖRMANN, K., "Preparatory Commission for the International Criminal Court: the elements of war crimes", *International Review of the Red Cross*, núm. 839, pp. 771-795.

Aun cuando el acto de desaparición forzada debe cometerse como parte de un *ataque* sistemático o generalizado contra la población civil para que constituya un crimen de lesa humanidad, las desapariciones forzadas en sí mismas no tienen que llevarse a cabo en base a una práctica sistemática o generalizada, sino que un solo caso de desaparición forzada puede constituir un crimen de lesa humanidad cuando se enmarca en un ataque cualquiera que sea su forma[50].

Según Antonio Cassese, con respecto a la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad, se puede considerar que el ECPI no codificaba una norma internacional consuetudinaria existente pero contribuía a la cristalización de una norma que nacía, principalmente, de tratados internacionales de derechos humanos así como también de la jurisprudencia de la Corte IDH y la CIDH, además de las numerosas resoluciones de la AGNU[51]. No obstante, el GTDFI, en su comentario general sobre las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, se muestra "convencido de que la definición contenida en el párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional refleja *actualmente* el derecho internacional consuetudinario y puede, por consiguiente, utilizarse para interpretar y aplicar las disposiciones de la Declaración [de 1992]"[52].

La novedad de la Convención Internacional de 2006 es que recoge la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad no sólo en su Preámbulo sino también en la parte dispositiva (artículo 5), en el cual estipula que "la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal y como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas en el derecho internacional aplicable". Cabe resaltar que el artículo 5 hace referencia a la práctica de la "desaparición forzada" en singular y no en plural, lo cual significa que *un sólo caso* de desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad siempre que se haya cometido como parte de un ataque sistemático o

[50] RODLEY, N. y POLLARD., M., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, 3ª ed., 2009, p. 364.
[51] CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 80. Véase también HALL, C. K., "Enforced disappearances of persons", en TRIFFTERER, O. (ed*.) Commentary…*, *op. cit.*, nota 17 *supra*, p. 151.
[52] ONU Doc. A/HRC/13/31, *cit.*, nota 43 *supra*, párr. 14 (énfasis añadido).

generalizado contra la población civil, de modo que las desapariciones forzadas en sí mismas no tienen que ser llevadas a cabo de forma sistemática o generalizada[53].

Durante los *travaux préparatoires* de la Convención Internacional de 2006, la delegación de los Estados Unidos propuso que se suprimiera este artículo por entender que su contenido no era operativo y que sólo debía figurar en el Preámbulo, porque podría interpretarse en el sentido de crear a los Estados la obligación de tipificar en sus legislaciones penales la práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad[54]. En realidad, los Estados no querían definir las desapariciones forzadas como un crimen de lesa humanidad, sino recordar que, de acuerdo con otros instrumentos internacionales y fuentes del derecho internacional, ésta era una calificación aceptada[55].

En consecuencia, la referencia al "derecho internacional aplicable" del artículo 5 debe entenderse en el sentido de que el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada es conforme a las normas jurídicas internacionales relativas al crimen de lesa humanidad. Algunas delegaciones quisieron que el texto hiciera referencia al ECPI, sin embargo, otras delegaciones se opusieron porque no todos los Estados son parte de la CPI. El Presidente del Grupo de Trabajo entre sesiones encargado de elaborar la Convención Internacional de 2006 aclaró que el artículo 5 no obliga a los Estados a adherirse a ciertos instrumentos (como el ECPI) ni tampoco a modificar su legislación penal[56]. En todo caso, el artículo 37 de la Convención Internacional de 2006 constituye una garantía porque permite la aplicación de instrumentos internacionales que ofrecen más protección y, por lo tanto, refuerza el artículo 5[57].

[53] HALL, C.K., "Article 7. Crimes against humanity", en *Commentary…*, *op. cit.*, nota 17 *supra*, p. 225.
[54] ONU Doc. E/CN.4/2006/57, *cit.*, nota 28 *supra*, párr. 104.
[55] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire", *Droits fondamentaux*, enero-diciembre 2006, núm. 6.
[56] ONU Doc. E/CN.4/2006/57, *cit.*, nota 28 *supra,* párr. 106.
[57] Convención Internacional de 2006, art. 37: "Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas que puedan estar recogidas en: a) el derecho de un Estado Parte; o b) el derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

El Estado español ha incorporado la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en la legislación penal interna[58] tal y como prevé el ECPI, mejorando así la protección de las víctimas y conforme la tendencia del derecho internacional en esta cuestión, aunque el tipo penal no se ajusta exactamente a la normativa internacional, asunto que trataremos de más adelante en el Capítulo V.

El hecho de que la Convención Internacional de 2006 incorpore la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en su articulado, además de en el Preámbulo, supone un avance y sigue la tendencia del derecho internacional existente de castigar las desapariciones forzadas cometidas como parte de una práctica sistemática o generalizada con las consecuencias jurídicas que ello comporta. Desde entonces la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad ha sido incluida de forma expresa en diferentes tribunales penales internacionales híbridos como es el caso del Estatuto de la Cámaras Especiales para los Crímenes Graves en Timor Oriental del 2000[59] y el Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias de Senegal[60].

3. LAS VÍCTIMAS DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS

La desaparición forzada es un delito complejo, que afecta no solamente a la persona que es objeto de privación de libertad sino que también tiene importantes consecuencias a nivel familiar y del entorno social. A menudo, las víctimas son hombres y esto afecta especialmente a las esposas, madres e hijos, que deben hacer

[58] En el derecho interno español, el art. 607 bis 6º, establecido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, incorpora los delitos de lesa humanidad para coordinar la legislación interna con las competencias de la CPI, entre los que se encuentra la desaparición forzada: "Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados […] cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida".

[59] Establecidas por la Administración Transicional de las Naciones Unidas para Timor Oriental (UNTAET). Véase UNTAET, Regulation No. 2000/15 *on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, de 6 de junio de 2000, artículo 5.1.i).

[60] Véase *Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990*, artículo 6.f).

frente a las consecuencias de esas desapariciones forzadas, ya sean de tipo económico, a nivel de vida familiar o en relación con los derechos de propiedad.

En este sentido, el GTDFI apela a los Estados a aplicar una noción amplia de "víctima", sin hacer distinción entre víctima directa o indirecta, puesto que "todo acto de desaparición forzada afecta a muchas vidas, no sólo la de la persona que ha desaparecido, y las destroza"[61]. La incertidumbre sobre el paradero de la persona desaparecida y el miedo a que ésta haya sido sometida a torturas, tratos crueles e inhumanos, o incluso asesinada, causa angustia y sufrimiento a los familiares, lo que puede constituir un trato inhumano o degradante.

A continuación se analizará la noción de víctima adoptada por los diferentes instrumentos internacionales que regulan las desapariciones forzadas, así como la jurisprudencia y los criterios utilizados por los tribunales internacionales para ampliar la noción de víctima de desaparición forzada a los familiares de las personas desaparecidas, cuestión importante en relación a los derechos que se derivan de esta consideración.

3.1. La regulación jurídica internacional

Una desaparición forzada puede consistir en que unos agentes uniformados aparecen en el pueblo, detienen a una persona y se la llevan, sin ninguna orden de arresto, en un vehículo sin matrícula. Los testigos del acontecimiento avisan a los más allegados de lo sucedido para que puedan acudir ante las autoridades lo antes posible para determinar los motivos de la detención y a dónde se han llevado a la víctima. Los familiares, que ante todo quieren saber la suerte y el paradero de la persona detenida, se encuentran con que las autoridades niegan saber nada sobre ella, no les consta que haya sido detenida, se inician investigaciones sin resultado alguno y los recursos judiciales no son efectivos. Esta situación puede durar días, meses y años sin que los familiares

[61] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU, Doc. A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011, párr. 574.

puedan averiguar qué ha pasado con la persona desaparecida, con el consiguiente sufrimiento, angustia, frustración e impotencia.

En este contexto, los familiares son en realidad víctimas directas, y no indirectas, en las que la violación de determinados derechos de una persona (la víctima principal) afecta y provoca también la violación de derechos de terceras personas (los familiares de la víctima principal)[62]. En consecuencia, estamos ante una situación continuada de violación de derechos humanos no sólo respecto a la persona desaparecida sino también respecto a sus allegados; situación que difiere de la violación de derechos humanos causados por un acto instantáneo, como puede ser la muerte de una persona, en la que los efectos o secuelas de este acto pueden producir daños a los familiares y, por lo tanto, no son víctimas directas sino indirectas.

La consideración de los familiares como víctimas se estableció por la AGNU en la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* de 1985[63], considerada un hito importante en la medida en que se contempla por primera vez a las víctimas como una parte esencial de los procesos penales[64]:

> "(…) En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización"[65].

Esta consideración tiene en cuenta no sólo a los familiares de la víctima sino también a las personas que "hayan sufrido daños" al asistir a la víctima, como pueden ser los testigos, defensores de derechos humanos, etc. Esta noción amplia de víctima quedó consolidada más adelante en los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos*

[62] MEDINA QUIROGA, C., *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia; vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Ed. Mundo Gráfico, Costa Rica, 2005, p. 172.
[63] AGNU, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, Anexo.
[64] HUERTAS DÍAZ, O. *et al.*, *La dimensión internacional de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación para las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Aproximación para su comprensión,* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008, p. 33.
[65] AGNU, *Declaración sobre los principios fundamentales…, cit.,* nota 63 *supra*, párr. 2.

humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones (Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas), aprobados por la AGNU el 21 de marzo de 2006, en los que se establece que:

> "A los efectos del presente documento, se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario. Cuando corresponda, y en conformidad con el derecho interno, *el término "víctima" también comprenderá a la familia inmediata o las personas a cargo de la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización*"[66].

En los instrumentos jurídicos internacionales que tratan las desapariciones forzadas de forma específica, la consideración de los familiares de las personas desaparecidas como víctimas se encuentra recogida tanto en la Declaración de 1992 como en la Convención Internacional de 2006, mientras que la Convención Interamericana de 1994 no menciona nada al respecto, a pesar de que la CIDH, en su informe anual de 1986-1987, consideró a los familiares de las desapariciones forzadas como víctimas:

> "[…] Por sus características, las víctimas no son sólo los desaparecidos mismos, sino también sus padres, esposos, hijos u otros familiares, a quienes se pone en una situación de incertidumbre y angustia que se prolonga por muchos años"[67].

En este sentido, la Declaración de 1992 establece en el artículo 1.2 que "todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, *lo mismo que a su familia* […]" y reconoce a los familiares el derecho de ser informados sobre la detención de sus allegados y del lugar de su detención (artículo 10), así como el derecho a una reparación e indemnización por los daños sufridos (artículo 19).

---

[66] AGNU, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Resolución 60/147, de 21 de marzo de 2006, Principio V (énfasis añadido).

[67] CIDH, *Informe Anual 1986-1987*, *cit.*, nota 5 *supra.*

La Convención Interamericana de 1994, sorprendentemente, no establece una definición de "víctima" de desaparición forzada ni tampoco hace referencia a los familiares como víctimas ni establece un derecho de reparación e indemnización por la desaparición forzada de una persona. Únicamente dispone en su artículo XI que los familiares tendrán derecho a consultar los registros oficiales de detención del Estado:

> "Los Estados partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los podrán a disposición de los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con interés legítimo y otras autoridades".

En cambio, durante la negociación de la Convención Internacional de 2006, el artículo 24 del proyecto de 1998 ya establecía como víctima del delito de desaparición forzada "la persona desaparecida, sus familiares próximos y toda persona a cargo del desaparecido y que tenga relación inmediata con él, así como cualquiera que haya sufrido daños al intervenir para evitar su desaparición forzada o para elucidar su destino o paradero"[68], basándose en la definición ya citada de la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.*

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su resolución 1463 (2005) y recomendación 1719 (2005)[69], consideró indispensable que la nueva convención internacional sobre desapariciones forzadas incluyera a los familiares de la persona desaparecida como víctima independiente con derechos propios, en base al informe sobre desapariciones forzadas del Sr. Pourgourides, en el cual señala que "a menudo, las personas desaparecidas son asesinadas inmediatamente, pero sus esposas, hijos o parientes continúan viviendo durante años en una situación extrema de angustia y estrés, desgarrados entre esperanza y desesperación[70]".

En el texto final, la Convención Internacional de 2006 recoge una definición bastante amplia de víctima en su artículo 24.1, que da un margen de apreciación a los Estados para designar a las personas beneficiarias de posibles reparaciones, sin hacer

[68] *Informe del Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/19, de 19 de agosto de 1998, Anexo.
[69] PACE, *Enforced disappearances*, Resolución 1463, de 3 de octubre de 2005, párr. 8 y 10.2; *Enforced disappearances*, Recomendación 1719, de 3 de octubre de 2005, párr. 2.2.
[70] PACE, *Enforced…*, *cit.*, nota 18 *supra*, párr. 3.

referencia a los familiares, o personas próximas, sino simplemente exigiendo un daño directo como consecuencia de la desaparición forzada:

> "A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "víctima" la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada"[71].

El hecho de que los familiares sean reconocidos como víctimas les da, a su vez, derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada (artículo 24.2) y el derecho a una reparación y a una indemnización rápida, justa y adecuada (artículo 24.4), cuestión que analizaremos con más detalle más adelante.

Las consecuencias para los familiares de una desaparición forzada no se reducen al sufrimiento emocional de no saber la suerte o el paradero de la persona desaparecida o de si está muerta o no, sino que también tiene efectos de tipo económico importantes porque a menudo quien desaparece es el cabeza de familia. De modo que muchas mujeres se encuentran solas, con hijos e hijas a su cargo, que pueden encontrarse sin recursos y caer en la indigencia. Además, los trámites administrativos para declarar a la persona desaparecida "muerta o ausente" puede alargarse años, impidiendo a las mujeres vender propiedades, casarse de nuevo, cobrar la pensión de viudedad o celebrar el rito fúnebre. Según el CICR, los familiares "viven constantemente atormentados con la esperanza de un milagro: una prisión secreta, una nueva vida en un país extranjero"[72], seguramente la única forma de mantener la ilusión de que la persona desaparecida se encuentra viva y que permite a los familiares de las víctimas seguir luchando para esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida.

Interesa destacar que el artículo 24.6 de la Convención Internacional de 2006 no sólo obliga a los Estados a investigar la suerte o el paradero de la persona desaparecida,

[71] Los Estados Unidos de América, en su nota verbal de 20 de junio de 2006 dirigida a la Secretaría del Consejo de Derechos Humanos sobre la convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, no está de acuerdo con la noción de víctima adoptada por la Convención Internacional de 2006, al considerar que el artículo 24 de la Convención "employs an overbroad definition of a "victim" and may not be consistent with a common law system for granting remedies and compensation" (*Note verbale dated 20 June 2006 from the Permanent Mission of the United States of America to the United Nations Office at Geneva addressed to the secretariat of the Human Rights Council*, UN Doc. A/HRC/1/G/1, de 27 de junio de 2006).
[72] CICR, *Personas desaparecidas: una tragedia olvidada*, CICR, Ginebra, 2007, p. 3.

sino que también les obliga a adoptar medidas de tipo social, económico, de derecho de familia y de derecho de propiedad en relación a los familiares de la persona desaparecida, cuestión que no se encuentra regulada en ningún otro instrumento jurídico sobre desaparición forzada:

> "Sin perjuicio de la obligación de continuar con la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, cada Estado Parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad".

Además, la Convención Internacional de 2006, en el apartado 7 del artículo 24, hace un reconocimiento de la labor de las asociaciones de familiares de víctimas de desapariciones forzadas, que se podría considerar como una forma de homenaje, al establecer que:

> "Cada Estado Parte garantizará el derecho a formar y participar libremente en organizaciones y asociaciones que tengan por objeto contribuir a establecer las circunstancias de desapariciones forzadas y la suerte corrida por las personas desaparecidas, así como la asistencia a las víctimas de desapariciones forzadas".

Sin duda, estas asociaciones han tenido y siguen teniendo un papel muy importante en la lucha contra las desapariciones forzadas, en especial al presionar a los gobiernos y a las instituciones internacionales como las Naciones Unidas o la OEA para adoptar instrumentos jurídicos internacionales sobre esta cuestión, como es el caso de la Convención Interamericana de 1994 y la Convención Internacional de 2006, además de participar activamente en la negociación de estos instrumentos.

Determinar quién puede ser víctima además de la persona desaparecida es importante porque le confiere el derecho a saber la verdad, a ejercer un recurso efectivo para determinar el paradero y la suerte de la persona desaparecida y, sobretodo, le permite obtener una reparación y compensación por los daños sufridos. La opción escogida por la Convención Internacional de 2006, al establecer que puede ser cualquier persona física que haya sufrido un daño directo como consecuencia de la desaparición forzada, es muy protectora y puede aplicarse no sólo a los familiares de las personas desaparecidas, sino también a los abogados, a los testigos y todas aquellas personas que se ven amenazadas por investigar el paradero de la persona desaparecida.

3.2. La jurisprudencia internacional

El concepto de familia que se aplica en el derecho internacional de los derechos humanos no necesariamente coincide con el del derecho interno de los Estados, y tiene que ver más con el "vínculo afectivo" entre la víctima de desaparición forzada y las personas con las que vivía o con los familiares con los que la víctima tenía lazos emocionales profundos[73]. En esta línea, en el caso *Benaziza c. Argelia*, el CDH consideró a la autora, a su padre y a sus tíos, es decir, a la nieta e hijos de la Sra. Daouia Benaziza, víctimas de una violación del derecho a la integridad personal conforme al artículo 7 del PIDCP[74].

Una de las primeras instancias internacionales en considerar a los familiares como víctimas de la desaparición forzada fue el CDH en el caso *Quinteros c. Uruguay*[75], en el cual la Sra. María del Carmen Almeida Quinteros, vio como su hija Elena fue abducida el 28 de junio de 1976 en la Embajada de la República de Venezuela en Montevideo por parte de las autoridades oficiales de Uruguay, y desde entonces desaparecida bajo la custodia de oficiales militares de Uruguay. El estrés y la angustia causados por la contínua incertidumbre sobre el paradero de la hija de la demandante fueron considerados por el Comité como constitutivos de una violación del artículo 7 del Pacto[76], de modo que la madre de Elena fue considerada también víctima de la desaparición forzada.

El TEDH considera que para determinar si un familiar de la "persona desaparecida" es a su vez víctima, hay que tener en cuenta una serie de factores particulares que van más allá del sufrimiento inevitable de cualquier pariente de una víctima de violaciones graves de derechos humanos[77]. Así, es importante valorar:

[73] CDH, Comunicación núm. 1588/2007, *Benaziza v. Algeria*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2010, voto particular (parcialmente disidente) del miembro del Comité el Sr. Fabián Salvioli, párr. 2.
[74] *Ibid.*, párr. 9.6.
[75] CDH, Comunicación núm. 107/1981, *Almeida de Quinteros c. Uruguay*, dictamen aprobado el 21 de julio de 1983, párr.14.
[76] Artículo 7 del PIDCP, de 16 de diciembre de 1966:"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".
[77] *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, §98 ECHR 1999-IV.

1. La proximidad del parentesco
2. Las circunstancias particulares de la relación con la víctima
3. En qué medida el familiar ha sido testigo de los acontecimientos en cuestión
4. La participación del familiar en la búsqueda de información sobre la persona desaparecida
5. La forma en que las autoridades han reaccionado ante las demandas del familiar

No obstante, el TEDH destaca que "the essence of such a violation does not so much lie in the fact of the "disappearance" of the family member but rather concerns the authorities' reactions and attitudes to the situation when it is brought to their attention. It is especially in respect of the latter that a relative may claim directly to be a victim of the authorities' conduct"[78]. Por ejemplo, en el caso *Kurt v. Turquía*[79], el Tribunal consideró a la demandante víctima de tortura y tratos inhumanos o degradantes por el hecho de ser la madre de la víctima de la violación de derechos humanos y por la angustia y estrés causados por la pasividad de las autoridades sobre el caso.

Este criterio también ha sido incorporado por la Corte IDH a la hora de determinar a los familiares como víctimas de desaparición forzada[80] pero no de forma tan estricta como el TEDH, sino como una forma más de establecer quiénes son las víctimas de desaparición forzada. Por ejemplo, en el caso *Heliodoro Portugal v. Panamá*[81], la Corte IDH también tuvo en cuenta el contexto y la permanente incertidumbre que envuelve a los familiares de la víctima en estos casos:

> "Entre los extremos a considerar se encuentran los siguientes: 1) la existencia de un estrecho vínculo familiar; 2) las circunstancias particulares de la relación con la víctima; 3) la forma en que el familiar se involucró en la búsqueda de justicia; 4) la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones realizadas; 5) el contexto de un "régimen que impedía el libre acceso a la justicia", y 6) la permanente incertidumbre en la que se vieron envueltos los familiares de la víctima como consecuencia del desconocimiento de su paradero".

[78] *Timurtaş v. Turkey*, no. 23531/94, § 95 ECHR 2000-VI.
[79] *Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, § 134, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III.
[80] CORTE IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *cit.*, nota 8 *supra*, párr. 163.
[81] CORTE IDH, *Heliodoro Portugal c. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 163.

Por otra parte, el caso *Blake c. Guatemala* constituye un punto de inflexión en el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en relación al delito de la desaparición forzada, en la medida en que los familiares del desaparecido pasan a ser titulares de los derechos protegidos por la CADH. El juez A.A. Cançado Trindade[82] explica los diferentes factores que llevaron a la Corte a establecer a los familiares como víctimas directas de la desaparición forzada:

> "En una situación continuada propia de la desaparición forzada de persona, las víctimas son tanto el desaparecido (víctima principal) como sus familiares; la indefinición generada por la desaparición forzada sustrae a todos de la protección del derecho. No hay cómo negar la condición de víctimas también a los familiares del desaparecido, que tienen el cotidiano de sus vidas transformado en un verdadero calvario, en el cual los recuerdos del ser querido se mezclan con el tormento permanente de su desaparición forzada. En mi entender, la forma compleja de violación de múltiples derechos humanos que representa el delito de desaparición forzada de persona tiene como consecuencia *la ampliación de la noción de víctima* de violación de los derechos protegidos".

Siguiendo esta línea jurisprudencial, la Corte IDH también señaló en el caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala* "que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser, a su vez, víctimas. En un caso que involucraba la desaparición forzada de una persona, el Tribunal afirmó que la violación de la integridad psíquica y moral de dichos familiares es una consecuencia directa, precisamente, de la desaparición forzada"[83].

La presunción de la violación de derecho a la integridad personal es, según la Corte IDH *iuris tantum* "respecto de madres y padres, hijas e hijos, cónyuges, compañeros y compañeras permanentes, siempre que corresponda a las circunstancias particulares del caso"[84] a los que considera familiares directos. En los demás casos, el Tribunal tendrá en cuenta elementos como la existencia de un vínculo estrecho entre ellos, si se han involucrado en la búsqueda de justicia para el caso concreto o si ha

[82] CORTE IDH, *Blake c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998, voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 38 (énfasis añadido).
[83] CORTE IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *cit.*, nota 8 *supra*, párr. 155.
[84] CORTE IDH, *González Medina y familiares c. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 270.

sufrido especialmente como consecuencia de la desaparición o de las actuaciones de las autoridades estatales[85].

En relación a la actitud de las autoridades ante un delito de desaparición forzada, el Tribunal de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina (TDHBH)[86] establece una serie de factores para determinar si el comportamiento de las autoridades ha violado el derecho de los familiares de la víctima de desaparición forzada a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes:

> — "response, reactions, and attitude of the authorities to the complaints and inquiries for information about the fate of missing person -complacency, intimidation, and harassment by authorities may be considered aggravating circumstances;
> — extent to which the authorities conducted a meaningful and full investigation into the disappearance;
> — amount of credible information provided to the authorities to assist in their investigation;
> — extent to which the authorities provided a credible, substantiated explanation for a missing person last seen in the custody of the authorities;
> — duration of lack of information - a prolonged period of uncertainty for the family member may be an aggravating circumstance;
> — involvement of the authorities in the disappearance"[87].

En los casos de *Srebrenica*[88], el TDHBH consideró que en base a estos criterios, la Republica de Srpska no había hecho prácticamente nada para esclarecer la suerte y

[85] CORTE IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 127.

[86] Creado por el "Acuerdo sobre derechos humanos", anexo 6 de los Acuerdos de paz de Dayton de 21 de noviembre de 1995, firmados por la República de Bosnia-Herzegovina, la Federación de Bosnia-Herzegovina y la República de Sprska, el Tribunal de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina tiene una composición mixta (8 jueces designados por el Consejo de Europa, 4 por la Federación de Bosnia y Herzegovina y 2 de la República de Srpska) y tiene competencia principalmente para conocer las violaciones de derechos humanos especialmente graves o sistemáticas en base al Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950. Para más información, véase DECAUX, E., "La Chambre des droits de l'homme pour la Bosnie-Herzegovine", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2000, núm. 44, pp. 709-728, así como la web http://www.hrc.ba/ (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

[87] TDHBH, *Unkovik v. Federation of Bosnia and Herzegovina*, Case nº CH/99/2150, decision review, de 10 de mayo de 2002, párr. 115.

[88] TDHBH, *Srebrenica Cases v. Republika of Srpska* (49 applications), Case nos. CH/01/8365, CH/01/8397, CH/01/8398, CH/01/8399, CH/01/8410, CH/01/8411, CH/01/8412, CH/01/8414, CH/01/8428, CH/01/8484, CH/01/8487, CH/01/8521, CH/02/8842, CH/02/8927, CH/02/9357, CH/02/9375, CH/02/9385, CH/02/9390, CH/02/9403, CH/02/9427, CH/02/9431, CH/02/9433, CH/02/9470, CH/02/9484, CH/02/9485, CH/02/9486, CH/02/9487, CH/02/9505, CH/02/9506, CH/02/9507, CH/02/9508, CH/02/9513, CH/02/9514, CH/02/9515, CH/02/9528, CH/02/9529, CH/02/9530, CH/02/9532, CH/02/9542, CH/02/9546, CH/02/9547, CH/02/9548, CH/02/9549, CH/02/9550, CH/02/9552, CH/02/9553, CH/02/9594, CH/02/9595, and CH/02/9596 de 7 de marzo de 2003, párr. 188.

paradero de las víctimas de los acontecimientos de Srebrenica ni realizado ninguna actuación para aliviar el sufrimiento de los miembros de las familias supervivientes ni contribuido al proceso de reconciliación en Bosnia y Herzegovina, constituyendo un trato inhumano y degradante para los familiares de las víctimas.

Por lo tanto, las instancias internacionales de protección de derechos humanos, para considerar a los familiares como víctimas directas, se basan en distintos criterios entre los que cabe destacar, por un lado, la relación personal o de parentesco con la víctima principal y, del otro lado, la actitud de las autoridades ante la desaparición forzada que, por regla general, muestran cierta pasividad en el cumplimento de su obligación de investigar y practicar las diligencias necesarias para esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida, favoreciendo la impunidad total de los autores de estos delitos.

4. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE MENORES

La cuestión de los menores sometidos a desaparición forzada, o cuyos padres han sido objeto de una desaparición forzada o que hayan nacido durante el cautiverio de su madre sometida a desaparición forzada es de especial preocupación porque se trata de niños y niñas que en su mayoría fueron dados en adopción, cuyos padres adoptivos eran incluso los propios captores o torturadores causantes de la desaparición forzada de los padres naturales. Tal y como reconoce el GTDFI "los efectos psicológicos en los niños son graves y en algunos casos hasta devastadores"[89], concluyendo que "los niños nacidos durante el cautiverio de sus madres desaparecidas constituyen de por sí una categoría especial".

Pero, ¿cuáles pueden ser los motivos para separar a un niño o una niña de sus padres? Por un lado, aumentar el sufrimiento de la madre, no como medio de represión suplementario, sino para castigarla por ser una "opositora política" real o potencial, a los ojos de los represores. Del otro lado, en el caso de Argentina, el General Ramón

[89] ONU Doc. E/CN.4/1990/13, *cit.*, nota 10 *supra*, párr. 339.

Juan Alberto Camps, Jefe de la Policía de la Provincia de Buenos Aires entre 1976 y 1983, lo resumió en la siguiente frase "los padres subversivos educan a sus hijos para la subversión. Eso hay que impedirlo"[90]. Los responsables de la "guerra sucia" temían que los niños de padres desaparecidos crecieran odiando al Ejército Argentino, y que al crecer se convirtieran también en elementos subversivos.

La gravedad de este fenómeno es que los niños y niñas son las víctimas directas y el objeto mismo de las desapariciones forzadas. La desaparición de menores se dio con frecuencia en Argentina durante la dictadura militar entre 1976-1983, y en un estudio realizado por la CIDH se calculó que aproximadamente unos 250 menores habían sido víctimas de la desaparición forzada[91]. Igualmente, en Guatemala, entre 1979 y 1983, durante el conflicto interno los niños y las niñas estuvieron expuestos a multiplicidad de violaciones a sus derechos humanos, siendo víctimas directas de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias, torturas, secuestros, violaciones sexuales y otros hechos violatorios a sus derechos fundamentales. Las amenazas y torturas a las que los sometieron fueron utilizadas "como una forma de torturar a sus familias, lo cual tuvo un carácter de terror ejemplificante para éstos"[92].

Asimismo, entre 1980 y 1991, durante el conflicto armado interno en El Salvador, las desapariciones forzadas de menores se insertaron en un patrón sistemático en el que los niños y niñas eran sustraídos y retenidos ilegalmente por miembros de las fuerzas armadas en el contexto de operativos de contrainsurgencia, práctica que implicó, en muchos casos, la apropiación de los niños y niñas e inscripción con otro nombre o bajo datos falsos[93].

Del mismo modo, también hubo desapariciones forzadas de menores en el marco de la Operación Cóndor en la década de los setenta, en su lucha y represión contra

[90] *Disparus…*, *op.cit.*, nota 6 *supra*, p. 29.
[91] Las Abuelas de la Plaza de Mayo habían podido documentar 208 casos y la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas de Argentina recibió documentación de 43 casos, sin contar los que podían no estar incluidos en esas listas. "Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidas que fueron separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias" (CIDH, *Informe Anual 1987-1988*, *cit.,* nota 44 *supra*, Cap.V.I).
[92] CORTE IDH, *Molina Theissen c. Guatemala,* Fondo, Sentencia de 4 de mayo de 2004, párr. 40.6.
[93] Sobre el contexto del conflicto armado interno véase, entre otros, CORTE IDH, *Contreras y otros c. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 41 y ss.

personas designadas como "elementos subversivos". Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción, supresión o sustitución de identidad y apropiación ilícita de niños y niñas, para lo cual mujeres embarazadas eran detenidas en el marco de las referidas operaciones y mantenidas vivas[94]. En numerosos casos, los niños y niñas recién nacidos o nacidos en cautiverio eran entregados a familias de militares o policías o de terceros, luego de que sus padres fueran desaparecidos o ejecutados

En relación a los menores, se pueden distinguir varios supuestos como consecuencia de la desaparición forzada:

- Desaparición del menor con resultado de homicidio o ejecución extrajudicial y posterior intento de ocultamiento de sus restos;
- El menor desaparecido es devuelto a la familia natural, bien por los propios captores, o bien tras la búsqueda frenética de sus familiares en hospitales, casas cunas, cuarteles, etc.;
- El menor es llevado en adopción a una familia que desconoce la desaparición de los padres biológicos del menor;
- El menor es adoptado por los propios represores, que son los captores, torturadores y ejecutores de sus padres naturales, o bien son cómplices de su desaparición;
- Participación de las fuerzas de seguridad de países vecinos ya sea en la captura del menor o bien para asegurar la impunidad de los sustractores de menores.

La sustracción de menores de sus padres desaparecidos constituye una vulneración del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Éste último prevé medidas especiales a favor de la infancia en caso de que los niños hayan quedado huérfanos o estén separados de su familia a

[94] Véase, entre otros, CORTE IDH, *Goiburú y otros c. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, párr. 61.5 a 61.8.; *Gelman c. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 44 y ss.

causa de la guerra y exige a los Estados que tomen las medidas oportunas para que no queden abandonados y de identificación mediante una placa de identidad[95]. También prohíbe cualquier modificación del estatuto personal del menor[96] y en caso de cambios en el estado de las personas privadas de libertad, tales como nacimientos, deberán ser comunicados a la oficina de información de personas en poder de la Parte en conflicto[97].

El DIH también reconoce el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, en el artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977 y, en relación a las familias dispersas a causa de la guerra, establece que cada parte en conflicto facilitará la búsqueda emprendida por sus miembros con el fin de reanudar el contacto entre unos y otros, y, si es posible, reunificarlas[98]. Asimismo, prevé que los miembros de una misma familia, en particular padres e hijos, deberán estar juntos en el mismo centro de detención [99] y en caso de evacuación, también contiene unas disposiciones específicas contempladas en el art. 78 del Protocolo Adicional I de 1977. De modo que tanto en situación de conflicto armado internacional (artículo 75 del Protocolo Adicional I de 1977) como interno (art. 4 del Protocolo Adicional II) los menores tienen unas garantías fundamentales de protección y respeto de su persona en toda circunstancia.

En el ámbito del DIDH cabe destacar, entre otros instrumentos, la Convención sobre los Derechos del Niño[100], en la cual se establece que todo niño tiene derecho desde que nace a un nombre, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (artículo 7). Asimismo, la Convención prevé que los Estados se comprometan a respetar "el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas" (artículo 8), y que los Estados "velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la

[95] Art. 24 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.
[96] Art. 50 *Ibid.*
[97] Art.136 *Ibid.*
[98] Art.26 *Ibid* y art. 74 del Protocolo Adicional I de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949.
[99] Art. 82 *Ibid.*
[100] Aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 y tiene 194 Estados Parte (consultado por útlima vez el 20 de abril de 2015).

voluntad de éstos" (artículo 9.1). Incluso cuando la separación del niño de sus padres sea como consecuencia de la detención de éstos, la Convención establece que el Estado deberá informar a quien proceda del paradero del familiar ausente, siempre teniendo en cuenta el interés superior del niño (artículo 9.4):

> "Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño […]".

La desaparición forzada de menores no respeta ninguna de estas disposiciones porque separa a los niños y niñas de sus padres biológicos contra su voluntad, se les niega su identidad al falsificar los documentos de adopción y de nacimiento, y supone una injerencia ilícita a la vida familiar que queda para siempre truncada. Mientras, los abuelos y las abuelas, desesperados, buscan el paradero de estos niños y niñas durante años ante el rechazo de las autoridades de darles información al respecto.

El PIDCP establece en el artículo 24 que los Estados deberán tomar medidas específicas de protección en caso de menores, además de reconocer a todo niño el derecho a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad. Así, en el caso *Celis Laureano c. Perú*[101], el CDH consideró que el Estado no había tomado las medidas adecuadas para proteger a la Srta. Laureano de la desaparición forzada:

> "[…] el Estado Parte no adoptó ninguna medida concreta para investigar su desaparición y localizar su paradero a fin de garantizar su seguridad y bienestar, habida cuenta de que a la sazón la Srta. Laureano era menor. El Comité llega a la conclusión de que, en tales circunstancias, la Srta. Laureano no se benefició de las medidas especiales de protección a que tenía derecho por su condición de menor y de que se ha producido una violación del párrafo 1 del artículo 24".

La Declaración de 1992, en su artículo 20.1, exige a los Estados prevenir y sancionar la apropiación de menores como consecuencia de una desaparición forzada:

[101] CDH, Comunicación núm. 540/1993, *Celis Laureano c. Perú*, dictamen aprobado el 16 de abril de 1996, párr. 8.7

> "Los Estados prevendrán y reprimirán la apropiación de hijos de padres víctimas de una desaparición forzada o de niños nacidos durante el cautiverio de sus madres víctimas de la desaparición forzada y se esforzarán por buscar e identificar a esos niños para restituirlos a su familia de origen".

También establece la necesidad de revisión de los procesos de adopción que tengan como origen una desaparición forzada, declarando su nulidad si procede, siempre preservando el interés superior del menor. El artículo 20.3 de la Declaración de 1992 considera que tanto la apropiación de niños como la falsificación de documentos que determinen la verdadera identidad del menor constituyen delitos "de naturaleza sumamente grave que deberán ser castigados como tales". Igualmente establece la posibilidad de la cooperación internacional entre Estados mediante acuerdos bilaterales o multilaterales.

En cambio, la Convención Interamericana de 1994 sólo hace referencia, en el artículo XII, a la cooperación interestatal "en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores que hubieren sido trasladados a otro Estado o retenidos en éste, como consecuencia de la desaparición forzada de sus padres, tutores o guardadores" sin mencionar ninguna medida a tomar por parte del Estado en el ámbito nacional.

La CIDH, en base a su estudio sobre la cuestión de la desaparición forzada de menores, anteriormente mencionado, había propuesto dos artículos en el proyecto de Convención Interamericana, de los cuales cabe destacar el artículo 19[102]:

> "Los Estados Partes deben combinar sus esfuerzos para prevenir y sancionar la apropiación de niños de padres desaparecidos o de niños nacidos durante el cautiverio clandestino de su madre y su entrega a otras familias para la adopción irregular. Con este fin, deben castigar, en su derecho interno, los delitos que impliquen la alteración, o la supresión de la prueba, del estado civil de cualquier persona y la abducción de menores".

Sorprende que finalmente este precepto no haya sido incluido en la versión final de la Convención Interamericana de 1994, porque si bien es cierto que la cooperación y asistencia entre Estados es importante en esta cuestión, también lo es el prevenir y sancionar la desaparición forzada de menores, la falsificación de documentos de

[102] CIDH, "Proyecto de Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas", *Informe Anual 1987-1988*, *cit.*, nota 44 *supra*, Capítulo V.II.

identidad y los procedimientos de adopción irregulares con origen en una desaparición forzada en el ámbito del derecho interno. En todo caso, ninguno de los dos ámbitos debería excluir al otro.

La Convención Internacional de 2006 es el primer instrumento jurídicamente vinculante de alcance universal que aborda específicamente la cuestión de la desaparición forzada de menores. El artículo 25 se divide en cinco puntos:

- La prevención y sanción de la apropiación de niños sometidos a una desaparición forzada, o de niños cuyos padres hayan sido sometidos a una desaparición forzada o nacidos durante el cautiverio de su madre sometida a una desaparición forzada, así como de la falsificación, ocultamiento o destrucción de los documentos de la verdadera identidad del menor.
- La búsqueda e identificación de estos menores, que deberán ser restituidos a su familia de origen en la medida de lo posible.
- La cooperación internacional entre Estados para la búsqueda, identificación y localización de estos niños.
- La revisión de los procedimientos de adopción, con la posibilidad de anularlos, en caso de tener su origen o relación en una desaparición forzada.
- Todo ello, teniendo en cuenta el interés superior del niño y la opinión expresada libremente por el menor, principio básico que inspira todo el artículo[103].

En la misma línea que la Convención Internacional de 2006, el GTDFI considera que la prevención y sanción de la apropiación de menores de padres sometidos a una desaparición forzada o nacidos en cautiverio de la madre sometida a una desaparición

[103] Basándose en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece que "los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño".

forzada, junto con los esfuerzos para establecer su identidad, devolver los menores a su familia de origen, y la posibilidad de anular la adopción como consecuencia de la desaparición forzada teniendo en cuenta el interés primordial del menor, constituyen los mecanismos más adecuados para acabar con la desaparición forzada de menores[104].

Argentina, uno de los países más afectados por la desaparición forzada de menores, decidió crear una Banco Nacional de Datos Genéticos en 1987[105] con el objetivo de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. En concreto, presta servicios gratuitos a familiares de niños desaparecidos o nacidos en cautiverio para formar un archivo y eventualmente servir para determinar la filiación del niño. La técnica del ADN para identificar no sólo a los niños sino también a los adultos desaparecidos está siendo cada vez más utilizada por ser muy eficaz para esclarecer la identidad de personas desaparecidas cuando son encontrados sus restos, generalmente en fosas comunes. El Estado argentino ha ido incluso más allá y ha creado la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI) en noviembre de 1992 con el objetivo inicial de buscar y localizar a niños desaparecidos durante la dictadura militar.

Los testimonios de mujeres embarazadas que dieron a luz durante su cautiverio, y que posteriormente sus bebés fueron dados en adopción irregular, recogidas en el informe "Nunca Más" de la Comisión Nacional de Desaparecidos (CONADEP) de Argentina, son sobrecogedores y muestran la gravedad y magnitud del fenómeno de la desaparición forzada de menores. El resultado de esta práctica es el siguiente[106]:

> "Los represores que arrancaron a los niños desaparecidos de sus casas o de sus madres en el momento del parto, decidieron de la vida de aquellas criaturas con la misma frialdad de quien dispone de un botín de guerra".
>
> "Despojados de su identidad y arrebatados a sus familiares, los niños desaparecidos constituyen y constituirán por largo tiempo, una profunda herida abierta en nuestra sociedad. En ellos se ha

[104] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. E/CN.4/2002/79, de 18 de enero de 2002, párr. 364.
[105] Ley Nacional 23.511/87 por la cual se crea el Banco Nacional de Datos Genéticos con base en el Hospital Durand de Buenos Aires.
[106] CONADEP, *Informe "Nunca Más"*, Buenos Aires, septiembre de 1984. Disponible en la web http://www.nuncamas.org/investig/investig.htm (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

> golpeado a lo indefenso, lo vulnerable, lo inocente y se ha dado forma a una nueva modalidad de tormento".

Incluso las enfermeras y parteras que avisaron a las familias de forma clandestina sobre el nacimiento de estos bebés fueron perseguidas y sometidas a desaparición forzada por las autoridades responsables[107].

Por otra parte, cabe destacar que la reactivación de los procesos contra los militares de la dictadura argentina tuvo lugar, en gran medida, por casos de secuestro de menores que quedaron excluidos de las leyes de amnistía y por lo tanto fue la única vía para obtener justicia por parte de los familiares de las víctimas de desapariciones forzadas[108]. Si bien los fiscales formularon cargos sobre dos casos de apropiación de niños y supresión de identidad en los primeros juicios contra las Juntas militares de Argentina de los años 90, los tribunales consideraron que no se trataba de una práctica sistemática y no se condenó a los jefes militares por estos delitos[109]. Al considerar que los secuestros de niños y niñas desaparecidos eran delitos comunes muchos prescribieron sin poder condenar a los responsables[110]. Sin embargo, con la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de amnistía por parte de la Corte Suprema de la Nación en el 2005, las desapariciones forzadas y la apropiación de niños y niñas pasaron a considerarse crímenes de lesa humanidad y, en consecuencia, imprescriptibles.

La Corte IDH ha conocido varios casos de desaparición forzada de menores[111], sobre todo en el contexto de los conflictos armados internos de El Salvador y Guatemala, así como de las desapariciones forzadas en el marco de la Operación

[107] La partera Maria Luisa Martínez de González fue secuestrada el 7 de abril de 1997 y la enfermera Genoveva Fratassi, el 14 del mismo mes. Desde entonces permanecen desaparecidas (*ibid.*).
[108] GANDSMAN, A. E., "Retributive Justice, Public Intimacies and the Micropolitics of the Restitution of Kidnapped Children of the Disappeared in Argentina", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, 2012, p. 425.
[109] LORENZETTI, R. L. y KRAUT, A. J., *Derechos humanos: justicia y reparación. La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2011, p.103.
[110] GUILLÉN, A. L. Z. y RIOS, L., "Lo que el genocidio nos dejó: consecuencias jurídicas y psicosociales en la recuperación de la niñez robada en Argentina", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Núm. Especial: América Latina, 2011, pp. 343-356.
[111] Véase CALVET MARTÍNEZ, E., "La desaparición forzada de menores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en CASADO, M. y LÓPEZ ORTEGA, J. J. (coord.), *Desaparición forzada de niños en Europa y Latinoamérica: del Convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Publicacions UB, Bareclona, 2015, pp. 229-247.

Cóndor llevada a cabo en colaboración con varios países del Cono Sur. En algunos casos, los menores desaparecidos han sido recuperados en vida pero con otro nombre y por tanto, con un cambio de identidad. En otros, su suerte y paradero siguen desconocidos. En ocasiones los menores han nacido en centros de detención donde estaba detenida su madre y en otros casos han sido sustraídos de sus familias y llevados a otras familias pertenecientes a las fuerzas armadas o afines al régimen del poder.

La desaparición forzada de menores vulnera sobre todo el derecho a la identidad, el derecho al nombre y el derecho a la protección de la familia, aunque también se vulneran el derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, entre otros. El derecho a la identidad, aunque no se encuentra expresamente recogido en la CADH, reviste de especial importancia en estos casos puesto que este derecho permite individualizar a una persona en relación a su entorno y a la sociedad. Además, a menudo la restitución de la identidad biológica de estos niños y niñas es un proceso psicológico largo y complejo, que implica muchas veces el arresto de las personas que los educaron. La desaparición forzada en estos casos se inicia con su nacimiento hasta el momento en que la persona recupera su verdadera y legítima identidad. En definitiva, la desaparición forzada de menores afecta a un colectivo especialmente vulnerable respecto del cual el Estado tiene un deber concreto de protección que implica la no injerencia o abuso en la vida familiar pero también la adopción de medidas adecuadas para proteger al menor y a su núcleo familiar.

CAPÍTULO III

LAS DESAPARICIONES FORZADAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. LAS DESAPARICIONES FORZADAS COMO UNA VIOLACIÓN MÚLTIPLE DE DERECHOS HUMANOS

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales las desapariciones forzadas, además de constituir una privación de libertad arbitraria, atentan seriamente contra el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad personal y al derecho a la personalidad jurídica. Se trata de un delito complejo, que constituye una violación múltiple y continuada de derechos humanos inderogables, que debe ser tratado de manera integral "en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsisten, bienes jurídicos protegidos por la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]"[1].

El delito de desaparición forzada, por su particular gravedad, va más allá de una simple suma de violaciones de distintos derechos humanos[2] y, en este sentido, desde los primeros casos de desapariciones forzadas, la Corte IDH ha considerado que "la desaparición forzada o involuntaria constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] y que los Estados están obligados a respetar y garantizar"[3].

Asimismo, la Declaración de 1992 recoge, en su artículo 1, una lista no exhaustiva de derechos humanos[4] que son generalmente violados en casos de desapariciones forzadas, con el fin de mostrar la complejidad de este delito:

> "Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro".

[1] CORTE IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 57.
[2] NOVOA, E., "Analyse juridique de la disparition de personnes", en *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes. Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Paris, 1982, p. 81.
[3] Véase, entre otros, CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr.153; *Caso Godínez Cruz c. Honduras*, Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr.163; *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 128.
[4] Durante la elaboración de la Declaración, hubo un amplio consenso en incluir una lista no exhaustiva de derechos violados por las desapariciones (BRODY, R., "Commentary on the draft UN Declaration on the protection of all persons from enforced disappearances", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 8, 1990, p. 387).

En esta misma línea, la Convención Interamericana de 1994 establece en su Preámbulo que "la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la personas humana de carácter inderogable, tal y como están consagrados en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos".

No obstante, el proyecto de la Convención, elaborado por la Comisión Interamericana, incluía en el Preámbulo una referencia a los principales derechos fundamentales afectados por los delitos de desaparición al establecer que el nuevo instrumento "constituirá un avance decisivo en la protección de los derechos a la vida, la integridad y libertad personal"[5]. Al final se optó por no incluir ninguna lista de derechos afectados por considerar que seguramente no haría justicia al delito y que era mejor dejar en manos de los tribunales decidir cuáles eran los derechos violados por la desaparición forzada en cada caso[6].

La razón por la cual la desaparición forzada de personas se define como una violación múltiple de derechos humanos se debe principalmente a que hasta ahora no existía, como tal, el derecho a no ser sometido a una desaparición forzada, y debía construirse a partir de la violación de distintos derechos fundamentales. En ese aspecto, la Convención Internacional de 2006 constituye un gran avance al establecer el derecho a no ser sometido a una desaparición forzada de manera absoluta. Así, el artículo 1 dispone que:

> "1. Nadie será sometido a una desaparición forzada.
>
> 2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la desaparición forzada".

La Convención Internacional de 2006 es una culminación de los esfuerzos de la comunidad internacional para el establecimiento del derecho a no ser sometido a una desaparición forzada, sin la necesidad de definirla como una violación múltiple de derechos humanos. Sin embargo, para los Estados que no son parte de la Convención Internacional de 2006 y para los que este derecho aun no se ha incorporado en las legislaciones internas, los tribunales nacionales deberán seguir utilizando los distintos derechos fundamentales violados

[5] CIDH, "Proyecto de Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas", *Informe Anual,* 1987-88, Cap. V, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev.1, de 16 septiembre 1988, *Inter-American Yearbook on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, octubre 1991, pp. 501-523.

[6] BRODY, R. y GONZALEZ, F., "Nunca más: an analysis of international instruments on "disappearances"", *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, núm. 2, p. 378.

para determinar el alcance de la responsabilidad del Estado y la reparación adecuada para las víctimas.

Las desapariciones forzadas no están prohibidas expresamente en el derecho internacional humanitario pero al atentar contra la vida, la salud, la integridad y la dignidad personal constituyen una infracción grave a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y los Protocolos Adicionales de 8 de junio de 1977[7]. El derecho internacional humanitario establece que toda persona debe ser tratada con humanidad en toda circunstancia y protege a las personas privadas de libertad, mediante la creación de un registro de personas detenidas, una tarjeta de captura, la posibilidad de comunicarse con el exterior, etc. Además, en caso de sospechar que la muerte o las heridas de un prisionero han sido cometidas en circunstancias especiales, el DIH establece que el Estado deberá promover una investigación oficial inmediatamente[8].

A continuación, se analizarán los principales derechos humanos vulnerados en caso de desaparición forzada, en concreto el derecho a la libertad y seguridad personal, el derecho a la integridad personal, el derecho a la vida y el derecho a la personalidad jurídica. Para ello se tendrá en cuenta no sólo la regulación jurídica internacional sino también la interpretación dada por las instancias internacionales de protección de derechos humanos en casos de desapariciones forzadas. Si bien este capítulo se centra en la violación de los derechos humanos contenidos en el artículo 1.2 de la Declaración de 1992, hay otros derechos que pueden verse violados como consecuencia de las desapariciones forzadas como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la identidad o el derecho a un nombre, que no se van a tratar en este capítulo específicamente, pero a los que sí se hará referencia de forma transversal en el trabajo.

[7] Constituyen infracciones graves, entre otras, el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la deportación o el traslado ilegal, la detención ilegal (véanse artículo 50, I del Convenio de Ginebra de 1949; artículo 51, II Convenio de Ginebra de 1949; artículo 130, III Convenio de Ginebra de 1949; artículo 147, IV Convenio de Ginebra de 1949).

[8] Artículo 121 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

2. DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD PERSONALES

Toda desaparición forzada envuelve una privación de libertad, cualquiera que sea su forma, en la cual la persona detenida se ve sustraída de sus derechos fundamentales y de las garantías judiciales de que dispone en un Estado de Derecho. Desde su primer informe, el GTDFI constató que el derecho a la libertad y seguridad personales "is the principal human right denied by the very fact of enforced or involuntary disappearances"[9]. El hecho de que la persona privada de libertad se encuentre en un centro de detención secreto ya constituye en sí mismo una violación del derecho a la libertad y seguridad personales porque el Estado está obligado a hacer oficiales los lugares de detención y las personas que allí se encuentran detenidas y, en caso de conflicto armado, a permitir la entrada de los delegados del CICR[10] como salvaguardia adicional esencial para el derecho a la libertad y seguridad personales[11].

2.1. Alcance y contenido del derecho a la libertad y seguridad personales en el derecho internacional

El derecho a la libertad y seguridad personales[12], considerado uno de los derechos humanos fundamentales, se encuentra recogido en el artículo 3 de la DUDH, el cual dispone que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" y, a su vez, el artículo 9 establece que "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado". Posteriormente este derecho ha sido desarrollado por el PIDCP en su artículo 9, cuyo apartado 1 contempla que "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento

[9] GTDFI, *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, UN Doc. E/CN.4/1435, de 26 de enero de 1981, párr. 184.

[10] Prerrogativa establecida en caso de conflicto armado internacional por el artículo 126 del III Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros; mientras que en caso de conflicto armado interno, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 dispone que "[…] Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, *podrá* ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto". [énfasis añadido].

[11] CDH, *Observación general núm. 35: El derecho a la libertad y seguridad personales (artículo 9)*, UN Doc. CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014, párr. 64.

[12] Interpretado en sentido restringido del término y, por lo tanto, quedando fuera otros tipos de restricciones menos gravosas que quedarían cubiertas en el ámbito de la libertad de movimiento, reconocida en los arts. 12 y 13 del PIDCP. En este sentido, ver también NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR* Commentary, N.P. Engel Publisher, Khel (Germany), Arlington, Va., USA, 1993, p. 161.

establecido en ésta". Además, el artículo 9 prevé el derecho a ser informado sobre las razones de la detención, el derecho al habeas corpus y el derecho a una compensación[13].

En el ámbito regional de los derechos humanos, el artículo 7 apartado 1 de la CADH dispone que "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales", fijando como límites en su apartado 2 que "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"; y en su apartado 3 se afirma que "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios". Asimismo, el artículo 6 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) reconoce que "Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente". Finalmente, el artículo 5 apartado 1 de la CEDH también reconoce que "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley (…)". En consecuencia, los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos prevén que toda privación de libertad debe estar prevista por la ley, y que la persona detenida tiene el derecho a ejercer un recurso judicial rápido y efectivo para que se revise la legalidad de su detención lo más pronto posible. Con excepción de la CEDH, todos los instrumentos establecen de forma expresa que en ningún caso la privación de libertad puede ser arbitraria.

La privación de la libertad además de sólo poder ser restringida en base al principio de legalidad, no puede ser arbitraria, lo cual no significa que sea "contraria a la ley" sino que debe interpretarse de forma más amplia y debe incluir aspectos como la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales[14]. En este sentido, el CDH considera que las formas extremas de detención arbitraria que por sí mismas ponen en peligro la vida vulneran a la vez el derecho a la libertad y seguridad personales y el derecho a la vida,

[13] El hecho de que el artículo 9.5 del PIDCP contemple el derecho de compensación en caso de violación del derecho a la libertad y seguridad personales demuestra que es considerado un derecho importante que forma parte del derecho internacional general, aunque pueda ser suspendido en situaciones de emergencia. En este sentido, véase RODLEY, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, 1999, p. 257.

[14] Véanse, entre otros, CDH, Comunicación núm. 1134/2002, *Gorji-Dinka v. Camerún*, dictamen aprobado el 15 de marzo de 2005, párr. 5.1; Comunicación núm. 305/1988, *Van Alphen v. Holanda*, dictamen aprobado el 23 de julio de 1990, párr. 5.8.

en especial en casos de desapariciones forzadas[15]. Asimismo, la privación de libertad también debe ajustarse a criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad para que no pueda tacharse de arbitraria. Además, toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano[16].

A pesar de que este derecho no es absoluto, existen límites al poder de los Estados para derogarlo, entre ellos las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la *detención no reconocida* (como ocurre en el caso de las desapariciones forzadas) que no admiten suspensión bajo ningún tipo de circunstancia[17]. No obstante, la garantía fundamental contra la detención arbitraria es inderogable según el CDH[18]. Sin duda, las desapariciones forzadas constituyen una forma particularmente grave de reclusión arbitraria[19] al no cumplir con ninguna de estas consideraciones. De modo que las desapariciones forzadas no pueden justificarse bajo ninguna circunstancia constituyendo siempre una violación del derecho a la libertad y seguridad personal[20].

2.2. Medidas de prevención de las desapariciones forzadas relativas a la privación de libertad: la prohibición de la detención secreta

La Asamblea General en su resolución 40/34 de 1985, mediante la cual adoptó la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y del abuso de poder*, ya instaba a los Estados a "prohibir las prácticas y los procedimientos conducentes al abuso, como los lugares de detención secretos y la detención con incomunicación"[21]. De igual manera, en base a los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias*[22], la AG

[15] CDH, *Observación general núm. 35, cit.*, nota 11 *supra*, párr. 55. Véase sección 4 *infra* de este capítulo.
[16] Artículo 10.1 del PIDCP; véase también CDH, Comunicación núm. 1776/2008, *Bashasha v. Libia*, dictamen aprobado el 20 de octubre de 2010, párr. 7.7.
[17] CDH, *General Comment No. 29. States of Emergency (article 4)*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001, párr. 13 (b). (énfasis añadido)
[18] CDH, *Observación general núm. 35, cit.*, nota 11 *supra,* párr. 66.; *General Comment No. 29*, *cit.,* nota 17 *supra*, párr. 11.
[19] CDH, *Observación general núm. 35, cit.*, nota 11 *supra*, párr. 17.
[20] RODLEY, N. y POLLARD, M., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, 3ª ed., 2009, p. 347.
[21] AGNU, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, párr. 4. g).
[22] ECOSOC, Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, anexo. Principios aprobados por la AGNU en la resolución 44/162, de 15 de diciembre de 1989.

exige a los Estados que adopten una serie de medidas de prevención, *inter alia*, que las personas privadas de libertad estén en centros de detención oficialmente reconocidos y registrados:

> "Los gobiernos velarán por que se mantenga a las personas privadas de libertad en lugares de reclusión públicamente reconocidos y proporcione inmediatamente a sus familiares y letrados u otras personas de confianza información exacta sobre su detención y paradero incluidos los traslados"[23].

Además, conforme al *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, en el supuesto de que una persona detenida desaparezca durante su detención o prisión, se requiere que "un juez u otra autoridad, de oficio o a instancias de un miembro de la familia de esa persona o de alguna persona que tenga conocimiento del caso"[24] realice una investigación sobre las circunstancias de la desaparición.

En relación a la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Declaración de 1992 es el único instrumento que establece de forma expresa en su artículo 1.2 que "Toda desaparición forzada constituye una violación al derecho a la libertad y seguridad de su persona". Para ello, la Declaración contempla en su artículo 10 diversas medidas legislativas, administrativas y judiciales de prevención de las desapariciones forzadas exigiendo que los centros de detención sean oficialmente reconocidos, con un registro actualizado y centralizado de todas las personas detenidas y que los familiares, abogados o cualquier persona que tenga un interés legítimo puedan acceder a esta información.

El artículo 10.1 de la Declaración de 1992 estipula que "toda persona privada de libertad deberá ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y, con arreglo a la legislación nacional, presentada sin demora ante una autoridad judicial luego de la aprehensión". El GTDFI, en su comentario general sobre el artículo 10, considera que en base a esta disposición los Estados tienen tres obligaciones[25].

---

[23] *Ibid.*, párr. 6. Véase, también AGNU, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principios 17-19.
[24] *Ibid.*, Principio 34.
[25] GTDFI, *Observaciones generales sobre el artículo 10 de la Declaración*, ONU Doc. E/CN.4/1997/34, de 13 de diciembre de 1996.

La primera se refiere a que la persona privada de libertad debe estar en un lugar de detención oficialmente reconocido, de modo que los centros de detención secretos no se pueden justificar ni legitimar por razones de Estado o emergencia y son incompatibles, sin excepción, con la Declaración de 1992. Además de exigir que la detención se produzca en un centro oficialmente reconocido, según el GTDFI existe un deber de informar a los familiares, a su abogado o cualquier persona con un interés legítimo, de modo que "debe considerarse que tanto la falta de dicha información como los posibles impedimentos a su acceso representan una violación de la Declaración"[26]. Igualmente, es importante que los registros de las personas privadas de libertad en los centros de detención estén actualizados y, en la medida de lo posible, centralizados para asegurar que sean accesibles no sólo para los familiares sino también para otras personas con un interés legítimo -el CICR o el propio GTDFI, por ejemplo- requiriendo además "que la información de cada registro tiene que corresponder a la totalidad de las personas privadas de libertad que se encuentren en dicho centro o lugar de detención. Lo contrario constituiría una violación de la Declaración"[27].

La segunda obligación consiste en que los Estados deberán asegurar que la persona privada de libertad sea llevada ante un juez, el cual deberá determinar la legalidad de la detención. De modo que no basta con que el centro sea oficialmente reconocido sino que se requiere que la detención administrativa o preventiva sea de carácter transitorio y la persona sea presentada ante el juez[28].

Finalmente, la tercera obligación reside en cerciorarse que la persona privada de libertad sea presentada ante la autoridad judicial sin demora, de modo que toda detención indebidamente prolongada o sin cargos constituye, según el GTDFI, una violación de la Declaración de 1992[29]. Aunque la Declaración de 1992 no fija un plazo, se interpreta que tiene que ser razonable y proporcional, teniendo en cuenta que tiene que ser lo más breve posible.

Cabe destacar que el GTDFI no admite ningún tipo de excepciones en relación a las obligaciones contempladas en el artículo 10 de la Declaración de 1992, de modo que los

[26] *Ibid.*, párr. 26.
[27] *Ibid.*, párr. 27.
[28] *Ibid.*, párr. 28.
[29] *Ibid.*, párr. 29.

Estados no pueden alegar la existencia de un estado de emergencia para no cumplirlas. Este precepto fue introducido en la Declaración de 1992 por considerar que estas medidas de seguimiento de las personas privadas de libertad podrían reducir el riesgo de las desapariciones forzadas[30].

Igualmente, la Convención Interamericana de 1994, prevé en su artículo XI que los lugares de detención deberán ser oficialmente reconocidos y la persona privada de libertad llevada sin demora ante la autoridad judicial competente. Además, el Estado deberá establecer y mantener registros oficiales actualizados sobre las personas detenidas, al cual podrán acceder "los familiares, jueces, abogados, cualquier persona con un interés legítimo y otras autoridades". En este sentido, la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que en relación a las personas privadas de libertad, el Estado "se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de los detenidos"[31], siendo los registros de detenidos junto con los centros oficialmente reconocidos dos garantías fundamentales contra las desapariciones forzadas.

La Convención Internacional de 2006, basándose en la Declaración de 1992, establece de manera contundente en su artículo 17 que "nadie será detenido en secreto" y por lo tanto, queda prohibida también toda forma de detención en un régimen de incomunicación. Pero la Convención no se limita a prohibir la detención secreta sino que además detalla las medidas legislativas concretas que deben tomar los Estados en relación a las personas privadas de libertad y establece en el artículo 17.3 que los Estados Parte deberán tener registros actualizados de las personas privadas de libertad que, como mínimo, deberán contener la información siguiente:

> *"a*) La identidad de la persona privada de libertad;
>
> *b*) El día, la hora y el lugar donde la persona fue privada de libertad y la autoridad que procedió a la privación de libertad;
>
> *c*) La autoridad que decidió la privación de libertad y los motivos de ésta;
>
> *d*) La autoridad que controla la privación de libertad;
>
> *e*) El lugar de privación de libertad, el día y la hora de admisión en el mismo y la autoridad responsable de dicho lugar;

[30] BRODY, R., "Commentary o n the draft UN Declaration on the protection of all persons from enforced disappearances", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 8, 1990, p. 390.
[31] Véase, entre otros, CORTE IDH, *Torres Millacura y otros c. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de agosto de 2011, párr. 99.

> *f*) Los elementos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad;
>
> *g*) En caso de fallecimiento durante la privación de libertad, las circunstancias y causas del fallecimiento y el destino de los restos de la persona fallecida;
>
> *h*) El día y la hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y la autoridad encargada del traslado".

Esta disposición, al concretar las medidas que deben tomar los Estados en relación a las personas privadas de libertad, constituye un mecanismo importante para la prevención de las desapariciones forzadas, que no deja prácticamente ningún margen de apreciación para el Estado y permite que cualquier familiar o persona con interés legítimo pueda acceder a un mínimo de información sobre la detención de toda persona.

Si bien la Convención Internacional de 2006 establece en su artículo 18 el derecho a recibir información por parte de los familiares, abogados y personas con un interés legítimo sobre la persona privada de libertad, también se prevé la posibilidad de restringir dicho derecho de forma excepcional en el artículo 20.1:

> "Únicamente en el caso en que una persona esté bajo protección de la ley y la privación de libertad se halle bajo control judicial, el derecho a las informaciones previstas en el artículo 18 podrá limitarse, sólo a título excepcional, cuando sea estrictamente necesario en virtud de restricciones previstas por la ley, y si la transmisión de información perjudicase la intimidad o la seguridad de la persona o el curso de una investigación criminal, o por otros motivos equivalentes previstos por la ley, y de conformidad con el derecho internacional aplicable y con los objetivos de la presente Convención. En ningún caso se admitirán limitaciones al derecho a las informaciones previstas en el artículo 18 que puedan constituir conductas definidas en el artículo 2 o violaciones del párrafo 1 del artículo 17".

La incorporación de esta disposición a la Convención Internacional de 2006, que permite a las autoridades negar el derecho a la información en relación a una persona privada de libertad, generó bastante discusión durante los *travaux préparatoires*. Fundamentalmente porque varias delegaciones consideraban que iba en contra del objeto de la Convención y también en contra del derecho a la verdad, dado que uno de los elementos de la desaparición forzada es la negativa de las autoridades a informar sobre la suerte o paradero de la persona privada de libertad[32]. En realidad, se trataba de conciliar dos cuestiones: por un lado, impedir el ocultamiento de una persona privada de libertad -constitutiva de una desaparición forzada- reconociendo el derecho a la información de los familiares, abogados y personas con un interés legítimo y, del otro, permitir ciertas restricciones al derecho a la información por

[32] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2006/57, de 2 de febrero de 2006, párr. 16-29.

motivos de protección de la vida privada de la persona detenida[33], de seguridad pública o el buen desarrollo de las investigaciones criminales[34]. Para evitar que esta disposición supusiera una autorización para ocultar una privación de libertad contraria a la Convención, se exigió que la persona privada de libertad esté "bajo la protección de la ley" y se añadió un segundo apartado en el artículo 20 en el cual se reconoce el derecho al *habeas corpus* a los familiares, a los abogados y personas con un interés legítimo, siendo este derecho a un recurso judicial rápido y efectivo de carácter inderogable según la Convención.

A pesar de todas estas disposiciones y mecanismos para prevenir las privaciones de libertad arbitrarias, la realidad muestra que los centros de detención secretos están a la orden del día, así como las detenciones en régimen de incomunicación. Las detenciones secretas, que constituyen a su vez desapariciones forzadas, no es un fenómeno nuevo si bien se ha visto incrementada su práctica después de los atentados en Nueva York el 11 de Septiembre de 2001 y en el marco de la lucha contra el terrorismo[35]. Según varios expertos de derechos humanos de las Naciones Unidas[36], las detenciones secretas no solamente son aquellas que tienen lugar en centros de detención secretos sino también aquellas privaciones de libertad que se llevan a cabo en una sección escondida o secreta de un centro de detención oficialmente reconocido o simplemente detenciones que tienen lugar en un centro oficialmente reconocido. Lo que realmente determina que una detención sea considerada "secreta" es el régimen de incomunicación de la privación de la libertad así como la negación

[33] En este sentido, el artículo 19.1 de la Convención Internacional de 2006 prevé que "Las informaciones personales, inclusive los datos médicos o genéticos, que se recaben y/o transmitan en el marco de la búsqueda de una persona desaparecida no pueden ser utilizadas o reveladas con fines distintos de dicha búsqueda. Ello es sin perjuicio de la utilización de esas informaciones en procedimientos penales relativos a un delito de desaparición forzada, o en ejercicio del derecho a obtener reparación".

[34] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire", *Droits fondamentaux*, núm. 6, enero-diciembre 2006, p. 71-72.

[35] Véase, entre otros, OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Globalizing torture. CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, Nueva York, 2013, disponible en: www.opensocietyfoundations.org (consultado por última vez el 20 de abril de 2015); HUMAN RIGHTS WATCH AND OTHERS, *Off the Record: U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the "War on Terror"*, 2007, at 3-5, disponible en: http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/usa/ct0607/ct0607web.pdf (consultado por última vez el 20 de abril de 2015); PACE, *Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report*, Rapporteur: Mr. Dick Marty, Doc. 11302 rev., 7 de junio de 2006.

[36] *Joint Study On Global Practices In Relation To Secret Detention In The Context of Countering Terrorism of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Martin Scheinin; The Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak; The Working Group on Arbitrary Detention represented by its Vice-Chair, Shaheen Sardar Ali; and The Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances represented by its Chair, Jeremy Sarkin*, ONU Doc. A/HRC/13/42, de 19 de febrero de 2010.

por parte de las autoridades estatales de informar sobre el centro de detención o el paradero de la persona privada de libertad[37]. Cualquier lugar puede servir como centro de detención: una prisión, una comisaría, un edificio gubernamental, una base o un campamento militar, o incluso un hotel, un coche, un barco o un avión[38].

En situación de conflicto armado internacional o interno, la labor de organizaciones humanitarias como el CICR, contribuyen a prevenir las desapariciones forzadas a través de las visitas a todos los centros de detención de las Partes en conflicto. En este sentido, los expertos de las Naciones Unidas han considerado que una detención se considera en régimen de incomunicación -y por tanto secreta- cuando, a pesar de que las autoridades estatales hayan autorizado la visita de los delegados del CICR al centro de detención, la organización no pueda registrar la visita de la persona detenida o bien no pueda comunicar a sus familiares el paradero de la persona[39]. En definitiva, la visita del CICR a la persona privada de libertad sin que pueda darse a conocer su paradero a sus allegados no deja de ser secreta[40].

Frecuentemente, la práctica de detenciones secretas se lleva a cabo en un contexto de estado de emergencia, conflicto armado o de lucha contra el terrorismo, en el cual el Estado adopta una serie de medidas que confiere amplios poderes a las fuerzas armadas, a las autoridades así como a otras instituciones como las agencias de inteligencia. No obstante, cabe destacar que la práctica llevada a cabo en los últimos años por la CIA conocida como "extraordinary rendition" o "proxy rendition" en el marco de la "lucha" contra el terrorismo, en la cual se ha trasladado a personas de un país a otro en centros de detención secretos en régimen de incomunicación y, por lo tanto, sometidas a tratos inhumanos o degradantes, no se podría haber realizado sin la cooperación internacional. En un informe publicado por Open Society Justice Initiative en el 2013[41], se documenta que al menos 54 países, de entre los

[37] *Ibid.*, párr. 9.
[38] Veáse, por ejemplo, el caso de *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 18-19, ECHR 2012, cuyo demandante estuvo detenido en secreto durante 23 días en una habitación de un hotel de la antigua República Yugoslava de Macedonia antes de ser trasladado a Afganistán.
[39] *Joint Study…*, *cit.*, nota 36 *supra*, párr. 11.
[40] Cabe recordar que la visita del CICR solamente puede ser restringida excepcionalmente y temporalmente a causa de "imperiosas necesidades militares", según artículo 126.2 del III Convenio de Ginebra de 1949 y artículo 143.2 del IV Convenio de Ginebra de 1949. A menudo, el CICR "descubre" centros de detención secretos a través de las entrevistas sin testigos que realiza a los prisioneros de guerra en el marco de un conflicto armado, lo cual le permite luego exigir a las autoridades estatales la visita a estos centros evitando o previniendo así futuras desapariciones o ejecuciones extrajudiciales de personas detenidas en secreto.
[41] OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Globalizing torture…, op.cit.,* nota 35 *supra,* pp. 61 y ss.

cuales se encuentra España, habrían participado en este tipo de práctica sin que se hayan procesado a los presuntos responsables de estas detenciones arbitrarias que a su vez constituyen desapariciones forzadas. Esto demuestra que las detenciones secretas siguen siendo utilizadas en la actualidad sobretodo en el marco de la lucha contra el terrorismo, lo cual vulnera el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y, al ser también una desaparición forzada, en caso de práctica generalizada o sistemática, puede constituir un crimen de lesa humanidad.

2.3. Jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas en relación a la vulneración del derecho a la libertad y seguridad personales

Para establecer una violación del derecho a la libertad y seguridad personales en casos de desapariciones forzadas, el CDH se basa en una serie de factores que podrían resumirse en los siguientes: a) que la víctima haya sido detenida por agentes del Estado sin una orden judicial previa; b) que la persona desaparecida haya sido mantenida en régimen de incomunicación sin acceso a un abogado de oficio y sin ser informada de los cargos que se le imputan; c) que la víctima nunca haya sido llevada frente a una autoridad judicial para determinar la legalidad de su detención; y d) que el Estado no haya dado suficientes explicaciones sobre ninguna de estas cuestiones durante la tramitación de la comunicación individual ante el Comité[42].

Respecto al trato con humanidad de las personas privadas de libertad, el CDH considera que es un principio universal y fundamental que se complementa con la prohibición de la tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[43] de modo que, en su jurisprudencia sobre casos de desapariciones forzadas, el CDH ha considerado al Estado

[42] CDH, véase, entre otros, Comunicación núm. 1905/2009, *Ouaghlissi v. Algeria*, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2012, párr. 7.7; Comunicación núm. 1781/2008, *Djebrouni v. Algeria*, dictamen aprobado el 31 de octubre de 2011, párr. 8.7; *Bashasha v. Libia*, *cit.*, nota 16 *supra*, párr. 7.6; Comunicación núm. 1640/2007, *El Abani v. Libia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2010, párr. 7.6; Comunicación núm. 1439/2005, *Aber v. Algeria*, dictamen aprobado el 13 de julio de 2007, párr. 7.5; Comunicación núm. 1751/2008, *Aboussedra v. Libia*, dictamen aprobado el 25 de octubre de 2010, párr. 7.6; Comunicación núm. 1780/2008, *Aouabdia v. Algeria*, dictamen aprobado el 22 de marzo de 2011, párr. 7.7; Comunicación núm. 1422/2005, *El Hassy v. Libia*, dictamen aprobado el 24 de octubre de 2007, párr. 6.5.

[43] CDH, *General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Article 10)*, de 10 de abril de 1992.

responsable también de la violación del deber de tratar a las personas privadas de libertad con humanidad:

> "En cuanto a la queja del autor al amparo del artículo 10, párrafo 1, según la cual su hermano estuvo encarcelado en régimen de incomunicación durante casi 20 años y fue torturado, el Comité reitera que las personas privadas de libertad no pueden ser sometidas a penurias o restricciones que no sean las que resultan de la privación de la libertad, y que deben ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad. A falta de informaciones del Estado parte sobre el trato dado al hermano del autor en la prisión de Abou Salim, así como en la sede de la seguridad interna de Trípoli, donde estuvo detenido, el Comité llega a la conclusión de que se ha violado el artículo 10, párrafo 1, del Pacto"[44].

Las desapariciones forzadas implican necesariamente una detención en régimen de incomunicación puesto que la persona desaparecida no puede ponerse en contacto con sus familiares ni tampoco puede hacer valer sus derechos frente a las autoridades estatales y/o judiciales. En este sentido, el CDH ha considerado que la detención *incommunicado* viola por sí misma el derecho a la libertad y seguridad personales[45] además de vulnerar el derecho a la integridad personal, cuestión que se analizará en el siguiente apartado. Igualmente, el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria considera que "in this regard secret and/or incommunicado detention constitutes the most heinous violation of the norm protecting the right to liberty of human being under customary international law"[46], siendo la arbitrariedad inherente en este tipo de privaciones de libertad al quedar la persona fuera de la protección de la ley[47].

El caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras* llevó a la Corte IDH a considerar la violación del derecho a la libertad personal en los siguientes términos: "[…] el secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto"[48]. En muchas ocasiones, el Estado responsable de la desaparición forzada procede a la detención sin ninguna causa legal, sin que se hubiera

[44] CDH, *Aboussedra v. Libia*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 7.7; en términos parecidos, ver también *Aouabdia v. Algeria*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 7.8.
[45] CDH, Comunicación núm. 1327/2004, *Grioua v. Algeria*, dictamen aprobado el 10 de julio de 2007, párr. 7.5; *Aber v. Algeria*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 7.6.; Comunicación núm. 1297/2004, *Medjnoune v. Algeria*, dictamen aprobado el 14 de julio de 2006, párr. 8.7.
[46] GTDA, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, UN Doc. A/HRC/22/44, de 24 de diciembre de 2013, párr. 60.
[47] *Ibid.*
[48] CORTE IDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, *cit.*, nota 3 *supra*, párr.155; *Godínez Cruz c. Honduras*, *cit*, nota 3 *supra*, párr. 163.

producido *in fraganti* la comisión de un delito, o se estuviera en una situación de emergencia, sin llevar a la persona detenida a disposición del juez competente y sin registrar a la persona en el centro de detención pertinente, vulnerando así el derecho a la libertad y seguridad personal[49].

La Corte IDH recuerda en su jurisprudencia que la privación de la libertad es el "inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y paradero de la víctima"[50], de modo que no se tienen que analizar los actos de desaparición forzada "de forma aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención, o la posible tortura, o el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte"[51]. Además, la Corte IDH destaca que toda detención "tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física"[52]. En este sentido, la Corte resalta la posición de garante del Estado en relación a las personas privadas de libertad y las medidas que debe tomar para evitar los casos de desapariciones forzadas:

> "La Corte recuerda que el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de los detenidos, por lo cual la privación de libertad en centros legalmente reconocidos y la existencia de registros de detenidos, constituyen salvaguardas fundamentales, *inter alia*, contra la desaparición forzada. A *contrario sensu* la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y personalidad jurídica"[53].

A pesar de ello, la Corte IDH, en el caso *La Cantuta v. Perú*, consideró irrelevante si se dieron los motivos de detención o si el acto fue "irrazonable, imprevisible o carente de

[49] Véase CORTE IDH, *Castillo Páez c. Perú*, Fondo, Sentencia de 3 d noviembre de 1997, párr. 56.
[50] CORTE IDH, véase, entre otros, *González Medina y familiares c. República Dominicana,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 175; *Heliodoro Portugal c. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 112.
[51] CORTE IDH, *González Medina y familiares c. República Dominicana, cit.*, nota 50 *supra*, párr. 175.
[52] Véase, entre otros, CORTE IDH, *Torres Millacura y otros c. Argentina*, *cit.*, nota 31 *supra*, párr. 76; *González Medina y familiares c. República Dominicana, cit.*, nota 50 *supra*, párr. 178.
[53] CORTE IDH, *García y familiares c. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párr. 102.

proporcionalidad"[54], puesto que para el Tribunal quedó probado que las detenciones se habían llevado a cabo mediante abuso de poder, no fueron ordenadas por ninguna autoridad competente y su fin no era poner a las personas a disposición del juez para que determinara la legalidad de la detención sino que era ejecutarlas o hacerlas desaparecer, por lo tanto su detención fue "manifiestamente ilegal y arbitraria"[55], contraria al artículo 7 de la CADH.

En consecuencia, la negativa a reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona transforma la privación de libertad en una desaparición forzada, en la cual los agentes estatales actúan totalmente al margen del ordenamiento jurídico, abusando de las estructuras e instituciones del Estado para cometer este crimen[56]. Por ello, la Corte considera que la privación de libertad que da origen a una desaparición forzada, cualquiera que sea su forma[57], tiene un carácter "manifiestamente contrario a la concepción misma del Estado de Derecho en una sociedad democrática, violatoria del derecho a la libertad personal"[58], incluso en los casos en los que la detención en su inicio fuera legal[59].

Para el TEDH, el hecho de que las autoridades "no hayan podido facilitar la fecha y la hora del arresto, el lugar de detención, el nombre del detenido, los motivos de la detención y la identidad de la persona, la fecha y lugar de detención, así como los motivos de la detención de una persona"[60] es incompatible con el derecho a la libertad personal. Según el Tribunal, la desaparición forzada es una completa negación del derecho a la libertad y seguridad personales y, por lo tanto, corresponde a las autoridades revelar la suerte o paradero de la persona desaparecida de manera rápida y efectiva y tomar las medidas necesarias para prevenir la desaparición forzada de personas:

[54] CORTE IDH, *La Cantuta c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 109.
[55] *Ibid.*
[56] CORTE IDH, *Anzualdo Castro c. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 78-79.
[57] En este sentido, la Corte ha señalado que "la privación de libertad con la cual inicia una desaparición forzada, cualquiera que fuere su forma, es contraria al artículo 7 de la Convención Americana", véase, entre otros, CORTE IDH, *Masacres del Rio Negro c. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 116.
[58] CORTE IDH, *Anzualdo Castro c. Perú*, *cit.*, nota 56 *supra*, párr. 81.
[59] CORTE IDH, *Osorio Rivera y familiares c. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 167.
[60] *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], *cit.*, nota 38 *supra*, § 236; *Kurt v. Turkey*, 25 May 1998, § 124-125, *Reports* 1998-III.

> "The Court stresses in this respect that the unacknowledged detention of an individual is a complete negation of these guarantees and a most grave violation of Article 5. Having assumed control over that individual, it is incumbent on the authorities to account for his or her whereabouts. For this reason, Article 5 must be seen as requiring the authorities to take effective measures to safeguard against the risk of disappearance and to conduct a prompt effective investigation into an arguable claim that a person has been taken into custody and has not been seen since"[61].

Además, el TEDH también ha considerado al Estado responsable de la violación del artículo 5 de la CEDH cuando ha tenido las personas bajo su custodia sin estar debidamente registradas en los centros de detención, lo cual permite a los autores de la desaparición forzada cubrir su participación en el delito y quedar impunes del mismo:

> "The Court has found that Vakhit Avkhadov was abducted by State servicemen on 24 April 2001 and has not been seen since. His detention was not acknowledged, was not logged in any custody records and no official trace of his subsequent whereabouts or fate exists. In accordance with the Court's practice, this fact in itself must be considered a most serious failing, because it enables those responsible for an act of deprivation of liberty to conceal their involvement in a crime, to cover their tracks and to escape accountability for the fate of a detainee.(...)"[62].

En consecuencia, para el TEDH una privación de libertad no reconocida es una completa negación de las garantías de protección contra la detención arbitraria y una muy grave violación del derecho a la libertad personal según el TEDH[63].

En definitiva, las desapariciones forzadas implican siempre una privación de libertad, cualquiera que sea su forma, que violan el derecho a la libertad y seguridad personales y constituyen una forma grave de detención arbitraria. Las detenciones secretas son una forma de desaparición forzada que no se puede justificar bajo ninguna circunstancia, ni tan sólo para la "lucha" contra el terrorismo y los instrumentos de protección contra las desapariciones forzadas prevén diversos mecanismos de prevención como son la prohibición de la detención secreta o la obligación de los Estados de tener registros centralizados de las personas privadas de libertad. Cabe recordar que la detención es tan sólo el inicio de la desaparición forzada pero que este delito es complejo e implica una violación múltiple de derechos humanos

[61] *Çiçek v. Turkey*, no. 25704/94, § 164, 27 February 2001. Ver también, entre otros, *Timurtaş v. Turkey,* no. 23531/94, § 103-106 ECHR 2000-VI; *Luluyev and Others v. Russia*, no. 69480/01, § 122, ECHR 2006-XIII (extracts).

[62] *Avkhadova and others v. Russia*, no. 47215/07, § 129, ECHR 2013.

[63] Véase, entre otros, *Akhmadova and Sadulayeva v. Russia*, no. 40464/02, § 115, 10 May 2007; *Pitsayeva and Others v. Russia*, nos. 53036/08, 61785/08, 8594/09, 24708/09, 30327/09, 36965/09, 61258/09, 63608/09, 67322/09, 4334/10, 4345/10, 11873/10, 25515/10, 30592/10, 32797/10, 33944/10, 36141/10, 52446/10, 62244/10 and 66420/10, § 478, 9 January 2014.

fundamentales y, por lo tanto, es necesario realizar un análisis en conjunto y no de forma aislada de cada derecho para comprender mejor el alcance de este fenómeno.

3. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

La desaparición forzada implica para la persona privada de libertad el riesgo de ser sometida a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y, en último instante, perder la vida o ponerla gravemente en peligro. A su vez, para los familiares, la angustia de no saber el paradero de la persona desaparecida, a menudo durante años, y la negativa por parte de las autoridades a facilitar cualquier tipo de información al respecto aumentan su sufrimiento y ha sido considerado, por las instancias internacionales, como una violación también del derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En la actualidad, se reconoce claramente que las desapariciones forzadas constituyen una forma de tortura para los familiares de las personas desaparecidas[64]. La CIDH lo expresó en su informe sobre Argentina de 1980 en los siguientes términos:

> "Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la "desaparición" no sólo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también, un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad, y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material"[65].

Asimismo, la AGNU ha destacado la importancia de la Convención Internacional de 2006 como instrumento que contribuye "de manera significativa a la prevención y prohibición de la tortura, con medidas como la prohibición de los lugares de detención secretos y el respeto de las garantías jurídicas y procesales de las personas privadas de libertad"[66] y, por ello, alienta a los estados a ratificar o adherirse al tratado.

A continuación se analizará en qué medida las desapariciones forzadas implican *per se* una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante no sólo respecto a la persona desaparecida sino también respecto a sus familiares. Para ello, primero se estudiará el alcance

[64] ANDREU-GUZMÁN, F., "Progress towards a United Nations Treaty against Enforced Disappearances", *ICJ Yearbook*, 2004, p. 327.
[65] CIDH, *Informe sobre Argentina*, *Capítulo III: El problema de los desaparecidos. A. Consideraciones generales*, OEA/Ser. L/V/II.49, doc. 19, de 11 abril 1980.
[66] AGNU, Resolución 68/156, de 18 de diciembre de 2013, *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

del derecho a la integridad personal en el derecho internacional, incluyendo los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal; después se examinará la jurisprudencia de los mecanismos de protección de derechos humanos tanto de alcance universal como regional en materia de desapariciones forzadas y finalmente se abordará la vulneración del derecho a la integridad personal de los familiares de las personas desaparecidas.

3.1. Alcance y contenido del derecho a la integridad personal en el derecho internacional

En el ámbito de los derechos humanos, el artículo 5 de la DUDH y el artículo 7 del PIDCP establecen que "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Por otra parte, el CEDH, en su artículo 3, también prohíbe la tortura en los mismos términos, no obstante no incluye la expresión "crueles". En el sistema interamericano, la CADH dispone en su artículo 5 que toda persona tiene el derecho a la integridad física, psíquica y moral y, además de establecer que "nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes", vincula esta prohibición al hecho de que toda persona privada de libertad deberá ser tratada "con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Por otro lado, la CADHP establece en su artículo 4 el derecho a la vida y a la integridad personal y, en su artículo 5, reconoce que "Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos". Destacar también que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 obliga a los Estados Partes a velar para que "ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes"[67].

Estas convenciones internacionales de derechos humanos se ven complementadas especialmente por la adopción de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1975[68] y la

[67] Aprobada por la AGNU en la resolución 44/25, de 20 de novembre de 1989, véase articulo 37.a).
[68] Aprobada por la AGNU en la resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

Convención contra la tortura de 1984[69], además de por la creación de diferentes instrumentos y mecanismos internacionales y regionales para prevenir los malos tratos. En este sentido, en el 2002 la AGNU adoptó el Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura[70], a través de la cual se establece el Subcomité de Prevención de la Tortura y promueve la creación de mecanismos nacionales de prevención contra la tortura. En el ámbito regional, destaca el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de 1987[71], que establece el Comité para la Prevención contra la Tortura y, por otra parte, la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985[72], que aunque no establece un órgano específico de seguimiento, su cumplimiento es supervisado por la CIDH y la Corte IDH.

Finalmente, resaltar que en el continente africano, la Comisión Africana de Derechos Humanos adoptó en el 2002 las Medidas y Directrices para la Prohibición y Prevención de la Tortura y Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en África, conocidas como Directrices Robben Island[73], a partir de las cuales se estableció en 2004 el Comité para la Prevención de la Tortura en África (CPTA en inglés) como órgano de seguimiento. Estos mecanismos de prevención de la tortura se caracterizan principalmente por efectuar visitas a centros de detención de los Estados parte. Este tipo de medidas se asemeja a las actuaciones del CICR en situaciones de conflicto armado, en las que realiza visitas a los prisioneros de guerra y demás personas privadas de libertad como forma de prevenir y evitar que sean objeto de torturas o malos tratos, así como también de desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

En el derecho internacional humanitario, los actos de tortura, los tratos crueles e inhumanos y los atentados contra la dignidad personal están prohibidos por el derecho internacional consuetudinario, y esta norma es aplicable tanto a los conflictos armados

[69] Adoptada por la AGNU en la resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, en vigor desde 26 de junio de 1987.
[70] Adoptado por la AGNU en la resolución 57/199, de 18 de diciembre de 2002, entró en vigor el 22 de junio de 2006.
[71] CONSEJO DE EUROPA, ETS núm. 126, adoptado el 26 de noviembre de 1987 y en vigor desde el 1 de febrero de 1989.
[72] OEA, Serie sobre Tratados, OEA núm. 67, adoptada el 9 de diciembre de 1985, entró en vigor el 28 de febrero de 1987.
[73] COMISIÓN AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Resolution on Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa*, ACHPR/Res.61(XXXII)02, de 23 de octubre de 2002.

internacionales como a los internos[74]. Además, en base al principio de trato con humanidad, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe en cualquier tiempo y lugar "los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente (…) las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios" hacia la población civil y las personas que no participan directamente en las hostilidades, así como "los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes". En todo caso, la tortura, los tratos inhumanos o "el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud" dirigidos contra las personas protegidas por los Convenios de Ginebra de 1949 constituyen infracciones graves del derecho internacional humanitario[75] y crímenes de guerra en base al Estatuto del TPIY y del Estatuto de Roma[76].

Los Convenios de Ginebra de 1949 también prevén una protección específica contra la tortura respecto a los enfermos y heridos[77] y prohíbe infligir cualquier acto de tortura física o psíquica a los prisioneros de guerra durante los interrogatorios de la parte detenedora[78]. Igualmente, los Protocolos Adicionales, establecen una serie de garantías fundamentales, de entre las cuales la prohibición de cualquier tipo de tortura, ya sea cometida por agentes civiles o militares, así como de cualquier atentado contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes o degradantes[79]. Además, los Convenios de Ginebra de 1949 prohíben de forma expresa los castigos corporales que incluyan cualquier tipo de tortura o crueldad respecto a los prisioneros de guerra y cualquier otra persona protegida por las normas de derecho humanitario, ya sean cometidos por agentes militares o civiles[80].

Por otra parte, la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y los atentados contra la dignidad personal, en especial tratos humillantes y degradantes, constituyen crímenes de guerra en casos de conflicto armado no internacional según el Estatuto de la CPI y los estatutos del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

[74] HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario,* Vol. I: Normas, CICR, Ginebra, 2007, pp.359-365.
[75] Véase artículo 50 I Convenio de Ginebra de 1949; artículo 51 II Convenio de Ginebra de 1949; artículo 130 III Convenio de Ginebra de 1949 y artículo 147 IV Convenio de Ginebra de 1949.
[76] Véase artículo 2.b) y c) del Estatuto del TPIY y artículo 8.2.a)ii), ECPI.
[77] Véase artículo 12 I Convenio de Ginebra de 1949.
[78] Véase artículo 17 III Convenio de Ginebra de 1949.
[79] Véase artículo 75.2.a) ii) y Artículo 75.2.b) Protocolo Adicional I de 1977; artículo 4.2.a) y e) Protocolo Adicional II de 1977.
[80] Véase artículo 87, III Convenio de Ginebra de 1949 y artículo 32, IV Convenio de Ginebra de 1949.

(TPIR) y del Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)[81]. Asimismo, la tortura, cuando se practica como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, constituye un crimen de lesa humanidad de acuerdo con los Estatutos del TPIY, el TPIR, el TESL y de la CPI[82].

En cuanto a los instrumentos jurídicos internacionales sobre las desapariciones forzadas, la Declaración de 1992 es el único texto que específicamente establece en su artículo 1.2 que todo acto de desaparición forzada "Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, (…) el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Si bien en el proyecto de declaración aprobado por la Subcomisión de Derechos Humanos no constaban los términos "otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes"[83], éstos fueron añadidos por el grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, aunque en los *travaux préparatoires* no consta el motivo de ese cambio[84]. Además, en el artículo 11 relativo a las personas privadas de libertad, la Declaración establece que deberán estar "en condiciones tales que estén aseguradas su integridad física y su facultad de ejercer plenamente sus derechos". Por otro lado, la Convención Interamericana de 1994 no hace ninguna referencia explícita al derecho a la integridad personal aunque las medidas que establece en su artículo XI en relación a las personas privadas de libertad pueden considerarse también adecuadas para la prevención de la tortura u otros malos tratos[85].

Finalmente, la Convención Internacional de 2006 establece en el artículo 21 que "Los Estados Partes adoptarán asimismo las medidas necesarias para garantizar la integridad física y el pleno ejercicio de sus derechos a las personas en el momento en que sean liberadas" y en relación a la información que debe contener el registro de las personas privadas de libertad, el artículo 17.3 incluye la "información disponible sobre elementos relativos a la integridad física". Caber recordar que la Convención Internacional de 2006 fue redactada en base al texto de la Convención contra la tortura y que incluso se llegó a proponer que fuera un

[81] Véase artículo 8.2.c) i) y ii) del ECPI, artículo 4.a) y e) del Estatuto del TPIR y el artículo 3.a) y e) del Estatuto del TESL.
[82] Véase artículo 5.f) Estatuto del TPIY; artículo 3.f) Estatuto del TPIR; artículo 2.f) Estatuto del TESL y artículo 7.1)f) del ECPI.
[83] *Cuestión de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier tipo de detención o prisión,* ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1990/32, de 29 de agosto de 1990.
[84] RODLEY, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*…, *op.cit.*, nota 13 *supra*, p. 258.
[85] Véase sección 2 de este capítulo *supra.*

protocolo facultativo de ésta, estableciendo al Comité contra la tortura como órgano de vigilancia, lo cual es indicativo de la estrecha relación entre las desapariciones forzadas y los actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No obstante, las desapariciones forzadas, además del derecho a la integridad personal, vulneran otros derechos humanos no contemplados en la Convención contra la tortura, de modo que esta opción se descartó[86].

La finalidad de la prohibición de la tortura es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona y, en este sentido, el Estado tiene el deber de prevenir que se cometan tales actos no sólo por personas "que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado"[87]. Además, el derecho a la integridad personal es de carácter inderogable y por lo tanto, no puede ser suspendido bajo ninguna circunstancia tal y como establece el artículo 4. 2 del PIDCP[88]. En este sentido, la prohibición de la tortura es absoluta e imperativa[89], de modo que los Estados no podrán invocar "circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura", tal y como establece el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura. En cambio, la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes forma parte del derecho internacional consuetudinario[90] sin llegar a ser una prohibición de carácter *ius cogens.*

En relación al alcance y contenido del derecho a la integridad personal, la Convención contra la Tortura define "tortura" como todo acto por el cual *funcionarios públicos* infligen *intencionadamente* a una persona *dolor o sufrimiento graves*, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener un determinado *propósito*¸ bien sea una información o una confesión, de

[86] Véase Capítulo I, *supra.*
[87] CDH, O*bservación general núm. 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)*, ONU doc. A/47/40 (SUPP), de 30 de septiembre de 1992, párr. 2.
[88] PIDCP, artículo 4.1. "En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto (…)."; artículo 4.2 "La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7[derecho a la integridad personal], 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18".
[89] CCT, *Observación general núm. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes¸* ONU Doc. CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008, párr. 5 y 6. La prohibición de la tortura como norma de *ius cogens* fue reconocida por el primer Relator Especial sobre tortura en su primer informe (*Report of the Special Rapporteur on Torture*, UN Doc. E/CN.4/1986/15, párr. 3). Nótese que, por aquel entonces, la Convención contra la Tortura aún no había entrado en vigor.
[90] AGNU, Resolución 68/156, *cit*., nota 66 *supra*, 3er párrafo del Preámbulo.

castigarla por un acto que haya cometido o de intimidar o coaccionar a esa persona por cuestiones de discriminación. Cuando los actos u omisiones no alcanzan alguno de estos elementos, bien por la intensidad o la intención, pueden constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes[91].

No obstante, en el DIH no se exige que la tortura haya sido cometida por agentes del Estado a diferencia de los tratados de derechos humanos y así lo expresa el TPIY en el asunto *Kunarac* "the Trial Chamber is of the view that the presence of a state oficial or of any other authority-wielding person in the torture process is not necessary for the offence to be regarded as torture under international humanitarian law"[92]. Por otra parte, el ER tampoco requiere que el delito sea cometido por agentes del Estado al entender por tortura "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas"[93].

Esta distinción de la noción de tortura sobre todo obedece a que los instrumentos de protección de derechos humanos van dirigidos a los Estados y las denuncias ante los órganos de vigilancia son contra Estados por incumplimiento de sus obligaciones en virtud de los tratados, mientras que, en el caso del derecho internacional penal, las normas van dirigidas a individuos y éstos pueden ser penalmente responsables, independientemente de su condición o no de funcionario público. Además, en este último supuesto, los tribunales penales internacionales deben analizar si la tortura se ha dado en un contexto de un conflicto armado para considerarlo crimen de guerra, o bien como parte de un ataque generalizado contra la población civil para que pueda constituir un crimen de lesa humanidad, con lo cual es más importante el contexto del crimen que no la condición del autor del mismo. En todo caso, según el TPIY, la definición de tortura aceptada en el DI consuetudinario consiste en infligir, por acción u omisión, dolor o sufrimiento graves, de carácter físico o mental, con intencionalidad y con el propósito de obtener información o una confesión, o castigar,

[91] NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights…*, *op. cit.*, nota 12 *supra*, pp. 129-130.
[92] TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001, párr. 496.
[93] Véase articulo 7.2.e) del ECPI.

intimidar o coaccionar a la víctima o una tercera persona o por cualquier otra razón en base a cualquier forma de discriminación[94].

Los actos de tortura se diferencian de otros actos crueles, inhumanos o degradantes en base a la gravedad o intensidad de tales actos[95], y así lo establece la Declaración contra la Tortura en su artículo 1.2 cuando reconoce que "La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante"[96], siendo la tortura la forma más grave, seguida del trato o pena cruel e inhumano, considerando el trato o pena degradante la forma menos "grave"[97]. Asimismo, el TEDH, en el caso *Irlanda c. Reino Unido*, estableció que "it appears on the other hand that it was the intention that the Convention, with its distinction between "torture" and "inhuman or degrading treatment", should by the first of these terms attach a special stigma to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering"[98]. En base a los Elementos de los crímenes del ER, el trato cruel o inhumano se distingue de la tortura porque no exige "que el autor haya causado los dolores o sufrimientos con una finalidad (…)"[99]. Además el ECPI incluye el crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal cuando "el autor haya sometido a una o más personas a tratos humillantes o degradantes o haya atentado de cualquier forma contra su dignidad"[100]. Al mismo tiempo, en los Elementos de los crímenes del ER se exige que estos tratos se consideren de forma generalizada un ultraje a la dignidad personal. En este sentido, la Declaración de 1992 establece en su artículo 1 que "Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana", por lo tanto, se podría considerar que toda desaparición forzada implica *per se* un trato humillante o degradante.

[94] TPIY, *Prosecutor v. Kunarac et al., cit.* nota 92 *supra,* párr. 497.
[95] DINSTEIN, Y., "The Right to Life, Physical Integrity, and Liberty", en HENKIN, L. (ed.) *The International Bill of Human Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981, p. 123.
[96] Véase, también, el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura: "Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan *tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1 (...)" (énfasis añadido).
[97] NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights…, op. cit.*, nota 12 *supra*, p. 129.
[98] *Ireland v. the United Kingdom*, 18 January 1978, § 167, Series A no. 25.
[99] ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Elementos de los crímenes*, Doc. ICC-ASP/1/3 (parte II-B), 9 de septiembre de 2002, definición de "crimen de guerra de tratos inhumanos" (artículo 8.2.a) ii) del ERCPI) y definición de "crimen de guerra de tratos crueles" (artículo 8.2.c)i) del ERCPI).
[100] *Ibid.,* definición de "crimen de guerra de atentados contra la dignidad personal" (artículo 8.2.c) ii) del ERCPI). Crimen también recogido en el artículo 3.e) del Estatuto del TESL y el artículo 4.e) del Estatuto del TPIR.

No obstante, establecer criterios para determinar cuándo un acto constituye tortura es muy complejo y, como dice Sir Nigel Rodely, "how severe or aggravated inhuman treatment has to be for it to amount to torture is virtually impossible"[101]. En todo caso, tal distinción puede ser relevante a efectos de establecer una reparación o en relación a la reputación del Estado en contra del cual se pronuncia el órgano supervisor[102], pero no tiene relevancia distinguir entre una u otra conducta para determinar la violación del derecho a la integridad personal.

En este sentido, el GTDFI en su tercer informe reconoció que las desapariciones forzadas constituyen en sí mismas actos de tortura u tratos inhumanos o degradantes al afirmar que "the very fact of being detained as a disappeared person, isolated from one's family for a long period is certainly a violation of the right to human conditions of detention and has been presented to the Group as *torture*"[103]. Asimismo, el primer Relator Especial contra la tortura en su primer informe manifestó que un número elevado de alegaciones de tortura recibidas habían sido realizadas junto a alegaciones de desapariciones y de ejecuciones extrajudiciales, señalando que las víctimas eran torturadas durante los interrogatorios en detención incomunicada, a menudo en centros de detención secretos[104]. El hecho de que este tipo de prácticas estén envueltas por el secretismo por parte de las autoridades explicaría, según el Relator, los pocos casos de tortura objeto de atención pública. En todo caso, parece que la tendencia de la jurisprudencia internacional de derechos humanos es a considerar que los actos de desapariciones forzadas no constituyen *per se* actos de tortura[105], sino que constituyen una violación a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas, crueles, inhumanos o degradantes de forma genérica[106]. En este sentido, el Comité contra la Tortura

[101] RODLEY, N. *The treatment of Prisoners under International Law*, *op.cit*, nota 13 *supra*¸ p. 98.
[102] MEDINA QUIROGA, C., *La Convención americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Ed. Mundo Gráfico, Costa Rica, 2005, p.153.
[103] GTDFI, *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances,* ONU Doc. E/CN.4/1983/14, párr. 131 (énfasis añadido).
[104] ONU Doc. E/CN.4/1986/15, *cit.*, nota 89 *supra,* párr. 123.
[105] ADERSON, K., "How effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances likely to be in holding individuals criminally responislbe for acts of enforced disappearances?", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7, 2006, núm. 2, p. 264.
[106] Véase CDH, O*bservación general núm. 20., cit.,* nota 87 *supra*, en donde el Comité no "considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato; las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado".párr. 4.

considera que las desapariciones forzadas violan *per se* la Convención contra la Tortura[107], pero no especifica si constituyen actos de tortura o bien tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

3.2. Jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas en relación a la vulneración del derecho a la integridad personal

En el ámbito universal, el CDH ha considerado desde un principio que las desapariciones forzadas implican una violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 7 del PIDCP[108], llegando incluso a determinar que la víctima había sido efectivamente sometida a actos de tortura en base a testimonios que habían declarado haberla visto siendo torturada y teniendo en cuenta además que el Estado no había desmentido tal alegación:

> "12.3 The Human Rights Committee, accordingly, finds that, on 28 June 1976, Elena Quinteros was arrested on the grounds of the Embassy of Venezuela at Montevideo by at least one member of the Uruguayan police force and that in August 1976 she was held in a military detention centre in Uruguay where she was subjected to *torture*" [109].

En el caso de *El Abani v. Algeria*, el Comité consideró probado que la víctima fue torturada durante los 3 primeros meses de su detención en régimen de incomunicación, además de tener en cuenta que estuvo "desaparecido" casi 18 años e incomunicado con el mundo exterior:

> "(…) El Comité concluye, sobre la base de los elementos de que dispone, que exponer al padre del autor a actos de tortura, mantenerlo recluido durante casi 18 años e impedirle comunicarse con su familia y con el mundo exterior constituyen una violación de los derechos del Sr. El Abani reconocidos por el artículo 7 del Pacto"[110].

Asimismo, en el caso *Celis Laureano c. Perú*, el Comité calificó el régimen de incomunicación característico de las desapariciones forzadas como un trato cruel e inhumano:

---

[107] CCT, *Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Examen del informe Periódico presentado por Estados Unidos de América*, ONU Doc. CAT/C/USA/CO/2, de 25 de julio de 2006, párr. 18.
[108] Véase CDH, Comunicación núm. 30/1978, *Bleier c. Uruguay*, dictamen aprobado el 29 de marzo de 1982, párr. 14.
[109] Véase CDH, Comunicación núm. 107/1981, *Almeida de Quinteros c. Uruguay*, dictamen aprobado el 21 de julio de 1983, párr. 12.3 (énfasis añadido).
[110] CDH, *El Abani v. Libia*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 7.4. Véase también un caso parecido *Aboussedra v. Libia*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 7.4.

> "En tales circunstancias, el Comité concluye que el secuestro y la desaparición de la víctima, y la prevención del contacto con su familia y con el mundo exterior constituyen un trato cruel e inhumano, en violación del artículo 7 del Pacto considerado en conjunto con el párrafo 1 del artículo 2"[111].

A partir del caso *Mojica c. República Dominicana*, el Comité concluyó que las desapariciones forzadas van *inseparablemente unidas* a tratos que pueden constituir una violación del derecho a la integridad personal[112], sin especificar si se trata de torturas o de tratos crueles o inhumanos. De modo que, para constatar la violación del artículo 7 del Pacto en casos de desapariciones forzadas, el CDH tiene en cuenta principalmente como elementos el sufrimiento de la víctima como consecuencia de la privación de libertad por tiempo indeterminado, el nulo contacto con el mundo exterior junto con la falta de explicación suficiente por parte del Estado responsable, que es quien puede aportar las pruebas de si efectivamente la persona está en manos o no de las autoridades y si ha podido estar sometida a algún tipo de trato susceptible de vulnerar el derecho a la integridad personal[113].

Cabe destacar que el TPIY, en el *caso Kupresik*[114], ha considerado la desaparición forzada, así como el traslado forzoso de grupos de civiles y la prostitución forzada, como un acto constitutivo de "otros tratos inhumanos", que en caso de llevarse a cabo de forma generalizada y sistemática, alcanzaría la calidad de crimen de lesa humanidad, a pesar de no estar contemplado explícitamente en el Estatuto del Tribunal. Asimismo, el TDHBH, consideró en el *caso Palic c. República de Sprska*[115], que la detención en régimen de incomunicación junto con el sufrimiento y miedo del Coronel Palic, sometido a desaparición forzada, constituían un trato inhumano y degradante.

Por otra parte, la Corte IDH también considera que el aislamiento y la incomunicación de la persona desaparecida, la cual no tiene ningún contacto con el exterior ni con sus familiares, constituye, *per se*, un trato cruel e inhumano que vulnera, además, la dignidad

---

[111] CDH, Comunicación núm. 540/1993, *Celis Laureano v. Perú*, dictamen aprobado el 16 de abril de 1996, párr. 8.5

[112] CDH, Comunicación núm. 449/1991, *Mojica v. República Dominicana*, dictamen aprobado el 10 de agosto de 1994, párr. 5.7 (énfasis añadido).

[113] Véase, entre otros, CDH, *Bashasha v. Libia*, *cit.*, nota 16 *supra*, párr.7.4; *Aber v.Algeria, cit.*, nota 45 *supra*, párr. 7.3; Comunicación núm. 950/2000, *Sarma v. Sri Lanka*, dictamen aprobado el 16 de julio de 2003, párr. 9.5.

[114] TPIY, *Prosecutor v. Kupreskic et al*, Case nº IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 566.

[115] TDHBH, *Palic v. Republika Srpska*, Case nº CH/99/3196, de 11 de enero de 2001, párr. 74.

humana, y así lo estableció ya en su primer caso sobre desapariciones forzadas *Velásquez Rodríguez c. Honduras*:

> "(…) el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (…)"[116].

Igualmente, la Corte IDH consideró en este mismo caso que aun cuando no se demuestre que la víctima fue sometida a actos de tortura "la mera circunstancia de que su secuestro y cautiverio hayan quedado a cargo de autoridades que probablemente sometían a los detenidos a vejámenes, crueldades y torturas" conlleva la violación del artículo 5.1 y 5.2 de la CADH en conjunción con el artículo 1.1 (obligación de respetar y garantizar los derechos por parte de los Estados). De este modo, la Corte IDH interpreta el artículo 5 de la CADH de forma extensiva al incluir el peligro de ser maltratado por sí solo como una violación del mismo[117]. En consecuencia, la tortura psicológica y, por tanto, el peligro de poder ser sometido a actos de tortura en casos de desapariciones forzadas, junto con la infracción del deber del Estado de prevenir tales conductas, constituyen una violación del derecho a la integridad personal y así lo ha manifestado la Corte IDH reiteradamente en su jurisprudencia:

> "(…) el Tribunal ha establecido que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales, agentes estatales o particulares que actúen con su aquiescencia o tolerancia, que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad personal y a la vida, aún en el supuesto de que no puedan demostrarse los hechos de torturas o de privación de la vida de la persona en el caso concreto"[118].

Además, la Corte IDH también tiene en cuenta el contexto en que se ha producido la desaparición forzada, en concreto, si el Estado realiza o ha realizado una práctica de desapariciones en las cuales se ejerza la tortura o malos tratos. En este sentido, el Tribunal constató la violación del derecho a la integridad física en el caso *Godínez Cruz c. Honduras*:

> "(…) las investigaciones que se han verificado donde ha existido la práctica de desapariciones y los testimonios de las víctimas que han recuperado su libertad demuestran que ella incluye el trato despiadado a los detenidos, quienes se ven sometidos a todo tipo de vejámenes, torturas y demás

[116] CORTE IDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras, cit.*, nota 3 *supra*, párr. 187; *Godínez Cruz c. Honduras*, *cit.*, nota 3 *supra*, párr. 164; *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *cit.*, nota 3 *supra*, párr. 150.
[117] MEDINA QUIROGA, C., *La Convención americana…, op. cit,* nota 102 *supra*, pp. 162-163.
[118] Véase, entre otros, CORTE IDH, *Ticona Estrada y otros c. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 59; *Anzualdo Castro c. Perú*, *cit.,* nota 56 *supra*, párr. 85; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, cit.,* nota 1 *supra*, párr. 95.

> tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, en violación también al derecho de la integridad física"[119].

No obstante, la Corte IDH ha considerado en determinados supuestos la no violación del derecho a la integridad física "dado el corto tiempo transcurrido entre la captura de las personas a las que se refiere este caso y su presunta muerte"[120] y no poder probar que la víctima haya sido sometida a malos tratos o tortura. Aun así, la Corte IDH considera que "resulta evidente que en una desaparición forzada la víctima de ésta vea vulnerada su integridad personal en todas sus dimensiones"[121].

Respecto a esta cuestión, el TEDH se ha mostrado en cambio muy estricto a la hora de determinar malos tratos de las personas desaparecidas, y ha considerado que las desapariciones forzadas no violan *per se* el artículo 3 del CEDH, determinando casi siempre que no hay prueba suficiente para establecer la vulneración de dicho artículo del Convenio. Por ejemplo, en el caso *Kurt c. Turquía*[122], el Tribunal concluyó que la demandante no había aportado suficientes pruebas que permitieran considerar que la víctima, a pesar de llevar más de cuatro años y medio desaparecida, había sido objeto de malos tratos ni tampoco demostrado que el Estado realizaba una práctica de desapariciones, oficialmente consentidas, en las cuales se ejercieran malos tratos contra los detenidos, de modo que consideró que no hubo violación del artículo 3[123]. En cambio, en el supuesto de *Çakici v Turquia*, el TEDH sí constató que la víctima de desaparición forzada había sido sometida a torturas en base a la declaración hecha por una persona que había compartido celda con la víctima y, por lo tanto, había sido testigo de los malos tratos:

> "(…) The Court notes that Mustafa Engin's evidence to the delegates was judged to be reliable and credible. (….) Ahmet Çakıcı told him that he had been beaten, that one of his ribs had been broken and his head split open. He was taken from the room in which they were held together and informed

[119] CORTE IDH, *Godínez Cruz c. Honduras*, *cit.,* nota 3 *supra*, párr. 164.
[120] CORTE IDH, *Caballero Delgado y Santana c. Colombia,* Fondo, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, párrs. 65-66. En este caso, se habla de "corta duración" porque parece ser que las víctimas fueron detenidas alrededor de las 19h y muertas antes de media noche del mismo día. No obstante, en el voto disidente, el Juez Máximo Pacheco Gómez estima que sí quedó probado a través de los testigos de que "no fueron [las víctimas desaparecidas] tratados con el respeto debido a su dignidad como personas humanas" y en consecuencia hubo violación del artículo 5 de la CADH.
[121] CORTE IDH, véase, entre otros, *Ticona Estrada y otros c. Bolivia*, *cit.,* nota 118 *supra*, párr. 58; *Chitay Nech y otros c. Guatemala¸* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 94.
[122] *Kurt v. Turkey*, *cit,* nota 60 *supra*, § 116.
[123] Véase, entre otros, *Taş v. Turkey*, no. 24396/94, § 76, 14 November 2000; *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, § 133, 27 July 2006.

> Mustafa Engin on his return that he had twice been given electric shocks, which treatment Mustafa Engin also stated that he received during interrogation.
>
> The Court shares the Commission's opinion that this evidence supports a finding to the required standard of proof, i.e. beyond reasonable doubt, that Ahmet Çakıcı was tortured during his detention. There has, consequently, been a violation of Article 3 of the Convention in respect of the applicant's brother, Ahmet Çakıcı"[124].

En los casos de desapariciones forzadas, el TEDH considera que el demandante debe probar "más allá de toda duda razonable" que la víctima fue sometida a actos de tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes, pero no tiene en cuenta que en las desapariciones forzadas, la mayor parte de veces la víctima no se encuentra viva para relatar lo sucedido, de modo que los familiares tienen que basarse en testigos mientras que las autoridades no investigan de forma eficaz la desaparición forzada ni reconocen ningún tipo de responsabilidad. Un claro ejemplo es el caso *Baysayeva c. Rusia*, en el cual el Tribunal estableció que: "since the information before it does not enable the Court to find beyond all reasonable doubt that the applicant's husband was subjected to ill-treatment, the Court cannot conclude that here has been a violation of Article 3 of the Convention on this account"[125]. En otras ocasiones, ante la falta de información sobre si la persona está viva o muerta o sobre el trato recibido, el TEDH considera que en base a una mera especulación no cabe determinar que se ha violado el artículo 3:

> "Where an apparent forced disappearance is characterised by a total lack of information, whether the person is alive or dead or the treatment which he or she may have suffered can only be a matter of speculation. In this respect, the Court first recalls its establishment of the facts that following their arrest on 10 May 1994 the detainees were not subjected to ill-treatment in the regional boarding school (see above paragraph 141). Moreover, the applicant has not presented any specific evidence that her sons were indeed the victims of ill-treatment in breach of Article 3; nor can the allegation that her sons were the victims of an officially tolerated practice of disappearances and associated ill-treatment of detainees be said to have been substantiated"[126].

En este sentido, el Tribunal aplica un estándar muy elevado para las víctimas de desaparición forzada, mientras que para los familiares es bastante más laxo[127] y tiene en cuenta sobre todo la actitud de las autoridades ante la situación, además de la angustia y sufrimiento ocasionados, para considerar que se ha violado el artículo 3 del CEDH.

---

[124] *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, § 93, ECHR 1999-IV.
[125] *Baysayeva v. Russia*, no. 74237/01, § 134, 5 April 2007.
[126] *Çiçek v. Turkey*, *cit.*, nota 61 *supra*, § 155. Véase también, entre otros, *Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, § 354-355, 18 June 2002.
[127] PÉREZ SOLLA, M. F., *Enforced Disappearances in International Human Rights*, McFarland & Company, Inc., Publishers, North Carolina, 2006, p. 74.

No obstante, cabe resaltar el caso *El Marsi c. RFY de Macedonia*, en el cual el TEDH concluyó que hubo violación del artículo 3 del CEDH en su vertiente procesal por falta de investigación efectiva por parte de las autoridades y también en su vertiente material. Se trata de un caso cuyo demandante, ciudadano alemán, fue víctima de una "entrega extraordinaria" y fue arrestado, detenido en secreto, interrogado y maltratado por funcionarios de la antigua Macedonia, antes de ser entregado por éstos en el aeropuerto de Skopje a agentes de la CIA, quienes lo trasladaron, en un vuelo especial de la CIA, a un centro secreto de detención en Afganistán donde fue sometido a torturas durante más de cuatro meses. En este supuesto, el Tribunal consideró que el relato del demandante era suficientemente convincente y que sus afirmaciones quedaban acreditadas más allá de toda duda razonable, de modo que invirtió la carga de la prueba que recayó en el Estado. Según el TEDH, quedó demostrado que la víctima había recibido un trato inhumano y degradante mientras estuvo incomunicado durante 23 días en un hotel y que posteriormente fue objeto de tortura en el aeropuerto de Skopje[128]. Seguramente en este caso de desaparición forzada por detención secreta, el Tribunal consideró que quedaron suficientemente probados los actos de tortura y tratos inhumanos y degradantes porque la víctima sobrevivió y, por lo tanto, pudo relatar sus propias vivencias, a pesar de que el Estado no facilitó información alguna al respecto. En cambio, en la mayoría de casos de desapariciones forzadas en que las demandas son interpuestas por los familiares de los desaparecidos, es mucho más difícil aportar pruebas de malos tratos porque la víctima no lo puede explicar por ella misma y no siempre existen testigos que puedan relatar lo ocurrido.

En conclusión, si bien el CDH considera que las desapariciones forzadas van inseparablemente unidas a tratos que vulneran el derecho a la integridad personal sobre todo como consecuencia del régimen de incomunicación a la cual se ve sometida la víctima, en el ámbito regional el TEDH es muy exigente y solamente reconoce la violación del artículo 3 de la CEDH cuando está probado más allá de toda duda razonable que la víctima fue sometida a tratos o penas inhumanos o degradantes. En cambio, la Corte IDH realiza una interpretación mucho más extensiva del artículo 5 de la CADH al considerar que hay violación del derecho a la integridad personal por el mero hecho de que exista el riesgo de la víctima a ser sometida a malos tratos siendo un elemento consustancial a las desapariciones forzadas.

[128] *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], *cit.* nota 38 *supra*, § 204-211.

En mi opinión, el criterio dispar entre ambos tribunales regionales puede responder al carácter sistemático o generalizado de las desapariciones forzadas en América Latina, en donde también ha habido numerosas comisiones de la verdad y testigos que han podido corroborar que estas prácticas iban acompañadas habitualmente por actos de tortura u otros malos tratos, mientras que en los casos ante el TEDH no parece que se pueda deducir un patrón de desapariciones forzadas que incluyeran este tipo de actos o, en todo caso, el Tribunal ha sido muy reacio a considerar la existencia de un práctica sistemática. En este sentido, para NOWAK parece que, al menos inicialmente, el TEDH ha entendido "las desapariciones forzadas únicamente como una forma agravada de detención arbitraria" lo cual "no se corresponde con el carácter extremadamente grave de esta violación de los derechos humanos"[129]. En todo caso, me parece acertada la postura del CDH en el sentido de que las desapariciones forzadas conllevan necesariamente, en un grado mayor o menor, tratos que vulneran el derecho a la integridad personal desde el momento en que la persona se encuentra totalmente incomunicada del mundo exterior, lo cual ha sido unánimemente considerado por la jurisprudencia internacional de derechos humanos como un trato inhumano y degradante.

3.3. Vulneración del derecho a la integridad personal de los familiares de las personas desaparecidas

La angustia y sufrimiento constantes de los familiares de las personas desaparecidas por no saber las circunstancias de la desaparición de la víctima y la negativa de las autoridades a facilitar cualquier tipo de información al respecto han sido considerados por todas las instancias internacionales de derechos humanos como un trato inhumano y degradante de forma unánime. El CDH ya reconoció desde los primeros casos sobre desapariciones forzadas que los familiares de la persona desaparecida son a su vez víctimas de torturas o tratos inhumanos o degradantes:

> "The Committee understands the anguish and stress caused to the mother by the disappearance of her daughter and by the continuing uncertainty concerning her fate and whereabouts. The author has

[129] *Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias,* ONU Doc. E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, párr. 76.

> the right to know what has happened to her daughter. In these respects, she too is a victim of the violations of the Covenant suffered by her daughter in particular, of article 7"[130].

Además, el CDH también considera que el artículo 7 es vulnerado sólo y también en conjunción con el artículo 2.3 del PIDCP, el cual establece que los Estados deben garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para poder reivindicar sus derechos en caso de violación[131]. Así ocurrió, por ejemplo, en relación con la mujer y los seis hijos de Aouabdia, los cuales no tuvieron noticias de la víctima durante casi 17 años y sólo conocieron de forma indirecta que la víctima había sido condenada *in absentia* a pena de muerte, sin obtener ninguna confirmación oficial, teniendo que pedir el "informe de desaparición" para luego solicitar el certificado de defunción sin que las autoridades realizaran ningún tipo de investigación efectiva para establecer la suerte de la persona desaparecida[132].

En cambio, el TEDH, a pesar de la reticencia a reconocer la violación del artículo 3 del CEDH en relación a la persona desaparecida, ha sido más proclive a considerar que la angustia de los familiares sobre la suerte de la persona desaparecida junto con la pasividad de las autoridades para esclarecer los hechos y facilitar información sobre lo ocurrido constituye un trato inhumano y degradante[133]. Según el TEDH, la violación del artículo 3 no reside tanto en el hecho de la desaparición forzada de un miembro de la familia sino más bien, y sobre todo, en la reacción y el comportamiento de las autoridades en relación a la situación planteada por los familiares[134].

No obstante, resulta sorprendente que en el caso *Çakici c. Turquia*, el Tribunal considerara que el hermano de la víctima, como no estuvo presente en el momento en que las

[130] CDH, Comunicación 107/1981, *Almeida de Quinteros c. Uruguay*, *cit.,* nota 109 *supra*, párr.14. Véase también, entre otros, *Sarma v. Sri Lanka*, *cit.,* nota 113 *supra*, párr. 9.5; Comunicación No.1422/2005, *El Hassy v. Libia*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 6.11; Comunicación No. 1776/2008, *Bashasha v. Libia, cit.,* nota 16 *supra*, párr. 7.5.

[131] CDH, *Observación general núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 15. Según el Comité, "el hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser por sí una vulneración del Pacto".

[132] CDH, *Aouabdia v. Algeria*, *cit.,* nota 42 *supra*, párr. 7.6. Ver también, entre otros, *Aboussedra v. Libia*, *cit.,* nota 42 *supra*, párr. 7.5.

[133] *Kurt v. Turkey*, *cit,* nota 60 *supra*, § 134; *Timurtaş v. Turkey*, *cit.,* nota 61 *supra,* § 98; *Akhmadova and Sadulayeva v. Russia, cit.,* nota 63 *supra*, § 112.

[134] Véase, entre otros, *Çakıcı v. Turkey* [GC], *cit.*, nota 124 *supra*, § 98; *Timurtaş v. Turkey*, *cit.,* nota 61 *supra*, § 95.

fuerzas de seguridad se llevaron a su hermano porque vivía en otro pueblo y al no constatar ningún elemento agravante como consecuencia de la actitud de las autoridades, determinó la no violación del artículo 3 de la CEDH[135]. En la opinión parcialmente disidente, la juez Thomassen sí considera que hubo violación del artículo 3 puesto que

> "(…) It is obvious that the pain of a mother who sees her son arrested and then has to live in uncertainty about his fate because of the acts and negligence of the authorities must be unbearable. However, a brother can also suffer deeply in face of the uncertainty of the fate of a sibling. In this context, I also do not find convincing the reference made in the judgment to the fact that the applicant was not present when the security forces took his brother, as he lived with his own family in his own town. (…) I am more impressed by the fact that from the moment of the disappearance of his brother the applicant was actively involved in submitting various petitions and enquiries to the authorities and that he made the application to our Court"[136].

En este sentido, comparto la opinión de DECAUX cuando critica la obsesión del Tribunal de medir el *praetium doloris* y la jurisprudencia excesivamente formalista "privilégiant les garanties abstraites plutôt que les victimes trop concrètes"[137]. Los actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no pueden ser nunca considerados en abstracto, sino que hay que tener en cuenta el contexto y factores como la edad, el sexo, al cultura o el estado de salud de la persona además de las circunstancias del caso en particular[138]. Afortunadamente, la jurisprudencia del TEDH ha ido evolucionando hasta el punto de considerar prácticamente de forma objetiva que los familiares de las personas desaparecidas sufren un trato inhumano o degradante y, por lo tanto, hay una violación del artículo 3 de la CEDH.

El hecho de que los familiares deban soportar la mayor parte de los esfuerzos para descubrir las circunstancias de la desaparición forzada ante la pasividad y falta de diligencia de las autoridades puede conllevar a la violación del Estado de la obligación de esclarecer la suerte y el paradero de las personas desaparecidas. En consecuencia, el silencio de las autoridades ante las peticiones legítimas de los familiares para saber lo ocurrido constituye para el TEDH un trato inhumano en virtud del artículo 3 del CEDH:

[135] *Çakıcı v. Turkey* [GC], *cit.*, nota 124 *supra*, § 99.
[136] *Ibid.*, Partly Dissenting Opinion of Judge Thomassen joined by Judges Jungwiert and Fischbach.
[137] DECAUX, E., « La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 CEDH », en DE CHASSIN, C., *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2006, p. 170.
[138] DROEGE, C., "In truth the leitmotiv: the prohibition of torture and other forms of ill-treatment in International humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, 2007, núm. 867, p. 518.

> "The Court notes that in the fourth inter-State case the Grand Chamber found that in the context of the disappearances in 1974, where the military operation resulted in considerable loss of life, large-scale arrests and detentions and enforced separations of families, the relatives of the missing men had suffered the agony of not knowing whether their family member had been killed in the conflict or had been taken into detention and, due to the continuing division of Cyprus, had been faced with very serious obstacles in their search for information. The silence of the authorities of the respondent State in face of the real concerns of the relatives could only be categorised as *inhuman treatment* (...). The length of time over which the ordeal of the relatives has been dragged out and the attitude of official indifference in face of their acute anxiety to know the fate of their close family members discloses a situation attaining the requisite level of severity. There has, accordingly, been a *breach of Article 3* in respect of the applicants"[139].

En el caso *Meryem Celik and others c. Turquia*[140], el TEDH tuvo en cuenta que los demandantes no habían tenido ninguna noticia de sus familiares desaparecidos durante 18 años y que, a pesar de su cooperación con las autoridades, nunca recibieron ninguna explicación plausible sobre la suerte o paradero de las personas desaparecidas, de modo que el Tribunal determinó también la violación del derecho a la integridad personal en relación a los familiares.

En el sistema interamericano, la Corte IDH ha considerado que la violación de la integridad psíquica y moral de los familiares es una consecuencia directa de la desaparición forzada, puesto que "(…) las circunstancias de dicha desaparición generan sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia ante la abstención de las autoridades públicas de investigar los hechos"[141].

Además, el hecho de no respetar los rituales tradicionales y religiosos en caso de muerte de la persona desaparecida, como puede ser la incineración llevada a cabo por los agentes estatales para borrar toda huella del crimen, aumenta la angustia de los familiares y constituye también una violación del derecho a la integridad psíquica de éstos:

> "(…) la incineración de los restos mortales del señor Nicholas Blake, para destruir todo rastro que pudiera revelar su paradero, atenta contra los valores culturales, prevalecientes en la sociedad guatemalteca, transmitidos de generación a generación, en cuanto al respeto debido a los muertos. La incineración de los restos mortales de la víctima, efectuada por los patrulleros civiles por orden de un integrante del Ejército guatemalteco, (…) intensificó el sufrimiento de los familiares del señor Nicholas Blake"[142].

[139] *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 200-202, ECHR 2009 (énfasis añadido).
[140] *Meryem Çelik and Others v. Turkey*, no. 3598/03, § 90, 16 April 2013.
[141] CORTE IDH, *Blake c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 114.
[142] *Ibid.*, párr. 115.

La continua obstrucción de las autoridades a los esfuerzos de los familiares por conocer la verdad de lo sucedido, el ocultamiento del cadáver de la víctima, los obstáculos interpuestos por las autoridades a las diligencias de exhumación intentadas o la negativa a brindar información al respecto, fueron, entre otros, los factores que permitieron a la Corte IDH determinar que los familiares de Bámaca Velásquez habían padecido tratos crueles, inhumanos o degradantes, constituyendo una violación del artículo 5 de la CADH que recoge el derecho a la integridad física y psíquica[143].

Para la Corte, la negativa constante de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de las víctimas de desaparición forzada o de iniciar una investigación eficaz para esclarecer lo sucedido es "causa de acrecentamiento del sufrimiento de los familiares"[144]. En el caso *Anzualdo Castro c. Perú*, la Corte IDH consideró que la ausencia de una investigación efectiva y la demora en las investigaciones "incompletas e inefectivas, ha[bía] exacerbado los sentimientos de impotencia de los familiares"[145]. Además, el Tribunal considera que existe una estrecha vinculación entre el sufrimiento de los familiares y la violación del derecho a la verdad, de modo que "la privación continua de la verdad acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante para los familiares cercanos"[146].

En consonancia con las anteriores instancias internacionales, el TDHBH ha considerado que el Estado, al no informar a los familiares sobre la verdad de la suerte y el paradero de los seres queridos desaparecidos, no llevar a cabo una investigación efectiva ni hacer público la verdad de lo ocurrido incurre en un trato inhumano y degradante para los familiares de las personas desaparecidas que vulnera el artículo 3 del CEDH[147].

---

[143] CORTE IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *cit.,* nota 3 *supra*, párr. 165.
[144] CORTE IDH, *González Medina y familiares c. República Dominicana, cit.*, nota 50 *supra*, párr. 272; *Contreras y otros c. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 123.
[145] CORTE IDH, *Anzualdo Castro c. Perú*, *cit.,* nota 56 *supra*, párr. 113.
[146] CORTE IDH, *Trujillo Oroza c. Bolivia*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 114. Véase también, entre otros, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, cit.,* nota 1 *supra*, párr. 131.
[147] TDHBH, *Srebrenica Cases v. Republika of Srpska*, 49 applications), Case nos. CH/01/8365, CH/01/8397, CH/01/8398, CH/01/8399, CH/01/8410, CH/01/8411, CH/01/8412, CH/01/8414, CH/01/8428, CH/01/8484, CH/01/8487, CH/01/8521, CH/02/8842, CH/02/8927, CH/02/9357, CH/02/9375, CH/02/9385, CH/02/9390, CH/02/9403, CH/02/9427, CH/02/9431, CH/02/9433, CH/02/9470, CH/02/9484, CH/02/9485, CH/02/9486, CH/02/9487, CH/02/9505, CH/02/9506, CH/02/9507, CH/02/9508, CH/02/9513, CH/02/9514, CH/02/9515, CH/02/9528, CH/02/9529, CH/02/9530, CH/02/9532, CH/02/9542, CH/02/9546, CH/02/9547, CH/02/9548, CH/02/9549, CH/02/9550, CH/02/9552, CH/02/9553, CH/02/9594, CH/02/9595, and CH/02/9596, decision on admissibility and merits, de 7 de marzo de 2003, párrs. 185-191; *Huskovic and others v. Federation of Bosnia*

Luego, según la jurisprudencia internacional, la angustia y sufrimiento de los familiares como consecuencia de la incertidumbre sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida constituye un trato inhumano y degradante. Pero, es sobre todo la actitud de las autoridades, que niegan la detención de la persona desaparecida, y la falta de una investigación pronta y efectiva lo importante y determinante para las instancias internacionales para establecer la violación del derecho a la integridad personal de los familiares de las personas desaparecidas.

4. DERECHO A LA VIDA

En la mayoría de los casos, la desaparición forzada implica la ejecución de la víctima, lo cual constituye una privación arbitraria de la vida, pero en otros la pone gravemente en peligro. En determinadas ocasiones, la persona desaparecida es puesta en libertad después de muchos años detenida en centros de detención secretos y sin ningún tipo de contacto con el exterior[148]. Uno de los principales obstáculos para determinar si ha habido o no violación del derecho a la vida es que no se dispone del "cuerpo del delito".

La desaparición forzada implica que el Estado hace todo lo posible para ocultar las pruebas y el cuerpo de la víctima para evitar toda responsabilidad y asegurar así la impunidad de los autores. De modo que los tribunales deben "presumir" la muerte de la persona desaparecida en base al tiempo transcurrido (normalmente años) y/o teniendo en cuenta el contexto de una práctica de desapariciones forzadas por parte del Estado responsable que incluya la ejecución de las víctimas. Asimismo, el GTDFI ha considerado desde su primer informe que las desapariciones forzadas suponen una violación al derecho a la vida en base a

and Herzegovina, Cases nº CH/02/12551 et al, decision on admissibility and merits, de 22 de diciembre de 2003, párrs. 78-85; *Malkic and others v. Republika Srpska*, Cases nº CH/02/9358 et al., decision on admissibility and merits, de 22 de diciembre de 2003, párrs. 95-99; *Mujic and others v. Republika Sprska*, Cases nº CH/02/10235, decision on admissibility and merits, de 22 de diciembre de 2003, párrs. 66-70.

[148] Véase, por ejemplo, Marruecos, en donde la mayoría de casos tuvieron lugar en momentos en que el Estado marroquí creyó estar amenzadao por la oposición interna en los años 80 o por la oposición saharaui de finales de los 70. En aquella época, algunes desaparicions forzadas eran temporales y la víctima era liberada después de meses o años, conviertiendose en una especie de prolongación ilegal de la detención *garde à vue* sin contacto con abogados, médicos o familiares. Para más información, "Marruecos, los "desaparecidos" reaparecen" en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción,* EDAI, Madrid, 1994, pp. 75-79.

que "Portions of the information received by the Group indicate that during detention the missing or disappeared person may be killed"[149].

A continuación se analizará el alcance y contenido del derecho a la vida en el derecho internacional, luego se tratará la diferencia entre las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales y, finalmente, se examinará la jurisprudencia en materia de desapariciones forzadas en relación con el derecho a la vida. En este sentido, la jurisprudencia de las principales instancias internacionales de derechos humanos refleja que no hay consenso sobre si las desapariciones forzadas constituyen una violación del derecho a la vida *per se*, si bien es evidente que la pone en grave peligro. En todo caso, las instancias internacionales han distinguido entre la violación material del derecho a la vida (si la persona desaparecida ha muerto o no, o bien se puede presumir su muerte) y la violación procesal que conlleva la obligación de los Estados de llevar a cabo una investigación efectiva para esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida. Va a ser sobre todo en este último aspecto que los tribunales internacionales de derechos humanos van a considerar que se ha vulnerado el derecho a la vida en supuestos de desapariciones forzadas.

4.1. Alcance y contenido del derecho a la vida en el derecho internacional

Considerado el derecho humano supremo respecto al cual no se autoriza suspensión alguna "ni si quiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación"[150], el artículo 3 de la DUDH establece que "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona". Por otro lado, el artículo 6 del PIDCP reconoce que "el derecho a la vida es inherente a la persona humana", debe ser protegido por ley y que "nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Además, la Convención sobre los Derechos del Niño estipula en su artículo 6.1 que "Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida".

Igualmente, el CEDH contempla el derecho a la vida en su artículo 2, el cual también debe ser protegido por ley, y establece que "Nadie podrá ser privado de su vida

[149] UN Doc. E/CN.4/1435, *cit.*, nota 9 *supra*, párr. 184.
[150] Artículo 4.2 del PICDP. Véase, también, CDH, *Comentario General nº 6 sobre el derecho a la vida* (artículo 6 del PIDCP), UN Doc. A/37/40 (SUPP), de 22 de septiembre de 1982, Anexo V, párr. 1.

intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena", además de permitir excepcionalmente el recurso a la fuerza en determinado supuestos[151]. Por otra parte, el artículo 4 de la CADH también reconoce el derecho a la vida y además establece que "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción", provisión que no se encuentra en los otros instrumentos internacionales de derechos humanos. En cambio sí que prohíbe, al igual que los demás textos, la privación arbitraria de la vida y también establece que no cabe la suspensión en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado del derecho a la vida[152]. Finalmente, la CADHP reconoce en su artículo 4 que "los seres humanos son inviolables" y toda persona tiene "derecho al respeto de su vida" y que "Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente".

En la Declaración de 1992, el artículo 1.2 establece que todo acto de desaparición forzada, además de vulnerar múltiples derechos humanos fundamentales "viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro". En la mayoría de casos de desapariciones forzadas la víctima no se sabe dónde está, si aún sigue viva o no, si bien en función del contexto se puede presumir su muerte. No obstante, también ha habido casos en que el Estado ha puesto en libertad a personas detenidas sin ningún tipo de contacto con el exterior después de casi 20 años. Por lo tanto, las desapariciones forzadas pueden violar el derecho a la vida, o en todo caso, sí que es evidente que lo pone gravemente en peligro.

En cuanto a la Convención Interamericana de 1994, este texto no vincula en absoluto la desaparición forzada con la privación del derecho a la vida y así se refleja en el hecho de que en el artículo III establece que "Los Estados partes podrán establecer circunstancias atenuantes para los que hubieren participado en actos que constituyan una desaparición forzada cuando contribuyan a la aparición con vida de la víctima o suministren informaciones que permitan esclarecer la desaparición forzada de una persona".

[151] El artículo 2.2 del CEDH establece que "La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección".
[152] Véase artículo 27.2 de la CADH.

Por otro lado, la Convención Internacional de 2006 sigue la misma línea que la Convención Interamericana de 1994 y estipula en su artículo 7.2.a) que los Estados podrán establecer "Circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada". *A sensu contrario*, en caso de deceso de la persona desaparecida, la Convención Internacional de 2006 dispone en su artículo 7.2.b) que será una circunstancia agravante, junto con otras circunstancias como que la víctima sea una mujer embarazada, un menor, una persona con discapacidad u otra persona especialmente vulnerable. Según indican los *travaux préparatoires*¸ la lista de circunstancias atenuantes y agravantes no es de carácter exhaustivo, razón por la cual se añadió la expresión "en particular" en el párrafo de la disposición[153].

Cuando las desapariciones forzadas se dan en el contexto de un conflicto armado, el DIH, como *lex specialis*, refuerza la protección de la población civil y de las personas que no participan en las hostilidades otorgada por el DIDH. En concreto, respecto al derecho a la vida, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe "los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas". Esta prohibición también hace referencia a los heridos y a los enfermos en relación a los cuales "está estrictamente prohibido todo atentado contra su vida y su persona"[154]. Asimismo, el homicidio intencional constituye una infracción grave a los Convenios de Ginebra de 1949[155] y un crimen de guerra de acuerdo con el ER y los estatutos del TPIY, TPIR y del TESL[156] y su prohibición es también una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como internos[157]. Por otro lado, los Protocolos

[153] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,* ONU Doc. E/CN.4/2004/59, de 23 de febrero de 2004, párrs. 60-61. Parece ser que una delegación señaló que la incorporación del deceso de la persona desaparecida como agravante "debía efectuarse con suma prudencia debido a la imposibilidad, en muchos casos, de establecer con certeza el deceso de la víctima y de la reticencia de las familias a este respecto".

[154] Véase artículo 12 I Convenios de Ginebra de 1949 y atículo 12 II Covenio de Ginebra de 1049

[155] Véase artículo 50 I Convenio de Ginebra de 1949; artículo 51 II Convenio de Ginebra de 1949; artículo 130 III Convenio de Ginebra de 1949 y artículo 147 IV Convenio de Ginebra de 1949.

[156] Artículo 8.2.a)i) del ECPI; artículo 2.b) del Estatuto del TPIY; artículo 4.a) del Estatuto del TPIR; artículo 3.a) del Estatuto del TESL.

[157] HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario…, op. cit*, nota 74 *supra*, pp. 355-359.

Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 establecen como garantías fundamentales la prohibición de atentados contra la vida en todo tiempo y circunstancia respecto a las personas protegidas por el DIH[158].

El PIDCP reconoce el derecho a la vida como "inherente" y por lo tanto se podría afirmar que es preexistente a la adopción del tratado o perteneciente al derecho natural. Cabe destacar que el Pacto sólo utiliza esta expresión en el artículo 6.1 del mismo, lo cual podría indicar la preeminencia de este derecho respecto a los demás, resaltando el hecho de que deriva de la propia existencia del ser humano[159]. De modo que el alcance de este derecho no puede ser interpretado de forma restrictiva e implica para los Estados un aspecto positivo y otro negativo: el primero hace referencia al deber de los Estados de proteger el derecho a la vida por ley, no sólo criminalizando el homicidio sino también adoptando medidas dirigidas a prevenir las amenazas para la vida como la malnutrición, la salud, la energía nuclear o los conflictos armados[160]. En cuanto al segundo aspecto, el Estado debe proteger la vida de toda privación arbitraria. Mientras que el PIDCP sólo hace referencia a la privación "arbitraria" de la vida, en la CEDH se requiere que la privación sea realizada "intencionadamente". La diferencia estriba en que el término "arbitraria" conlleva otras violaciones a parte del homicidio intencional, además de ser una expresión utilizada en otras disposiciones del Pacto como la prohibición arbitraria de la privación de libertad. En todo caso, el término "arbitrario" referido al derecho a la vida puede implicar privación de la vida sin un debido proceso o referirse a la ética cuando una ley es en sí misma arbitraria, además de contener elementos de ilegalidad, injusticia, veleidad o irracionalidad[161].

La prohibición de la privación arbitraria de la vida en un contexto de conflicto armado puede incluir matar a las personas protegidas por el derecho internacional humanitario en la conducción de hostilidades como, por ejemplo, un ataque indiscriminado o un ataque a un objetivo militar con excesivas pérdidas de vidas de personas de la población civil[162]. La prohibición de ordenar que no haya supervivientes, cuyo objetivo es proteger a la vida y la

[158] Véase, artículo 75.2.a)i) Protocolo Adicional I de 1977; artículo 4.2.a) Protocolo Adicional II de 1977.
[159] DINSTEIN, Y., "The Right to Life...", *op. cit.*, nota 95 *supra*, p. 114.
[160] NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights…, op. cit,* nota 12 *supra*, pp. 106-107.
[161] *Ibid.,* pp. 110-111.
[162] HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario…, op. cit*, nota 74 *supra*, p. 358.

dignidad de las personas, también podría constituir una vulneración al derecho a la vida por privación arbitraria de la misma.

4.2. Distinción entre desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales

Si bien no existe un tratado o convención internacional que regule y defina las ejecuciones extrajudiciales[163], sí se encuentran conceptualizadas en el *soft law*[164] y, en todo caso, es indiscutible que este tipo de actos constituyen una privación arbitraria del derecho a la vida ampliamente reconocido y garantizado en distintos tratados de derechos humanos[165]. Por otra parte, en base a los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias*[166], se establece que "Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos". Estos Principios prevén también que los Estados deberán ofrecer una protección "eficaz, judicial o de otro tipo a los particulares y grupos que estén en peligro (…) en particular aquellos que reciban amenazas de muerte" [167] . Además, existe un consenso general de que el derecho internacional consuetudinario prohíbe la tortura, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales y que estas prohibiciones son normas de *ius cogens*[168].

Por ejecuciones extrajudiciales se entiende una privación arbitraria de la vida por parte de agentes del Estado, o con la complicidad o tolerancia o aquiescencia de éstos, sin un

[163] Por "ejecuciones extrajudiciales" se entenderá en este trabajo que incluyen distintas formas de ejecuciones, como las sumarias, arbitrarias o ilegales.
[164] Véase, entre otros, los *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, cit.*, nota 22 *supra*, así como los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.
[165] HENDERSON, H., "La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina", *Revista IIDH*, Vol. 43, 2006, p. 284.
[166] ECOSOC, Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, *cit*, nota 22 *supra*, principio 4.
[167] *Ibid.,* párr. 4.
[168] ORENTLICHER, D., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, núm. 8, p. 2582.

proceso judicial o legal que lo disponga[169]. Para distinguir las ejecuciones extrajudiciales de otros homicidios, hay que tener en cuenta que las ejecuciones son realizadas de forma intencionada y además son ilegales porque violan el derecho interno que prohíbe el homicidio así como los estándares internacionales, mencionados anteriormente, que prohíben la privación arbitraria de la vida[170]. En el ámbito de las Naciones Unidas, el término "ejecuciones sumarias" conlleva un abuso de la pena de muerte mientras que las "ejecuciones arbitrarias" son aquellas que son extrajudiciales[171]. En todo caso "arbitrary and summary executions arguably are a flagrant disregard of an individual's humanity and reduces them to the status of superfluous objects"[172].

Según el *Manual sobre la prevención e investigación eficaces de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias* de NU de 1991[173] -también llamado Protocolo de Minnesota- las ejecuciones extrajudiciales pueden ser de distintas formas: "a) asesinatos políticos; b) muertes resultantes de torturas o malos tratos infligidos en los centros de prisión o detención; c) muertes debidas a "desapariciones" forzadas; d) muertes ocasionadas por uso excesivo de fuerza por los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley; e) ejecuciones sin previo juicio; y f) actos de genocidio".

De modo que las ejecuciones extrajudiciales son "homicidios ilegítimos y deliberados, perpetrados por orden de un gobierno o con su complicidad o consentimiento"[174]. Las ejecuciones extrajudiciales tienen en común con las desapariciones forzadas que los autores son agentes del Estado o personas que actúan bajo la autorización o aquiescencia del mismo. Inicialmente, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias eran tratadas por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (Subcomisión) de forma conjunta con las desapariciones forzadas hasta que a partir del incremento de

[169] HENDERSON, H., "La ejecución extrajudicial…", *op. cit.*, nota 165 *supra*, pp. 184-185.
[170] MAOGOTO, J. N., "Now you see, now you don't. The Duty of the State to Punish "Disappearances" and extra-judicial executions", *Australian International Law Journal*, 2002, p. 16.
[171] Véase RODLEY, N., "UN Action Procedures Against "Disappearances", Summary or Arbitrary Executions and Torture", *Human Rights Quarterly,* Vol. 8, 1986, núm. 4, p. 715.
[172] LIPPMAN, M., "Government sponsored summary and arbitrary executions", *Florida International Law Journal*, Vol. 4, 1989, núm. 3, p. 418.
[173] ECOSOC, *Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias*, ONU Doc. E/ST/CSDHA/12, de mayo de 1991, en el cual se establecen los procedimientos para investigar las ejecuciones o muertes extrajudiciales, es considerado un modelo internacionalmente aceptado para las exhumaciones de fosas comunes en cualquier lugar del mundo.
[174] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Desapariciones…, op. cit.*, nota 148 *supra*, p. 93.

denuncias por ejecuciones sumarias[175] se decidió establecer un Relator Especial sobre esta cuestión en 1982[176]. Mientras que en las ejecuciones extrajudiciales no hay un proceso judicial previo[177], en el caso de las desapariciones forzadas es habitual la inexistencia de un recurso efectivo y, como se verá más adelante, la víctima se encuentra fuera de la protección de la ley sin tan solo poder ejercer el derecho de *habeas corpus*. Aunque en algunos casos las desapariciones forzadas pueden considerarse como una forma de ejecución extrajudicial no reconocida[178], seguramente, el punto que distingue ambos fenómenos es que las ejecuciones extrajudiciales siempre tienen como resultado la muerte de la víctima, mientras que en las desapariciones forzadas se desconoce la suerte o paradero de la persona desaparecida, de modo que los familiares no saben si la persona ha sido o no ejecutada. Además, los familiares de las personas desaparecidas se resisten a considerar a la persona desaparecida como "muerta" hasta que no encuentran su cuerpo, existiendo algunos casos en que la persona desaparecida ha aparecido con vida después de varios años sin saber su paradero ni tener contacto con el mundo exterior. Como dijo el Juez Sergio García Ramírez en su voto razonado en el caso *Helidoro Portugal c. Panamá*:

> "Evidentemente, muchos casos de desaparición culminan en la ejecución extrajudicial de la víctima. No obstante, es perfectamente posible --lógica y ontológicamente-- deslindar la muerte de la desaparición y reconocer a cada una entidad propia, que reclama trato objetivo y separado. El deslinde no significa, de ninguna manera, atenuación del reproche y fomento de la impunidad, del mismo modo que esto no ocurre cuando en el sistema penal se reconoce la existencia de diversos resultados típicos que abren la puerta del concurso de delitos, no la confusión de éstos"[179].

La duda sobre la distinción entre ambas figuras surge sobre todo cuando se da una desaparición forzada "exprés" en el sentido de ser de muy corta duración y con el resultado fehaciente de que la persona ha sido muerta. En estos casos, los tribunales se pueden ver tentados a fragmentar el delito de desaparición forzada[180] puesto que al conocer con certeza

[175] Véase, entre otras, AGNU, resolución 36/22, de 9 de noviembre de 1981.
[176] ECOSOC, Resolución 1982/35, de 7 de mayo de 1982.
[177] A diferencia de las ejecuciones ilegales en las que sí hay un juicio previo pero en el cual no se han respetado las garantías del debido proceso de forma flagrante.
[178] KAUFMAN, E. y WEISS, P., "Extrajudicial Executions: an Insight into the Global Dimensions of a Human Rights Violation", *Human Rights Quarterly,* Vol. 3, 1981, núm. 4, p. 83.
[179] CORTE IDH, *Heliodoro Portugal c. Panamá*, *cit.*, nota 50 *supra*, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 16.
[180] Véase, en especial, CORTE IDH, *Blake c. Guatemala*, *cit.,* nota 141 *supra*, y *Heliodoro Portugal c*. *Panamá*, *cit.,* nota 50 *supra*.

que la persona está muerta, aunque sigue desaparecida mientras no se conoce su paradero, es más difícil sostener la ficción de que la persona aun sigue privada de libertad y por lo tanto que puedan verse vulnerados los derechos a la libertad personal, a no ser sometido a tortura o a un recurso efectivo de forma continuada en el tiempo. Cabe recordar que el delito de desaparición forzada es una violación compleja y continuada de múltiples derechos humanos y que por lo tanto, deben tratarse de forma integral.

4.3. Jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas en relación con el derecho a la vida

En relación a la violación del derecho a la vida en casos de desapariciones forzadas, se plantean dos cuestiones esencialmente: en primer lugar, determinar si la persona ha muerto o se puede presumir su muerte como consecuencia del uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado y, en segundo lugar, comprobar si el Estado ha llevado a cabo una investigación efectiva para esclarecer la suerte y paradero de la persona desaparecida.

El CDH ha establecido en relación al derecho a la vida que con carácter general "(…) Los Estados partes deben tomar medidas concretas y eficaces para evitar la desaparición de individuos y establecer servicios y procedimientos eficaces para que un órgano imparcial apropiado investigue a fondo los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida"[181]. Además, en virtud del artículo 2.3 del PIDCP, los Estados Parte deben garantizar a todas las personas recursos accesibles y efectivos para poder reivindicar sus derechos en caso de violación de los mismos y el hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias recibidas "puede ser de por sí una vulneración del Pacto"[182]. Igualmente, el CDH considera que el hecho que el Estado no haga comparecer ante la justicia a los autores de violaciones puede ser también por sí mismo una violación del PIDCP y que estas obligaciones "existen concretamente en relación con las infracciones

[181] CDH, *Comentario General nº 6 sobre el derecho a la vida…, cit.*, nota 150 *supra*, párr. 4. Véase, entre otros, CDH, *Mojica c. República Dominicana*, *cit.*, nota 112 *supra*, párr. 5.5; *Celis Laureano c. Perú*, *cit.*, nota 111 *supra*, párr. 8.3.
[182] CDH, *Observación general núm. 31*, *cit.* nota 131 *supra*, párr. 15.

reconocidas como delitos en el derecho internacional o en la legislación internacional, entre ellos (…) las desapariciones forzosas (…)"[183].

El CDH no ha mostrado un criterio constante a la hora de determinar si ha habido o no violación del derecho a la vida en casos de desapariciones forzadas, considerando algunas veces que se ha vulnerado el artículo 6 del Pacto a solas[184], en otras que se vulneró el artículo 2.3 en conjunción con el artículo 6.1[185] o a la inversa[186], o simplemente que no hubo violación del artículo 6[187]. Por ejemplo, en el caso *Mojica c. República Dominicana*, el CDH determinó que sí hubo violaciones del derecho a la vida en los siguientes términos:

> "El Comité señala que el Estado parte no ha negado: a) que Rafael Mojica ha desaparecido de hecho y que su paradero sea desconocido desde la noche del 5 de mayo de 1990, y b) que su desaparición se debiera a individuos pertenecientes a las fuerzas de seguridad del Gobierno. En tales circunstancias, el Comité considera que la República Dominicana no protegió con eficacia el derecho a la vida estipulado en el artículo 6, habida cuenta en particular de que en este caso la víctima ya había recibido amenazas de muerte de algunos militares"[188].

En cambio, en el caso *Aouabdia c. Algeria* el Comité decidió que hubo violación del artículo 6 en conjunción con el artículo 2.3 del Pacto porque la víctima no tuvo acceso a un recurso efectivo y, por lo tanto, el Estado había incumplido su obligación de proteger el derecho a la vida[189]. Esta decisión motivó dos opiniones disidentes en el seno del Comité totalmente opuestas en relación a este punto: una del Sr. Rafael Rivas Posada en la que manifestó que, al no haber pruebas suficientes para presumir la muerte de la persona desaparecida el CDH, no podía constatar la violación del artículo 6 y por lo tanto tendría que haber resuelto que Argelia había violado el artículo 2.3 en relación con el artículo 6[190]; mientras que el Sr. Fabián Omar Salvioli opinó todo lo contrario y consideró que el Comité tendría que haber establecido la violación del artículo 6 a solas sin ningún tipo de conexión con el artículo 2.3 del Pacto porque el Estado no garantizó el derecho a la vida del Sr.

[183] *Ibid.*, párr. 18.
[184] Véase, entre otros, CDH, *Bleier c. Uruguay*, *cit.,* nota 108 *supra*, párr. 14; Comunicación núm. 181/1984, *Arévalo v. Colombia*, dictamen aprobado el 22 de noviembre de 1989, párr. 11.
[185] Véase, entre otras, Comunicación núm. 1588/2007, *Benaziza v. Algeria*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2010, párr. 9.9; *El Abani v. Libia, cit.,* nota 42 *supra*, párr. 7.10.
[186] Véase, entre otras, CDH, *Aouabdia v. Algeria*, *cit.,* nota 42 *supra*.
[187] Véase, entre otras, *El Hassy v. Libia*, *cit.,* nota 42 *supra*, párr. 6.10.
[188] CDH, *Mojica c. República Dominicana*, *cit.,* nota 112 *supra*, párr. 5.6.
[189] CDH, *Aouabdia v. Algeria*, *cit.,* nota 42 *supra*, párr. 7.10.
[190] *Ibid.*, Opinión individual (parcialmente disidente) del Sr. Rafael Rivas Posada.

Aouabdia, aunque esto no implique necesariamente que la persona estuviera muerta puesto que no había prueba de ello en ese supuesto[191].

En cambio, en el caso *Sharma c. Nepal*, el CDH determinó que no hubo violación del derecho a la vida a pesar de que la autora de la comunicación y el Estado presumían la muerte de la víctima de desaparición forzada. Al parecer, la autora, además de invocar el artículo 6 del Pacto, pedía la liberación de su marido y, por lo tanto, aún no había perdido la esperanza de recuperarlo vivo. En consecuencia, el Comité decidió que "en tales circunstancias, no le incumbe especular sobre las circunstancias del fallecimiento del esposo de la autora, en particular cuando no ha habido ninguna investigación oficial del asunto"[192].

Ante supuestos en los que el autor invoca el artículo 6 por un lado y del otro pide la liberación de la persona desaparecida, a menudo han llevado al Comité a no considerar la violación del artículo 6[193], aunque por el paso del tiempo -normalmente años- se pueda presumir su muerte, quedándose el CDH satisfecho con constatar el incumplimiento de la obligación de investigar las circunstancias de la desaparición forzada establecida en el artículo 2.3 del Pacto, la cual persiste independientemente de que la víctima esté muerta o no[194]. En todo caso, el hecho de que el Estado no haya realizado ninguna investigación sobre la desaparición del Sr. Sharma debería ser un factor determinante para establecer la violación del artículo 6 por incumplir la obligación de garantizar el derecho a la vida, y no al revés, porque hay que tener en cuenta que los familiares siempre tienen la esperanza de que la persona desaparecida esté viva, aun cuando hayan pasado muchos años. Por otro lado, en el caso *Bashasha c. Libia*, el CDH consideró que la emisión de un certificado de defunción sin explicar la causa o el lugar de la muerte de la persona desaparecida constituyó una violación del derecho a la vida del artículo 6 del Pacto[195].

Posteriormente, la jurisprudencia del CDH ha ido evolucionando en sentido positivo y ha considerado que cuando el Estado no cumple con su obligación de proteger el derecho a la

[191] *Ibid.*, Opinión individual (parcialmente disidente) del Sr. Fabián Omar Salvioli, párrs. 2 y 9.
[192] CDH, Comunicación núm.1469/2006, *Sharma v. Nepal*, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008, párr. 7.8.
[193] Véase, entre otras, *Sarma v. Sri Lanka*, *cit.,* nota 113 *supra*, párr. 9.6
[194] CDH, *Sharma v. Nepal*, *cit.,* nota 192 *supra*, párr. 7.8.
[195] CDH, *Bashasha v. Libia, cit.,* nota16 *supra*, párr. 7.3.

vida, está vulnerando el artículo 6.1 del Pacto a solas[196]. Así lo establece, por ejemplo, en el caso *Sedhai c. Nepal*, en el cual:

> "El Comité recuerda que, en lo que atañe a las desapariciones forzadas, la privación de libertad, cuando no es reconocida o se oculta la suerte corrida por el desaparecido o el lugar en el que se encuentra, lo sustrae del amparo de la ley y lo expone continuadamente a un riesgo grave para su vida, del que el Estado debe rendir cuentas. En el presente caso, el Comité constata que el Estado parte no ha proporcionado información alguna que permita llegar a la conclusión de que cumplió con su obligación de proteger la vida del Sr. Sedhai. En consecuencia, el Comité llega a la conclusión de que el Estado parte no cumplió su obligación de proteger la vida del Sr. Sedhai, e infringió así lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 1, del Pacto7"[197].

Esto no impide que además el Comité considere que también el Estado ha incumplido su obligación de garantizar un recurso efectivo a las personas cuyos derechos fundamentales se han visto conculcados conforme al artículo 2.3 en conjunción con el artículo 6.1 del Pacto[198].

En todo caso, el CDH denota cada vez más comprensión y experiencia en el tratamiento de supuestos de desapariciones forzadas, lo cual se percibe porque va más allá de la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida mediante un recurso efectivo a disposición de las víctimas y establece también una violación del artículo 6 del Pacto a solas, al entender que este fenómeno no sólo pone en peligro la vida de la persona desaparecida sino que también hay una intención deliberada por parte del Estado de sustraer a esa persona de la protección de la ley. En este sentido, es interesante la reflexión del Sr. Salvioli en relación a la complejidad de la desaparición forzada que va más allá de disponer de un recurso efectivo:

> "No debe ser difícil fundamentar para casos de desaparición forzada la violación de parte del Estado del deber de proteger el derecho a la vida, lo difícil más bien es fundamentar que el deber de proteger se cubriría sencillamente proporcionando un recurso judicial idóneo. Supongamos que un recurso de *habeas corpus* funciona seis meses después de que una persona ha sido víctima de desaparición forzada y en consecuencia, es liberada con vida: ¿puede señalarse seriamente que el Estado ha cumplido con su deber de proteger el derecho a la vida de dicha persona en los seis meses en que la mantuvo excluida de las mínimas garantías, a expensa de personas con facultades de hecho para disponer a su antojo respecto de la vida y la muerte de quienes sufren cautiverio?"[199]

[196] Véase, entre otras, CDH, Comunicación núm. 1881/2008, *Chihoub v. Algeria*, dictamen aprobado el 31 de octubre de 2011, párr. 8.4; Comunicación núm. 1753/2008, *Guezout v. Algeria*, dictamen aprobado el 19 de julio de 2012, párr. 8.4.
[197] CDH, Comunicación núm. 1865/2009, *Sedhai v. Nepal*, dictamen aprobado el 19 de julio de 2013, párr. 8.2.
[198] Véase, entre otras, *Ouaghlissi v. Algeria*, *cit.,* nota 42 *supra*, párr. 7.10; *Djebrouni v.* Algeria, *cit.,* nota 42 *supra*, párr. 8.10;
[199] CDH, *Guezout v. Algeria*, *cit.,* nota 196 *supra*, voto concurrente del Sr. Salvioli, párr. 8.

Por otra parte, en el ámbito europeo, el TEDH, para constatar la violación del derecho a la vida, examina por un lado el aspecto sustancial del artículo 2 del CEDH en el sentido de determinar si se puede presumir la muerte de la persona desaparecida como consecuencia de la acción de agentes del Estado y si las autoridades han cumplido con su obligación positiva de adoptar todas las medidas necesarias para proteger el derecho a la vida y, del otro, el aspecto procesal que implica la obligación de investigar de forma pronta y efectiva las circunstancias de la desaparición forzada.

En cuanto a la presunción de la muerte de la persona desaparecida, si bien el Tribunal ha establecido que no es una cuestión automática y que por lo tanto deben examinarse las circunstancias del caso, de entre los cuales el tiempo transcurrido es un factor importante[200], en sus inicios, el TEDH fue muy estricto a la hora de presumir la muerte de la persona desaparecida y en el caso *Kurt c. Turquía*[201], por ejemplo, consideró que a pesar de haber transcurrido cuatro años y medio desde su desaparición, no se podía concluir "más allá de toda duda razonable" que había sido muerto por las autoridades. Mientras que en el caso *Timurtas c. Turquía*, consideró que seis años y medio transcurridos desde el arresto y detención de Abdulvahap Timurtas eran un lapso de tiempo mucho más largo que los cuatro años y medio que, en el caso Kurt, separaban la detención del hijo de la demandante de la decisión del Tribunal[202]. No obstante, después de casi cuatro años sin recibir información de la persona desaparecida, en el caso *Imakayeva c. Rusia* el Tribunal presumió la muerte de la víctima[203].

El elemento temporal utilizado por el TEDH para presumir la muerte de una persona que se encuentra desaparecida después haber sido vista por última vez en manos de agentes del Estado no parece muy adecuado -o en todo caso no debería ser el principal- porque no acaba de entenderse cuál es el razonamiento para determinar a partir de cuántos años se puede "presumir" la muerte de una persona desaparecida y la exigencia de que se pruebe "más allá de toda duda razonable". En este tipo de situaciones, es muy difícil establecer la muerte de la persona desaparecida porque las pruebas están principalmente en manos del Estado, que es el responsable de proteger el derecho a la vida y de abstenerse de su privación arbitraria. En

[200] *Varnava and Others v. Turkey* [GC], *cit.,* nota 139 *supra*, § 143.
[201] *Kurt v. Turkey*, *cit.,* nota 60 *supra*, § 106-107.
[202] *Timurtaş v. Turkey*, *cit.,* nota 61 *supra*, § 85.
[203] *Imakayeva v. Russia*, no. 7615/02, § 155, ECHR 2006-XIII (extracts).

concordancia con la opinión parcialmente disidente del juez Gölcücklü en el caso *Timurtas*, en un supuesto de desaparición forzada ¿qué diferencia hay entre el efecto producido en un lapso de tiempo de cuatro años y medio y uno de seis años y medio?[204]

No obstante, la jurisprudencia del TEDH ha ido desarrollándose considerablemente en esta materia, llegando a dictar cerca de 280 sentencias contra Turquía en el marco de la lucha contra el terrorismo en los años 90 contra el PKK (Partido de los Trabajadores del Kurdistán) incluyendo supuestos de desapariciones forzadas[205]. En este sentido, en el caso *Orhan c. Turquía*, el TEDH presumió la muerte de las personas desaparecidas después de 8 años de su detención no reconocida por parte de las fuerzas de seguridad, teniendo en cuenta, también, la falta de explicación suficiente por parte de las autoridades respecto al estado de la víctima después de su arresto[206]. Más adelante, el Tribunal acabó reconociendo la existencia de un patrón de desapariciones en el Sureste de Turquía entre 1992 y 1996 que conllevaba un peligro para la vida[207].

En los casos relativos a Chechenia, el Tribunal también ha considerado que las desapariciones forzadas conllevan un peligro para la vida y que, a medida que pasa más tiempo sin tener noticias de la persona detenida, más probabilidades existen que la persona esté muerta[208]. Por ello, el Tribunal parece haber flexibilizado el criterio temporal y reconocido la importancia del contexto en el que se dan las desapariciones forzadas, llegando a la conclusión de que en la mayor parte de casos, las víctimas no sobreviven después de haber sido abducidas. Con este nuevo planteamiento, el TEDH determinó en el caso *Turluyeva c. Rusia* que después de 3 años sin tener noticias de la persona desaparecida se podía presumir su muerte, constatando la violación del artículo 2 del CEDH:

> "At the time of the judgment in the present case, over three years had passed without any news of Sayd-Salekh Ibragimov. In view of many similar findings in the past, the Court reiterates that *there is a life-threatening context to unacknowledged detention in this region*. It is precisely this context which is most relevant to the decision of whether or not the person may be presumed dead. In such circumstances *it would be artificial to impose a particular time-limit for a claim under Article 2 to be considered*; while all elements of the case should be taken into account, there is enough evidence to

[204] *Timurtaş v. Turkey*, *cit.,* nota 61 *supra*, Partially dissenting opinion of Judge Gölcüklü, párr. 4.
[205] TEDH, *Factsheet-Armed Conflicts*, noviembre 2014.
[206] *Orhan v. Turkey*, *cit.,* nota 126 *supra*, § 331.
[207] Véase, entre otras, *Er and Others v. Turkey*, no. 23016/04, § 77, 31 July 2012.
[208] *Turluyeva v. Russia*, no. 63638/09, § 86, 20 June 2013.

> suggest that the victims of disappearances often do not survive for very long after the abductions (…)"[209].

Para el TEDH la importancia del derecho a la vida requiere que toda privación de libertad sea examinada con detenimiento y teniendo en cuenta todas las circunstancias que la envuelven y no solo las acciones de los agentes del Estado. Las personas detenidas están en una posición vulnerable y corresponde a las autoridades protegerlas, motivo por el cual, en estos casos, el Tribunal considera que la carga de la prueba corresponde al Estado, cuyas autoridades deben ofrecer explicaciones convincentes y suficientes sobre el tratamiento recibido por la persona arrestada, en especial si ésta se encuentra desaparecida:

> "In the light of the importance of the protection afforded by Article 2, the Court must subject deprivations of life to the most careful scrutiny, taking into consideration not only the actions of State agents but also all the surrounding circumstances. Detained persons are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them. Consequently, where an individual is taken into police custody in good health and is found to be injured on release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused (see, amongst other authorities, *Avşar c. Turkey*, cited above, § 391). The obligation on the authorities to account for the treatment of a detained individual is particularly stringent where that individual dies or disappears thereafter"[210].

Por otra parte, el TEDH considera que, más allá de la muerte provocada por el uso de la fuerza de los agentes del Estado, las autoridades están obligadas a proteger el derecho a la vida por ley y por lo tanto a realizar una investigación efectiva oficial:

> "The obligation imposed is not exclusively concerned with intentional killing resulting from the use of force by agents of the State but also extends, in the first sentence of Article 2 § 1, to imposing a positive obligation on States that the right to life be protected by law. This requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force"[211].

En este sentido, el TEDH ha reiterado, a través de su jurisprudencia, que la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida implica la rápida e inmediata actuación de las autoridades para investigar las desapariciones como elemento fundamental para prevenir y garantizar el derecho a la vida. Además, los Estados no sólo deben abstenerse de privar arbitrariamente la vida de una persona sino que también tienen que adoptar medidas que van más allá de tipificar las conductas en el derecho interno como mecanismos de prevención o de disuasión. Para el Tribunal, esta obligación positiva:

---

[209] *Ibid.*, § 8 (énfasis añadido).
[210] *Orhan v. Turkey, cit.,* nota 126 *supra*, § 326.
[211] *Çakıcı v. Turkey* [GC], *cit.*, nota 124 *supra*, § 86. Véase también, entre otras, *Akhmadova and Sadulayeva v. Russia*, *cit.*, nota 63 *supra*, § 95.

> "(...) does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources. (...) For the Court to find a violation of the positive obligation to protect life, it must be established that *the authorities knew, or ought to have known at the time, of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual* from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk (...)"[212].

De modo que, cuando las autoridades, conociendo la existencia de una práctica de desapariciones forzadas como es el caso de Rusia respecto al Norte Caucásico, no toman ningún tipo de medida ni inician ningún tipo de investigación ante la denuncia de una persona de que está siendo amenazada o de que la persona ha sido detenida y luego desaparecida, constituye una violación del derecho a la vida conforme el artículo 2 del CEDH[213].

En relación a la obligación procesal de investigar las desapariciones forzadas conforme al artículo 2 del CEDH, el TEDH ha establecido que es una obligación autónoma y que opera de forma independiente de la obligación sustantiva. Así, en el caso de *Chipre c. Turquía*, la Gran Sala tuvo la oportunidad de tratar por primera vez la ocupación de la parte Norte de la isla de Chipre por parte de Turquía y, en concreto, sobre las operaciones militares llevadas a cabo por Turquía en 1974 y la continua división de la isla desde entonces. En dicha sentencia, el TEDH consideró que hubo una violación continuada de la obligación procesal del derecho a la vida porque las autoridades turcas no habían llevado a cabo una investigación efectiva sobre el paradero de los grecochipriotas desaparecidos en circunstancias que implicaban un peligro para la vida. Además, también determinó que esta obligación no quedaba satisfecha con la existencia de la CMP (United Nations Committee on Missing Persons) cuyo mandato es principalmente humanitario y, por lo tanto, no cumplía con los estándares mínimos de una investigación efectiva a efectos del artículo 2 del CEDH[214]. Sin embargo, el Tribunal previamente había considerado que no había sido violado el artículo 2 en su vertiente material y para ello tuvo en cuenta que el gobierno chipriota pidió que los 1485 desaparecidos se consideraran que aún estaban vivos, a pesar de que la Comisión había constatado que durante aquella época se dieron arrestos y ejecuciones a gran escala[215] y estimó que "the Court reiterates that it cannot speculate as to whether any of the missing

[212] *Turluyeva v. Russia*, *cit.,* nota 208 *supra*, § 91.
[213] Véase, entre otras, *ibid.*, § 101-102.
[214] *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, § 134, ECHR 2001-IV.
[215] *Ibid.*, párr. 119 y 127.

persons have in fact been killed by either the Turkish forces or Turkish-Cypriot paramilitaries into whose hands they may have fallen"[216].

Igualmente, el Tribunal ha establecido una serie de elementos a tener en cuenta para determinar si las autoridades han llevado a cabo una investigación efectiva[217]: en primer lugar, la investigación debe ser de oficio y no se debe esperar a que los familiares de la víctima interpongan una denuncia; tampoco basta con una compensación para cumplir con la obligación en virtud del artículo 2 del CEDH; la obligación de investigar es de medios y no de resultado, pero en todo caso debe conducir a identificar y castigar a los responsables de la desaparición forzada; además, para que la investigación sea eficaz es importante que sea realizada por personas independientes respecto de las personas implicadas en la comisión de los hechos; asimismo se requiere que con la investigación las autoridades puedan determinar si el uso de la fuerza fue justificada o no en las circunstancias del caso y, finalmente, requiere una investigación pronta y razonable en el tiempo. El TEDH además, resume la obligación en los siguientes términos:

> "It must be accepted that there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation. However, a prompt response by the authorities in investigating the use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in maintenance of the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts"[218].

En consecuencia, el TEDH distingue entre la obligación de investigar una muerte sospechosa de la obligación de investigar una desaparición forzada básicamente porque en el primer caso se trata de un acto instantáneo mientras que en el segundo existe una violación continuada de derechos humanos. En todo caso, "the procedural obligation to investigate can hardly come to an end on discovery of the body or the presumption of death; this merely casts light on one aspect of the fate of the missing person"[219] y, además, la obligación de investigar persiste mientras que no se esclarezca la suerte o paradero de la persona desaparecida de

[216] *Ibid.*, párr. 129. Véase también DECAUX, E., « La problématique des disparitions forcées… » *op. cit.,* nota 137 *supra*, p. 177 en la que critica fuertemente esta decisión del TEDH « (…) face au crime continu que constituent des disparitions forcées, la Cour peut tout au plus s'abriter derrière l'insuffisance des preuves, comme si le défaut d'enquête effective valait présomption d'innocence pour le défendeur, mais certainement pas donner à la Turquie un *quitus* de manière aussi absolue et inconditionnelle!».
[217] Véase, entre otros, *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, § 117-119, 27 July 2006.
[218] *Ibid.*, párr. 119.
[219] *Varnava and Others v. Turkey* [GC], *cit.,* nota 139 *supra*, § 145.

modo que "the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation"[220].

Acerca de la presunción de la muerte de la persona desaparecida, la Corte IDH estima que debido a la naturaleza de las desapariciones forzadas "las víctimas se encuentran en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge el riesgo de que se violen diversos derechos, entre ellos, el derecho a la vida"[221]. Así, en el caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, la Corte IDH consideró que "el transcurso de 8 años y 8 meses desde que aquél fue capturado sin que se haya vuelto a tener noticias de él, hacen presumir al Tribunal que Bámaca Velásquez fue ejecutado"[222]. Igualmente, en el caso *Godínez Cruz c. Honduras*, la Corte IDH consideró que el transcurso de varios años desde la desaparición de Saúl Godínez era suficiente para determinar su muerte, no obstante, como además había ocurrido en un contexto de práctica sistemática de desapariciones forzadas, se podía concluir que hubo violación del derecho a la vida:

> "(…) El contexto en que se produjo la desaparición y la circunstancia de que seis años y medio después continúe ignorándose qué ha sido de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que Saúl Godínez fue privado de su vida. Sin embargo, incluso manteniendo un mínimo margen de duda, debe tenerse presente que su suerte fue librada a manos de autoridades cuya práctica sistemática comprendía la ejecución sin fórmula de juicio de los detenidos y el ocultamiento del cadáver para asegurar su impunidad (…)"[223].

Por lo tanto, uno de los factores que la Corte IDH tiene en cuenta a la hora de determinar la violación del artículo 4 de la CADH es la existencia o no de una práctica de desapariciones forzadas por parte del Estado en la cual la ejecución forme parte de ella. Este fue el caso de *Velásquez Rodríguez c. Honduras* en el que la Corte estableció que: "La práctica de desapariciones, en fin, 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, lo

[220] *Varnava and Others v. Turkey* [GC], *cit.,* nota 139 *supra*, § 148. Véase, también, *Aslakhanova and Others v. Russia*, nos. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 and 42509/10, § 122, 18 December 2012.
[221] CORTE IDH, véase, entre otros, *García y familiares c. Guatemala*, *cit.*, nota 53 *supra*, párr. 107; *Chitay Nech y otros c. Guatemala, cit.,* nota 121 *supra*, párr. 96; *González Medina y familiares c. República Dominicana*, *cit.,* nota 50 *supra*, párr. 185; *Osorio Rivera y familiares c. Perú*, *cit.,* nota 59 *supra*, párr. 169.
[222] CORTE IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *cit.,* nota 3 *supra*, párr. 173.
[223] CORTE IDH, *Godínez Cruz c. Honduras*, *cit.,* nota 3 *supra*, párr. 198.

que significa una brutal violación del derecho a la vida […]"[224]. Del mismo modo que la existencia de un patrón sistemático de violaciones de derechos humanos aumenta la vulnerabilidad de la persona desaparecida, y por lo tanto, también el riesgo para su vida[225].

Finalmente, en relación a la investigación para esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida, los Estados no sólo deben tomar las medidas necesarias para prevenir las desapariciones forzadas, sino que además deben investigar de forma efectiva la desaparición de toda persona que pueda constituir una violación del derecho a la vida. No hay que olvidar que la desaparición forzada es una forma de suprimir al individuo y constituye una clara ofensa al derecho a la vida, sobre todo si se compara con el homicidio en su forma más amplia y más violenta, pues la desaparición se realiza siempre con premeditación, con una crueldad implícita, con una superioridad de fuerzas absoluta y sin dar a la víctima una posibilidad remota de defenderse[226].

Esta obligación de investigar por parte de los Estados, implica que debe ser rigurosa y efectiva, y no una simple formalidad. Así lo establece la Corte IDH en el caso *Godínez Cruz c. Honduras:*

> "(…) La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa"[227].

De modo que si el Estado no investiga suficientemente, está infringiendo la obligación de garantizar a toda persona bajo su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privada arbitrariamente de ella conforme al artículo 1.1 en relación al artículo 4.1 de la CADH[228].

En conclusión, las desapariciones forzadas conllevan una violación del derecho a la vida no tanto por el hecho de que la víctima haya sido ejecutada, puesto que normalmente las

---

[224] CORTE IDH, véase, entre otras, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, *cit.,* nota 3 *supra*, párr. 157; *Gelman c. Uruguay,* Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 96; *González Medina y familiares c. República Dominicana*, *cit.,* nota 50 *supra*, párr. 185.
[225] CORTE IDH, *Chitay Nech y otros c. Guatemala¸ cit.,* nota 121 *supra*, párr. 96.
[226] DALLARI, D. A., « Le crime des disparitions », en *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes*, *Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Paris, 1982, p. 90.
[227] CORTE IDH, *Godínez Cruz c. Honduras*, *cit.,* nota 3 *supra*, párr. 188.
[228] Véase, entre otros, CORTE IDH, *Velásquez Rodriguez c. Honduras*, *cit.,* nota 3 *supra*, párr. 188; *Ticona Estrada y otros c. Bolivia, cit.,* nota 118 *supra*, párr. 60; *Anzualdo Castro c. Perú*, *cit.,* nota 56 *supra*, párr. 86.

instancias internacionales tienen que presumir la muerte de la persona desaparecida, bien por el transcurso de los años sin tener noticias sobre su suerte o paradero, o bien teniendo en cuenta el contexto de una práctica generalizada de desapariciones forzadas que llevan la ejecución aparejada, sino sobre todo por la falta de protección adecuada del derecho a la vida y por la falta de una investigación pronta y efectiva por parte del Estado de los hechos. En este sentido, la tendencia de la jurisprudencia internacional consiste en considerar la violación del derecho a la vida en casos de desapariciones forzadas con independencia de que se pueda presumir o no la muerte de la persona desaparecida.

5. DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La práctica de las desapariciones forzadas constituye una violación múltiple de derechos humanos que deja a la víctima en un estado completo de indefensión y representa una violación paradigmática del derecho a la personalidad jurídica[229]. Uno de los elementos característicos de este fenómeno es que sustrae a la víctima de la protección de la ley como consecuencia de la negativa de las autoridades estatales a revelar información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. Esta particularidad de las desapariciones forzadas "has the consequence of suspending a disappeared person's enjoyment of all rights, placing the victim in a situation of total defencelessness"[230], siendo este elemento el más grave teniendo en cuenta el carácter continuado de las desapariciones forzadas.

La vulneración del derecho a la personalidad jurídica en caso de desaparición forzada se plantea por el hecho de que la gravedad de la conducta hace que ciertos aspectos no queden protegidos por el ámbito de los derechos a la libertad, la integridad y la vida. En consecuencia, la desaparición forzada "se caracteriza por crear una situación de duda insuperable sobre el hecho de si la víctima se encuentra viva o muerta, en otras palabras,

[229] GTDFI, *General Comment on the right to recognition as a person before the law in a context of enforced disappearances,* UN Doc. A/HRC/19/58, de 6 de febrero de 2012, párr. 1. Véase también el primer informe, ONU Doc. E/CN.4/1435, *cit.*, nota 9 *supra*, párr. 184.
[230] ANDREU-GUZMÁN, F., "Progress…, *op. cit.*, nota 64 *supra*, p. 326.

sobre si sigue existiendo o ha dejado de existir. (…) Los victimarios crean, en otras palabras, un estado de indefinición sobre la existencia del desaparecido"[231].

Las personas desaparecidas se encuentran generalmente desprovistas de su capacidad para ejercer sus derechos fundamentales así como de cualquier acceso a un recurso efectivo como consecuencia directa de las acciones del Estado, dando lugar a la vulneración del derecho a la personalidad jurídica. En los últimos años, el CDH ha considerado que las desapariciones forzadas implican una violación de este derecho[232] y, siguiendo esta tendencia, la Corte IDH ha cambiado su jurisprudencia[233] y ha establecido que las desapariciones forzadas implican que la víctima se encuentra en una especie de limbo legal ante la sociedad y el Estado, impidiéndole poseer o ejercer sus derechos en general. A continuación se analizará el alcance y contenido del derecho a la personalidad jurídica en el derecho internacional, así como la constatación de la violación de este derecho en la jurisprudencia internacional de los distintos órganos de protección de los derechos humanos, en especial del Comité de Derechos Humanos y de la Corte IDH.

5.1. Alcance y contenido del derecho a la personalidad jurídica en el derecho internacional

En el ámbito universal, el derecho a la personalidad jurídica se encuentra recogido en el artículo 6 de la DUDH y en el artículo 16 del PIDCP en el cual se establece que toda persona "tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Igualmente, en relación a la protección de los derechos fundamentales de determinados colectivos vulnerables, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*[234] establece en su artículo 24 que "Los

[231] CORTE IDH, *Bámaca Velasquez c. Guatemala*, *cit.,* nota 3 *supra*, voto razonado del Juez De Roux Rengifo, p. 2.
[232] CDH, *Grioua v. Algeria*, *cit.*, nota 45 *supra,* párr. 7.8-7.9; Comunicación núm. 1495/2006*, Madoui v. Algeria*, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008, párr. 7.7-7.8; *Benaziza v. Algeria*, *cit.*, nota 185 *supra,* párr. 9.8; *El Abani v. Libia*, *cit.*, nota 42 *supra,* párr. 7.9; *Aboussedra v. Libia*, *cit.,* nota 42 *supra,* párr. 7.9; *Aouabdia v. Algeria*, *cit.*, nota 42 *supra,* párr. 7.9.
[233] Véase, entre otros, CORTE IDH, *Anzualdo Castro c. Perú*, *cit.*, nota 56 *supra,* párr. 90-101; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, cit.*, nota 1 *supra*, párr. 96-102; *Torres Millacura y otros c. Argentina*, *cit.*, nota 52 *supra*, párr.105.
[234] Adoptada por la AGNU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, entró en vigor el 1 de julio de 2003 y tiene 47 Estados Parte (datos de abril de 2015).

trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", mientras que la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* también prevé en su artículo 12.1 que "Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica"[235].

En el ámbito regional, el artículo XVII de la DADH dispone que "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales", además de estar recogido también en el artículo 3 de la CADH. Asimismo, la CADHP establece en su artículo 5 que "Every individual shall have the right to the respect of dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status (…)". Por otra parte, el CEDH no contiene de forma expresa el derecho a la personalidad jurídica porque el Consejo de Europa en su momento lo consideró un derecho inherente e implícito en los demás derechos garantizados en la Convención[236].

En cuanto a los instrumentos internacionales que tratan de forma específica las desapariciones forzadas, la Declaración de 1992 prevé expresamente en su artículo 1.2 que "todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley (…)" y "constituye una violación de las normas de derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (…)". En cambio, la Convención Interamericana de 1994 no se refiere de forma expresa al derecho a la personalidad jurídica, pero en su artículo II considera que las desapariciones forzadas dejan a la víctima fuera de la protección de la ley al impedir "el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes".

[235] Adoptada por la AGNU en su resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, entró en vigor el 3 de mayo de 2008 y cuenta con 153 Estados Partes (datos de abril de 2015).

[236] CONSEJO DE EUROPA, *Explanatory Report on Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto* (ETS No.46), 16 de septiembre de 1963, párr. 35. El texto propuesto por la Asamblea Consultativa fue "Every individual shall have the right to recognition everywhere as a person in the eyes of the law", pero el Comité de Expertos en Derechos Humanos decidió no incluir dicho artículo por las siguientes razones: "The Committee decided not to include any provision to this effect in the Protocol on the grounds that: a) it was unnecessary, since its content could be deduced from other Articles in the Convention (especially Articles 4, 6 and 14); b) its ambiguous wording might lay it open to dangerous legal interpretations; c) in any case, such a clause, if adopted, should have its place in the Preamble or in the early Articles of the Convention, rather than in a Protocol. The Committee also rejected a proposal suggesting a combination in one provision of the principles of recognition as a person before the law and equality before the law".

La intención de dejar a la víctima fuera de la protección de la ley puede considerarse como una consecuencia inherente de las desapariciones forzadas[237] y, en particular, de la negativa por parte de las autoridades estatales de reconocer la privación de libertad o de informar sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida. Sin embargo, el artículo 7.2.i) del ECPI requiere que el autor "haya tenido la intención de dejar a esa persona o personas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado"[238]. Este elemento intencional añadido por el Estatuto de Roma puede conllevar en la práctica una mayor dificultad para las víctimas para probar la autoría de los delitos de desapariciones forzadas[239]. No obstante, como se verá a continuación, el CDH ha utilizado en sus dictámenes precisamente estos elementos para constatar la violación del derecho a la personalidad jurídica en casos de desapariciones forzadas[240].

A pesar de que la Convención Internacional de 2006 no menciona expresamente el derecho a la personalidad jurídica, en el artículo 2 entiende por desaparición forzada "el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad (…) 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*"[241]. Aunque durante los *travaux préparatoires* hubo mucho debate en torno a si la sustracción a la protección de la ley era una consecuencia o bien un elemento más -o un elemento intencional- de la definición de desaparición forzada[242], lo cierto es que esta cuestión está íntimamente ligada al derecho a la personalidad jurídica, como bien indica el GTDFI en su comentario general sobre el derecho a la personalidad jurídica en el contexto de las desapariciones forzadas en el cual se establece que "There is indeed a strong link between one of the elements of the legal definition of enforced disappearance –the placement of the disappeared

[237] GTDFI, *Comentario General sobre la definición de desapariciones forzadas*, ONU Doc. A/HRC/7/2, de 10 de enero de 2008, párr. 5.
[238] ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, Doc. ICC-ASP/1/3, *cit.*, nota 99 *supra*.
[239] Véase Capítulo II. sección 1.3 *supra.*
[240] Ver entre otros, el caso *Aboussedra v. Libia*, *cit.*, nota 42 *supra,* en el que la víctima estuvo detenida "desaparecida" durante 20 años y el caso *Aouabdia v. Algeria*, *cit.*, nota 42 *supra,* en el cual la víctima estuvo "desaparecida" durante 17 años, aunque el CDH también lo ha tenido en cuenta en casos en los que aún se desconoce el paradero de la víctima como por ejemplo, *El Abani v. Libia*, *cit.*, nota 42 *supra.*
[241] Énfasis añadido por la autora.
[242] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2005/66, de 10 de marzo de 2005, párr. 23-25.

person outside the protección of the law- and the right to recognition as a person before the law"[243].

El derecho a la personalidad jurídica se refiere a la protección del derecho de todo individuo a ser tratado como una persona ante la ley y, por lo tanto, de ser titular de derechos y obligaciones, incluyendo la capacidad para ser parte en un proceso judicial (como demandante y como demandado)[244]. Aunque la titularidad del derecho a la personalidad jurídica no admite restricciones, por considerarse un derecho inderogable[245], el ejercicio del mismo sí puede limitarse[246], sin que dicha restricción constituya una violación del derecho. Si bien en la redacción inicial del artículo 16 del PICDP se contemplaba la posibilidad de restringir el ejercicio de los derechos civiles en determinadas circunstancias[247], finalmente se consideró que el derecho a la personalidad jurídica hacía referencia a la persona como sujeto de la ley y no como objeto y que, por lo tanto, no incluía su capacidad para actuar y ejercer sus derechos, que puede limitarse en el caso de los menores o personas con discapacidad, haciendo una clara distinción entre el derecho a la titularidad y la capacidad de ejercer los derechos:

> "(…) the capacity to be a person before the law must be distinguished from the capacity to act, i.e., to establish rights and duties by way of one's own conduct. Whereas the essence of the capacity to be a person before the law is linked to the recognition of legal personality, the two variants –capacity to incur contractual liability and capacity for tortius liability, do not necessarily follow the recognition of legal personality"[248].

El derecho a la personalidad jurídica es el derecho a ser persona, a existir oficialmente y constituye además el prerrequisito indispensable para todos los demás derechos y libertades

[243] GTDFI, *General Comment on the right to recognition as a person before the law…cit.*, nota 229 *supra,* preámbulo.
[244] BOGDAN, M., "Article 6", en EIDE, A *et al* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, 1992, p. 111.
[245] Véase artículo 4.2 del PIDCP así como el comentario general nº 29, *cit.,* nota 17 *supra.*
[246] ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Publicacions UB, Barcelona, 2011, p. 388.
[247] "No person shall be restricted in the personal exercise of his civil rights or deprived of juridical personality, save in case of: a) minors, b) persons of unsound mind; and persons convicted of crime for which this penalty is provided by law", *report of the Working Group*, UN Doc. E/CN.4/56, de 11 de diciembre de 1947, artículo 14 [16], en BOSSUYT, M. J., *Guide to the "Travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights,* Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1987, p. 335.
[248] NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights…, op. cit.,* nota 12 *supra*, pp.282-283.

fundamentales[249]. Razón por la cual también se le llama "derecho de los derechos" al considerar que está íntimamente ligado a la dignidad humana[250]. La doctrina[251] considera que el derecho a la personalidad jurídica nace con la persona, llegando incluso a tener efectos retroactivos a partir de su concepción[252] (siempre que nazca con vida) y que se extingue con su muerte, a pesar de que algunos "efectos" pueden perdurar en el tiempo como es el caso de los legados testamentarios, donación de órganos, etc.

El derecho a la personalidad jurídica es "reconocido" en el artículo 16 del PIDCP en el sentido de que se trata de un derecho fundamental inherente a la persona humana y, por lo tanto, no es una "concesión" u "otorgamiento" del Pacto. De modo que, la intención de los redactores del Tratado fue la de reforzar este derecho para reafirmar las libertades fundamentales del individuo y convertirlas en normas obligatorias[253].

También es importante destacar que el derecho a la personalidad jurídica se reconoce "en todas partes", tanto en la DUDH como en el PIDCP, en el sentido de que los Estados no sólo tienen obligación de respetar este derecho respecto de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sino que además, según VOLIO, los redactores del Pacto tenían el propósito de que este derecho fundamental fuera supervisado por todos los Estados parte del Pacto, conllevando una obligación de hacerlo cumplir también a los Estados no parte, probablemente con la intención de dar al derecho a la personalidad jurídica un carácter de *ius cogens*[254]. Si bien se podría matizar esta amplia concepción del derecho a la personalidad jurídica, y considerar que el artículo 16 del Pacto no obliga a los Estados parte a cooperar internacionalmente entre ellos más allá del ámbito de aplicación del Pacto en el territorio bajo

[249] *Ibid.*, p. 282; CARLSON, S. N. y GISVOLD, G., *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights,* Transnational Publishers, Nueva York, 2003, p. 103.
[250] GTDFI, *General Comment on the right to recognition as a person before the law..., cit.*, nota 229 *supra.* Nótese que la CADHP en su artículo 5 vincula expresamente el respeto a la dignidad humana y el derecho a la personalidad jurídica, y a su vez, el mismo precepto prohíbe la esclavitud, la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.
[251] Véase, entre otros, NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights…, op. cit.*, nota12 *supra*, p.284; BOGDAN, M. "Article 6", *op. cit.*, nota 244 *supra*, p.112; CARLSON, S. N. y GISVOLD, G., *Practical Guide to the International Covenant…, op. cit,* nota 249 *supra,* p. 103.
[252] VOLIO, F. "Legal personality, privacy, and the family", en HENKIN, L. (ed.) *The International Bill of Human Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981, p. 186. Véase también, artículo 4 de la CADH el cual establece que el derecho a la vida "estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de su concepción", mientras que el PICDCP, en su artículo 6, no otorga el derecho a la vida al feto.
[253] *Ibid.*, p. 188.
[254] *Ibid.*, p. 189.

su jurisdicción[255], también es relevante el hecho de que el término "en todas partes" se mantuvo en la redacción final del precepto al considerar que no era superfluo[256].

5.2. Jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas en relación a la vulneración del derecho a la personalidad jurídica

La constatación de la vulneración del derecho a la personalidad jurídica en la jurisprudencia internacional en materia de desapariciones forzadas ha sido relativamente tardía, siendo el CDH el primer órgano en reconocer dicha violación en el caso *Grioua c. Argelia* en el 2007 -a pesar de haber tratado casos de desapariciones forzadas desde principios de 1980[257]- en donde tiene en cuenta principalmente dos factores para determinar la violación del derecho a la personalidad jurídica que son: por un lado, el hecho de que la persona desaparecida fuera vista por última vez en manos de agentes del Estado; y, del otro, el hecho de que el acceso a los recursos efectivos de los familiares haya sido sistemáticamente obstaculizado por parte de las autoridades:

> "The Committee points out that intentionally removing a person from the protection of the law for a prolonged period of time may constitute a refusal to recognize that person before the law if the victim was in the hands of the State authorities when last seen and, at the same time, if the efforts of his or her relatives to obtain access to potentially effective remedies, including judicial remedies (Covenant, artículo 2, para. 3) have been systematically impeded" [258].

En estos casos, según el CDH, las personas desaparecidas se ven privadas, en la práctica, de su capacidad para ejercer sus derechos fundamentales y del acceso a cualquier recurso como consecuencia de la actuación directa del Estado, lo cual debe ser interpretado como una negativa a reconocer a las víctimas su derecho a la personalidad jurídica. El Comité considera que cuando una persona es arrestada por las autoridades y posteriormente no hay noticias sobre su suerte o paradero y no se lleva a cabo ningún tipo de investigación al

[255] Véase, entre otros, NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights…, op. cit.*, nota 12 *supra*,p.284; JOSEPH, S., SCHULTZ, J. y CASTAN, N., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary,* Oxford University Press, Nueva York, 2004, p.299.
[256] BOSSUYT, M. J., *Guide to the "Travaux préparatoires"…, op. cit.*, nota 247 *supra*, p. 337.
[257] Véase, entre otros, CDH, *Almeida de Quinteros v. Uruguay*, *cit.,* nota 109 *supra*; *Bleier v. Uruguay*, *cit.,* nota 108 *supra.*
[258] CDH, *Grioua v. Algeria*, *cit.*, nota 45 *supra*, párr. 7.8, y Comunicación núm. 1328/2004, *Kimouche v. Argelia*, dictamen aprobado el 10 de julio de 2007, párr. 7.9.

respecto, esa omisión por parte del Estado conlleva la vulneración del derecho a la personalidad jurídica[259].

Cabe destacar que el Comité utiliza en sus decisiones las expresiones "intentionally removing a person from the protection of the law" y "for a prolonged period of time", contenidas únicamente en la definición de desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en el ECPI pero que no se encuentran en las demás definiciones de desapariciones forzadas de la Convención Internacional de 2006, la Declaración de 1992 y la Convención Interamericana de 1994. Este elemento intencional, propio del derecho penal, no fue incluido en la definición final de desaparición forzada de la Convención Internacional de 2006 por considerar que podría ser muy difícil para las víctimas probar este aspecto, además de considerar que era implícito en todo crimen de desaparición forzada[260]. En cuanto al término "por un periodo prolongado", además de no ser una expresión precisa y de considerar que en los casos de desaparición forzada es importante poder actuar lo antes posible desde que se conoce la detención de la persona para prevenir su desaparición, hizo que este elemento temporal tampoco fuera incluido en la definición final de la Convención Internacional de 2006[261]. No obstante, se puede observar que en la práctica estos elementos adicionales de la definición no han sido un obstáculo para que el Comité considerara que hubo un delito de desaparición forzada que conlleva, entre otros, la vulneración del derecho a la personalidad jurídica.

Por lo tanto, según el Comité, la sustracción de la persona a la protección de la ley de forma intencionada por un periodo prolongado puede constituir la negación del derecho a la personalidad jurídica si la víctima fue vista por última vez en manos de agentes del Estado y, además, sus familiares han visto sistemáticamente impedido el acceso a recursos efectivos, incluyendo recursos judiciales.

[259] CDH, *Madoui v. Algeria*, *cit.*, nota 232 *supra*, párr. 7.8; *Benaziza v. Algeria*, *cit.*, nota 185 *supra*, párr. 9.8; *El Abani v Libia*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 7.9; *Aboussedra v. Libia*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 7.9; *Aouabdia v. Algeria*, *cit.*, nota 42 *supra*, párr. 7.9.
[260] ONU Doc. E/CN.4/2004/59, *cit.*, nota 153 *supra*, párr. 25; véase también ONU Doc. E/CN.4/2002/71, *cit.,* nota 129 *supra,* párr. 74, informe presentado por Manfred Nowak en el cual recomendaba no incluir un elemento intencional complementario en la definición de desaparición forzada.
[261] Ver Capítulo 2, sección 1.3. *supra.*

En el ámbito regional, la Corte IDH, a pesar de considerar que las desapariciones forzadas vulneran múltiples derechos humanos fundamentales, ha sido muy reacia en constatar la violación del derecho a la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la CADH. En sus primeros célebres "casos hondureños" relativos a desapariciones forzadas[262], la Corte consideró violados el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la libertad y seguridad personal, entre otros, pero se abstuvo de considerar la violación del derecho a la personalidad jurídica, probablemente porque ninguna de las partes lo alegó. La Corte, a lo largo de su jurisprudencia, ha rechazado sistemáticamente la violación de dicho derecho hasta que reconsideró su posición en el 2009 en el caso *Anzualdo Castro c. Perú*, en el cual constató por primera vez la violación del derecho a la personalidad jurídica en relación con las desapariciones forzadas.

Hasta el momento, la Corte solamente había constatado la violación del derecho a la personalidad jurídica en relación con las desapariciones forzadas en el caso *Trujillo Oroza c. Bolivia* [263] a partir del reconocimiento que el propio Estado había realizado de su responsabilidad, pero la Corte IDH no aprovechó la oportunidad para entrar a analizar el fondo de la cuestión jurídica en relación con dicho derecho. Sin embargo, en el mismo año, en el caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, la Corte IDH consideró que no hubo violación del artículo 3 porque "la privación arbitraria de la vida suprime a la persona humana, y, por consiguiente, no procede, en esta circunstancia, invocar la supuesta violación del derecho a la personalidad jurídica o de otros derechos consagrados en la Convención Americana"[264]. En este caso, la Corte presumió que la persona desaparecida había sido ejecutada teniendo en cuenta el contexto de práctica estatal de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, además de no tener noticias de la víctima durante más de 8 años, de modo que consideró que no procedía examinar la violación del derecho a la personalidad jurídica.

Poco después, en el caso *La Cantuta c. Perú*, la Corte razonó que a pesar de que el Estado había reconocido la violación del derecho a la personalidad jurídica contenido en el artículo 3 de la CADH "(...) en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 53.2 del

[262] CORTE IDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, *cit.*, nota 3 *supra*, *Godínez Cruz c. Honduras*, *cit.*, nota 3 *supra*, y *Fairén Garbi y Solís Corrales c. Honduras*, Fondo, Sentencia de 15 de marzo de 1989.
[263] CORTE IDH, *Trujillo Oroza c. Bolivia, cit.*, nota 146 *supra*, párr. 41. Véase también *Caso Benavides Cevallos c. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de junio de 1998, párr. 43.
[264] CORTE IDH, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, *cit.*, nota 3 *supra*, párr. 180.

Reglamento, la Corte considera que en el presente caso no hay hechos que permitan concluir que el Estado haya violado el artículo 3 de la Convención"[265]. Asimismo, en el caso *Ticona Estrada c. Bolivia*, aunque la CIDH había alegado la violación del derecho a la personalidad jurídica y el Estado se había allanado en dicha pretensión, la Corte reafirmó su posición mantenida hasta el momento y consideró que las desapariciones forzadas no vulneraban el artículo 3 de la CADH:

> "Como la Corte ha observado, la CIDFP [Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas] no se refiere expresamente al reconocimiento de la personalidad jurídica entre los elementos de tipificación del delito complejo de la desaparición forzada de personas. Asimismo, el Tribunal ha indicado que dicho derecho tiene un contenido jurídico propio, esto es, el derecho de toda persona a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, en ese sentido, la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes. En razón de lo anterior, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 53.2 del Reglamento, la Corte considera que en el presente caso no hay hechos que permitan concluir que el Estado haya violado el artículo 3 de la Convención Americana"[266].

El contenido del derecho a la personalidad jurídica ha sido desarrollado por la Corte IDH sobre todo a partir de los casos referidos a las comunidades indígenas en donde, siguiendo el principio de efectividad, el tribunal ha considerado que el Estado es el responsable de proteger a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad y está obligado a "garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley"[267]. Por ejemplo, en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, la Corte concluyó que sus miembros habían "permanecido en un limbo legal en que, si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica"[268].

Con *Anzualdo Castro c. Peru*, la Corte IDH reconsidera su jurisprudencia en materia de desapariciones forzadas y decide constatar la violación del derecho a la personalidad jurídica, cuyo contenido había ido desarrollando a partir de otros casos de violaciones de

[265] CORTE IDH, *La Cantuta c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 121.
[266] CORTE IDH, *Ticona Estrada y otros c. Bolivia*, *cit.*, nota 118 *supra*, párr. 69.
[267] CORTE IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 189; *Saramaka c. Suriname*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 166.
[268] CORTE IDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay*, *cit.*, nota 267 *supra*, párr. 192.

derechos humanos como los de las comunidades indígenas, al entender que "una de las características de la desaparición forzada, a diferencia de la ejecución extrajudicial, es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos"[269]. De modo que el Tribunal llega a la conclusión de que:

> "(…) dado el carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, el Tribunal reconsidera su posición anterior y estima posible que, en casos de esta naturaleza, la desaparición forzada puede conllevar una violación específica del referido derecho: más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional"[270].

En los casos posteriores sobre desapariciones forzadas, la Corte ha consolidado este cambio jurisprudencial en relación con el derecho a la personalidad jurídica interpretando el artículo II de la Convención Interamericana de 1994 de forma amplia al considerar que "la consecuencia de la negativa a reconocer la privación de libertad o paradero de la persona es, en conjunto con los otros elementos de la desaparición, la "sustracción de la protección de la ley" o bien la vulneración de la seguridad personal y jurídica del individuo que impide directamente el reconocimiento de la personalidad jurídica"[271]. Además, la Corte IDH destaca el elemento intencional de las desapariciones forzadas como factor relevante para determinar la violación del derecho a la personalidad jurídica puesto que "del *modus operandi* de esta práctica se desprende la intención deliberada, no sólo de dejar al individuo fuera del ejercicio

[269] CORTE IDH, *Anzualdo Castro c. Perú*, *cit.*, nota 56 *supra*, párr.91.
[270] *Ibid.*, párr. 90. Véase también, entre otros, CORTE IDH, *Torres Millacura y otros c. Argentina*, *cit.*, nota 52 *supra*, párr. 105; *Chitay Nech y otros c. Guatemala¸ cit.*, nota 121 *supra*, párr. 98; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, cit.*, nota 1 *supra*, párr. 98; *Gomes Lund y otros ("Guerrilha Do Araguaia") c. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 122; *González Medina y familiares c. República Dominicana, cit.* nota 51 *supra,* párr. 188; *Masacres del Río Negro c. Guatemala,* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 118.
[271] Véase, entre otros, CORTE IDH, *Chitay Nech y otros c. Guatemala¸ cit.*, nota 121 *supra*, párr. 99; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, cit.*, nota 1 *supra*, párr. 99; *González Medina y familiares c. República Dominicana, cit.*, nota 51 *supra*, párr. 186; *Osorio Rivera y familiares c. Perú*, *cit.*, nota 59 *supra*, párr. 170.

de los recursos legales y las garantías procesales pertinentes, sino también de otros derechos, ya sean éstos civiles o políticos, así como la extracción de su comunidad y grupo familiar"[272].

A pesar de que las desapariciones forzadas imposibilitan a la persona desaparecida ejercer todos los derechos de los cuales también es titular, la Corte IDH ha interpretado que no significa que la desaparición forzada, como violación múltiple y compleja, implique la violación de todos aquellos derechos que la persona desaparecida se ve imposibilitada de ejercer[273].

Este cambio significativo en la jurisprudencia de la Corte IDH refleja la complejidad y la gravedad del delito de desaparición forzada que no sólo vulnera derechos humanos fundamentales sino que socava el derecho y la capacidad de toda persona de ser titular de derechos y obligaciones bajo la ley, dejando a la persona desaparecida fuera de la protección de la ley, totalmente indefensa y en un limbo legal, vulnerando a su vez, su dignidad humana.

[272] CORTE IDH, *Chitay Nech y otros c. Guatemala¸ cit.*, nota 121 *supra*, párr. 100; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, cit.*, nota 1 *supra*, párr. 100.
[273] CORTE IDH, *González Medina y familiares c. República Dominicana, cit.*, nota 51 *supra*, párr. 190; *Gudiel Álvarez y Otros ("Diario Militar") c. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 210; *García y familiares c. Guatemala*, *cit.*, nota 53 *supra*, párr. 110.

PARTE II

DE LA IMPUNIDAD

A LA RENDICION DE CUENTAS

INTRODUCCIÓN A LA PARTE II

La "justicia transicional" surgida a raíz de la democratización del cono Sur de América Latina, seguida de Sudáfrica, Sudeste de Asia, antiguos Estados soviéticos del Este de Europa y recientemente en África subsahariana y el Magreb, comprende un conjunto de discursos legales, políticos y éticos sobre cómo las instituciones nacionales deben afrontar las graves violaciones de derechos humanos del pasado[1]. La justicia transicional es definida por Ruth Teitel como una concepción de justicia asociada a periodos de cambio político que se caracteriza por una respuesta legal para afrontar las atrocidades del régimen represor anterior[2]. Uno de los principales retos de la justicia transicional es el equilibrio entre la persecución penal y la adopción de otras medidas institucionales dirigidas a la reconciliación de la sociedad, como las comisiones de la verdad[3]. Algunos autores utilizan la expresión "justicia post-conflicto" o "*ius post bellum"* para referirse a las medidas destinadas a conseguir el fin de un conflicto armado y en última instancia una paz justa, a diferencia de la "justicia

[1] PENSKY, M. "*Just Post Bellum* and amnesties", en MAY, L. y EDENBERG, E., *Just Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, p. 115. (pp. 152-177).
[2] TEITEL, R., "Transitional Justice Genealogy"*, Harvard human Rights Journal*, vol. 16, 2003, p. 69.
[3] Veánse, entre otros, PION-BERLIN, "To Prosecute or to Pardon? Human Rights Decision in the Latin American Southern Corn", *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, 1994, núm. 1, pp. 105-130; ZALAQUETT, J. "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting the Past Human Rights Violations", *Hastings Law Journal*, Vol. 43, 1991-1992, pp. 1425-1438; ORENTLICHER, D., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, núm. 8, pp. 2537-2615; RATNER, S. R., "Judging the Past: State Practice and the Law of Accountability", *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, núm. 2, pp. 412-420.

transicional" que se refiere en general a los procesos de transición de un Estado represivo hacia un Estado más democrático[4]. Es lo que algunos autores llaman el paso de la "Justicia de transición a la democracia" a la "Justicia de transición a la paz"[5]. Otros autores utilizan la expresión "justicia post-transicional" para referirse a la revisión de las medidas de justicia transicional por parte de las nuevas generaciones en el poder mientras las medidas de justicia transicional aún están en vigor[6].

Asimismo, en los últimos años, más allá de la verdad y la justicia, la doctrina ha ido ampliando el concepto de justicia transicional al vincularla al desarrollo y en la importancia de tener en cuenta los aspectos sociales y económicos de las sociedades en transición[7], así como también el estudio de las medidas de justicia transicional enfocándose en determinados colectivos como el de las mujeres[8]. Por otra parte, también han surgido voces críticas de la justicia transicional en relación a la tendencia de los actores de la comunidad internacional a aplicar medidas estandarizadas de justicia transicional a través de un "toolkit" o una "plantilla jurídica"[9], como si se trataran de expertos en reconstruir "sociedades rotas" o "Estados fallidos"[10] y proponen "repensar" la justicia transicional para que incluya no sólo medidas de rendición de cuentas sino también otros aspectos como la justicia social, la desigualdad, la

[4] Véase, entre otros, BASSIOUNI, M.CH., *Post-conflict Justice*, Transational Publishers Inc., Nueva York, 2002; MAY, L. y EDENBERG, E., *Just Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.

[5] FORCADA BARONA, I. *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Civitas, Thomson Reuters, 2011, pp. 110-111.

[6] AGUILAR, P., "Transitional or Post-Transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case", *South European Society and Politics*, Vol. 13, 2008, núm.4, p. 430. (pp. 417-433)

[7] Véase, entre otros, MANI, R., "Editorial Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, 2008, pp. 253–265; DE GREIFF, P., "Articulating the Links Between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration", en DE GREIFF, P. y DUTHIE, R., *Transitional justice and development: making connections*, ICTJ / Social Science Research Council, Nueva York, 2009, pp. 28-75.

[8] Véase, entre otros, ALAM, M., *Women and Transitional Justice. Progress and Persistent Challenges in Retributive and Restorative Processes*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014; POTTER, M. y ABERNETHY, H., "What about the Women? Transitional Justice and Gender in Bosnia and Herzegovina and Northern Ireland" en SIMIC, O. y VOLCIC, Z., (eds.), *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*, Springer, Nueva York, 2013, pp. 163-180.

[9] Expresión utilizada por Ignacio Forcada en FORCADA BARONA, I. *Derecho Internacional…, op. cit.*, nota 5 *supra,* p. 23.

[10] LABAN HINTON, A., *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, Rugters University Press, New Brunswick, 2010, p. 7.

pobreza, la educación, etc.[11] a la que Dustin N. Sharp llama "cuarta generación" de justicia transicional[12].

En todo caso, el Secretario General de las Naciones Unidas propone una estrategia "holística" y "prestar una atención integrada a los procesos, las indemnizaciones, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes y las destituciones o a una combinación adecuada de los elementos anteriores" en el sentido de hacer una combinación de medidas de justicia transicional y, por lo tanto, no se trata de mecanismos excluyentes sino complementarios [13] . La justicia transicional es un fenómeno "multidimensional" en el cual "tienen cabida las particularidades de cada sociedad en transición" de modo que su configuración varía en cada caso concreto[14]. Si bien hay una serie de medidas estándares no quiere decir que la justicia transicional sea *à la carte* sino que tiene unos límites establecidos por el derecho internacional[15]. Estos límites se refieren, sobre todo, a la inadmisión de medidas de amnistía cuando éstas impiden el derecho a la verdad de las víctimas de violaciones de derechos humanos, obstaculizan el ejercicio de la obligación de los Estados de investigar, juzgar y, en su caso, castigar y, finalmente, las que impiden el ejercicio del derecho a un recurso efectivo, incluido el derecho a la reparación.

La práctica de las desapariciones forzadas, como se ha visto en la Parte I, puede tener lugar en diferentes contextos, ya sea un conflicto armado, en regímenes autoritarios o en el marco de la lucha contra el terrorismo, entre otros. En situaciones de transición, la cuestión de las personas desaparecidas es delicada y no solamente debe abordarse desde un punto de vista humanitario, sino que también debe exigirse responsabilidad de los autores porque uno de los mayores obstáculos para la erradicación de las desapariciones forzadas es la impunidad. En esta Parte II, se estudiará cuáles son los mecanismos más adecuados para ayudar a los

[11] Véanse, entre otros, JENKINS, C., "Transitional Justice: Lessons from South Africa?", en JENKINS, C. Y DU PLESSIS, M. (eds.), *Law, Nation-Building and Transformation: The Sout African experience perspective*, Intersentia, Cambridge / Antwerp / Portland, 2014, pp. 1-40; ORÉ, G. y GÓMEZ ISA, F. (eds.), *Rethinking Transitions: Equiality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*¸ Intersentia, Cambridge / Antwerp / Portland, 2011.

[12] SHARP, D. N., "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 26, 2013, núm. 1, pp. 149-178.

[13] SGNU, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, ONU Doc. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, 26.

[14] BONET PÉREZ, J y ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos* 53, 2009, pp.96-97.

[15] FORCADA BARONA, I. *Derecho Internacional…op. cit.*, nota 5 *supra*, p. 28.

familiares a encontrar a sus allegados desaparecidos. Para ello se seguirá la estructura de los *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*[16], proyecto iniciado por Louis Joinet en 1997[17] y actualizado por Diane F. Orentlicher en el 2005, en donde se establecen cuáles son las obligaciones de los Estados frente a graves violaciones de derechos humanos.

Es por ello que se tratará en primer lugar el derecho a la verdad, cuyo origen se encuentra en el derecho internacional humanitario y que se reconoce por primera vez en el ámbito internacional de los derechos humanos en la Convención Internacional de 2006. El derecho a la verdad tiene una doble dimensión, individual y colectiva, que en el caso de las desapariciones forzadas se traduce en el derecho de los familiares de las víctimas de conocer la suerte o paradero de la persona desaparecida y, en caso de muerte, de la recuperación, e identificación de los restos de la persona desaparecida. Para ello, las comisiones de la verdad, así como la progresiva incorporación de los métodos forenses para la identificación de los restos contribuyen de forma significativa al derecho a la verdad.

En segundo lugar, se examinará el derecho a la justicia y las salvaguardias contra la impunidad, haciendo énfasis en la obligación de los Estados de juzgar a los autores y en la inadmisibilidad de las amnistías en relación a las desapariciones forzadas por considerarse un crimen de derecho internacional cuya prohibición es una norma de *ius cogens* y, por lo tanto, absoluta. Además, se analizará la importancia de la tipificación de la desaparición forzada como un delito autónomo para prevenir y castigar a los responsables de estos crímenes, teniendo en cuenta el carácter permanente o continuado de las desapariciones forzadas. El hecho de que el delito no cese hasta que se encuentre la suerte o paradero de la persona desaparecida tiene consecuencias a efectos de prescripción del delito así como para el establecimiento de la competencia *ratione temporis* de los tribunales internacionales y nacionales cuando la desaparición forzada se inició con anterioridad a su jurisdicción. Asimismo, como crimen de derecho internacional, los Estados pueden ejercer la jurisdicción universal, sobre todo en aquellos casos en que la desaparición forzada no constituye un

[16] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, ONU Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.
[17] *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997.

crimen de lesa humanidad y que, por lo tanto, no quedan dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional.

Finalmente, el último capítulo abordará el derecho a la reparación y garantías de no repetición de las víctimas, haciendo especial énfasis en las distintas formas de reparación que requieren los familiares de las personas desaparecidas y que incluyen la restitución, la indemnización, la rehabilitación y la satisfacción. En este sentido, la Corte IDH ha desarrollado una amplia jurisprudencia en la materia, si bien las comisiones de la verdad también tienen un papel importante en cuanto suelen recomendar el tipo de reparaciones adecuadas para las víctimas.

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA VERDAD

El derecho a la verdad es un derecho autónomo e inalienable[1], relacionado con el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, realizar investigaciones eficaces y garantizar recursos efectivos y reparación. El derecho a saber la verdad se invoca generalmente en un contexto de violaciones graves de los derechos humanos e infracciones graves del Derecho internacional humanitario. En caso de desaparición forzada, el derecho a la verdad tiene una faceta especial: el conocimiento, por parte de los familiares, de la suerte y el paradero de las personas desaparecidas. En caso de fallecimiento, este derecho además implica la obligación del Estado de buscar, respetar y restituir los restos mortales para que los familiares puedan enterrarlos conforme a sus tradiciones o creencias religiosas[2].

El derecho a saber ha sido señalado en el *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad* de 2005[3] (Conjunto de principios contra la impunidad) como uno de los pilares de la lucha contra la impunidad, junto con el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación y garantías de no repetición. En relación con el derecho a saber, el Conjunto de principios contra la impunidad distingue entre el derecho inalienable a la verdad de carácter colectivo[4] y el derecho de las víctimas a saber de carácter individual, que en este caso corresponde a los familiares de las personas desaparecidas y supone que, "independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen *el derecho imprescriptible a conocer la verdad* acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima" (Principio 4).

---

[1] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, ONU Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005; ACNUDH, *Estudio sobre el derecho a la verdad,* ONU Doc. E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006.

[2] Véase CICR, *Las personas desaparecidas y sus familiares. Documentos de referencia*, Ginebra, febrero de 2004, p. 20; CORTE IDH, *Caso Trujillo Oroza c. Bolivia*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 115: "[…] los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto para con sus deudos y con el fin de que éstos puedan darle una adecuada sepultura".

[3] *Conjunto de principios actualizado…, cit.,* nota 1 *supra.*

[4] Principio 2. El Derecho inalienable a la verdad: "Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes".

En el contexto de las desapariciones forzadas, el derecho a saber la verdad incluye "conocer los progresos y resultados de la investigación, la suerte y paradero de las personas desaparecidas y las circunstancias de la desaparición, así como la identidad del autor o los autores de la desaparición"[5], y está estrechamente vinculado con el derecho a la justicia y a un recurso efectivo, el derecho a obtener reparación y el derecho a la información.

Tradicionalmente se ha considerado la dicotomía *verdad v. justicia* en el sentido de que en los países en transición, cuando no es posible enjuiciar a los responsables de las atrocidades del pasado por miedo a desestabilizar el país, las comisiones de la verdad son la segunda mejor opción[6]. No obstante, cada vez más la tendencia es a considerar que son complementarias y, por lo tanto, sería más adecuado considerar la "verdad como forma de justicia" o "verdad y justicia"[7]. Para que las medidas de justicia transicional tengan éxito no es tan importante *cómo* se consiguen los objetivos sino *si* se consiguen los objetivos[8]. Al mismo tiempo, los gobiernos de transición también tienen que abordar cuestiones relacionadas con la seguridad, la consolidación de las instituciones democráticas, la reconstrucción de las infraestructuras destruidas, reinserción de los soldados en la vida civil, reactivar la economía o el retorno de los refugiados y desplazados[9]. Otros factores a tener en cuenta también son los "spoilers", personas que se oponen a la transición bien porque no están de acuerdo con las medidas adoptadas, bien porque no han podido participar en los acuerdos de paz y se siente excluidos del proceso.

A continuación se estudiará la regulación jurídica y el contenido y alcance del derecho a la verdad, en su dimensión tanto individual como colectiva. Además se examinará la

[5] GTDFI, *Comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas*, ONU Doc. A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011, párr. 1. Véase también AGNU, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, Principio 34 en el que se establece que en caso de que una persona desaparezca durante su detención, deberá llevarse a cabo una investigación sobre la causa de su desaparición y "las conclusión de esa investigación o el informe correspondiente serán puestos a disposición de quien lo solicite, a menos que con ello se obstaculice la instrucción de una causa penal en curso".

[6] ROTH-ARRIAZA, N., "The new landscape of transitional justice", en ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZCURRENA, J., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, 2006, p. 3.

[7] JEFFERY, R., *Amnesties, Accountability and Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2014, p. 67.

[8] LUTZ, E., "Transitional Justice: lessons learned and the road ahead", en ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZCURRENA, J., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, 2006, p. 329.

[9] *Ibid*.

importancia del establecimiento de las comisiones de la verdad como mecanismo de justicia transicional a través del cual las víctimas y la sociedad en general pueden conocer las circunstancias de las desapariciones forzadas. Igualmente, se analizará el impacto de la utilización de los métodos forenses como herramienta fundamental para la identificación de las personas desaparecidas, en especial mediante el análisis de ADN, además de constituir un medio para saber la verdad y también su incidencia en los procesos penales. Asimismo, se abordará la cuestión de las exhumaciones y la importancia de localizar, recuperar e identificar los restos de las personas desaparecidas como una forma de dignificar a las víctimas. Finalmente se examinará la necesidad de establecer memoriales o museos de memoria histórica como parte de la dimensión colectiva del derecho a la verdad, y, además, también se abordará la importancia de garantizar el acceso a los archivos como parte del derecho a la verdad.

1. REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VERDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1.1. Origen en el derecho internacional humanitario

El origen del derecho a saber se encuentra en las familias separadas y dispersas como consecuencia de un conflicto armado o situación de violencia interna, que recurren a las autoridades para que les ayuden a encontrar las personas desaparecidas. Ya en 1974 la AGNU afirmó que "el deseo de conocer la suerte sufrida por los seres queridos desaparecidos en los conflictos armados constituye una *necesidad humana básica* que debe ser satisfecha en todo lo posible[10]" (cursiva añadida). Esta "necesidad humana básica" fue recogida en 1977 en el art. 32 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949 en el cual se reconoce, como principio general, "el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros"[11], junto con los arts. 33 y 34 que hacen referencia a los desaparecidos y los restos de las personas fallecidas respectivamente. El objetivo de estas disposiciones es que los

[10] AGNU, Resolución 3220 (XXIX), *Asistencia y cooperación para localizar a las personas desaparecidas o muertas en conflictos armados*, de 6 de noviembre de 1974.
[11] Nótese que el derecho es de una *familia* en relación a sus *miembros* en el sentido de personas con lazo afectivo o personal, según comentario del art. 32 en PILLOUD, C., DE PREUX, J. y SANDOZ, Y., *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, CICR, 1986, p. 348.

Estados se comprometan a facilitar información y a buscar a las personas que han desaparecido como consecuencia de un conflicto armado. En los comentarios sobre el Protocolo Adicional I de 1977, se refleja que la intención del art.32 era la de reconocer un principio humanitario fundamental:

> "Atténuer les souffrances des familles des personnes disparues dans la guerre en dissipant l'incertitude sur leur sort, et leur donner la possibilité d'honorer leurs morts sur les lieux mêmes où reposent leur restes, c'est là un principe humanitaire fondamental"[12].

En el 2003, el CICR organizó una conferencia internacional de expertos gubernamentales y no gubernamentales en Ginebra para tratar el tema de las personas desaparecidas y se debatió, entre otros temas, sobre la existencia de un derecho universal a saber[13]. Si bien algunos alegaron que se trataba de un derecho consuetudinario, otros lo compararon con el derecho a la salud, en el sentido de no contener una obligación de resultado sino de comportamiento. La falta de consenso no permitió establecer la existencia de un derecho universal a saber, debido a que no todos los Estados son parte del Protocolo Adicional I de 1977, de modo que tampoco se podía asegurar su carácter consuetudinario. Posteriormente, en el 2005, el CICR publicó un estudio sobre las normas de derecho internacional humanitario consuetudinario, entre las cuales cabe desatacar la Regla 117, aplicable tanto a conflictos armados internacionales como internos que se refiere a las personas desaparecidas:

> "Las Partes en conflicto tomarán todas las medidas factibles para averiguar lo acaecido a las personas dadas por desaparecidas a raíz de un conflicto armado y transmitirán a los familiares de éstas toda la información de que dispongan al respecto"[14].

El CICR interpreta esta regla en base al derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros, derecho considerado pre-existente al artículo 32 del Protocolo Adicional I de 1977. Si bien este derecho inicialmente sólo se aplicaba en los conflictos armados internacionales y, por lo tanto, sólo afectaba a las personas desaparecidas de la parte adversaria pero no a los propios nacionales del Estado[15], en la actualidad este derecho puede

[12] *Ibid.*, p. 345.
[13] CICR, *Las personas desaparecidas y sus familiares. Documentos de referencia*, Ginebra, febrero de 2004, p. 16.
[14] HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitario consuetudinario,* Volumen I: Normas, CICR, Ginebra, 2007, pp. 477-484.
[15] Según el comentario del art. 32 en PILLOUD, C., DE PREUX, J. y SANDOZ, Y., *Commentaire des protocoles additionnels, cit.*, nota *supra* 27, p. 344, "il allait de soi que l'article ne s'applique pas aux propres ressortissants d'un Partie »

considerarse una norma de derecho internacional humanitario consuetudinario aplicable en tiempo de conflicto armado y de obligado cumplimiento para todos los Estados.

1.2. El derecho a la verdad reconocido en la Convención Internacional de 2006

No obstante, este derecho a saber alcanza otra dimensión cuando estas personas no han desaparecido como consecuencia de las hostilidades, sino porque el propio Estado las ha "hecho desaparecer", como parte de una estrategia o política sistemática de desapariciones forzadas. En este contexto, el Estado es el responsable directo de la suerte de estas personas desaparecidas y, como tal, tiene la obligación de informar, buscar a estas personas, investigar lo ocurrido y enjuiciar a los autores del delito.

Este derecho a la verdad reconocido inicialmente por el derecho internacional humanitario a los familiares de las personas desaparecidas a raíz de un conflicto armado se ha ido ampliando progresivamente a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y ha sido reconocido por diferentes órganos internacionales tanto de ámbito universal como regional[16]. No obstante, el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora el derecho a la verdad de forma expresa es la Convención Internacional de 2006 cuyo art. 24.2 dedicado a las víctimas de desaparición forzada y su derecho a una reparación establece que:

> "Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto".

Además, el Preámbulo de la Convención se refiere al derecho a saber la verdad en los siguientes términos:

> "Afirmando el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto de derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a ese fin".

[16] Véase, entre otros, *El derecho a la* verdad, ONU Doc. E/CN.4/RES/2005/66, de 20 de abril de 2005; *El derecho a la verdad,* ONU Doc. A/HRC/DEC/2/105, de 27 de noviembre de 2006; *El derecho a la verdad*, ONU Doc. A/HRC/RES/9/11, de 18 de septiembre de 2008; *El derecho a la verdad*, ONU Doc. A/HRC/RES/12/12, de 1 de octubre de 2009; *El derecho a la verdad*, OEA Doc. AG/RES.2175 (XXXVI-0106), de 6 de junio de 2006; *Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de 2007, sobre las personas desaparecidas en Chipre*, UE Doc. P6_TA (2007) 0081, DOUE C 301 E/243-244, de 13 de diciembre de 2007.

Cabe apuntar, sin embargo, que la inclusión del derecho a la verdad en la Convención, tanto en su Preámbulo como en el articulado, no estuvo ausente de debate y discusión: mientras algunas delegaciones consideraban importante garantizar este derecho en tiempo de paz, otras dudaron de la existencia de este derecho y propusieron sólo enunciar la obligación del Estado a informar de las circunstancias de desaparición y la suerte de las personas desaparecidas. No obstante, el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas debe distinguirse claramente del derecho a la información y, en particular, del derecho de los familiares u otras personas con un interés legítimo y sus representantes o abogados a obtener información sobe una persona privada de libertad. El derecho a la información sobre la persona detenida, junto con el derecho inderogable del habeas corpus, deben considerarse instrumentos indispensables para evitar que se produzcan desapariciones forzadas.

Seguramente, el hecho de que diferentes instancias internacionales hayan reconocido el derecho a la verdad en supuestos de desapariciones forzadas habrá influenciado en la incorporación de dicho derecho en la Convención Internacional de 2006 puesto que ni la Declaración de 1992 ni la Convención Interamericana de 1994 establecen nada al respecto. Este es el caso del CDH, que a pesar de que el PIDCP no contiene ninguna referencia al derecho a conocer la verdad, consideró en el caso *Almeida de Quinteros c. Uruguay* sobre desapariciones forzadas que la autora de la comunicación tenía el derecho a saber qué había pasado con su hija[17]. Posteriormente, el Comité ha ido desarrollado el derecho a conocer la verdad estableciendo que las víctimas de derechos humanos deben conocer la verdad no sólo sobre esos actos, sino también sobre sus autores y obtener una indemnización adecuada[18].

Asimismo, la Corte IDH, en el destacado *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, reconoció el derecho a saber de los familiares de la víctima, a pesar de no estar contemplado de forma expresa en la CADH:

> "El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. (…) el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el

[17] CDH, Comunicación núm. 107/1981, *Almeida de Quinteros v. Uruguay*, dictamen aprobado el 21 de julio de 1983, párr. 14; Comunicación núm. 950/2000, *Sarma v. Sri Lanka*, dictamen aprobado el 16 de julio de 2003, párr. 11; Comunicación núm. 1196/2003, *Boucherf v.* Algeria, dictamen aprobado el 30 de marzo de 2006, párr. 11; Comunicación núm. 1328/2004, *Kimomouche v. Algeria*, dictamen aprobado el 10 de julio de 2007, párr. 9; Comunicaciòn 1295/2004, *El Alwani v.* Libia, dictamen aprobado el 11 de julio de 2007, párr. 8.
[18] CDH, *Observaciones finales sobre Guatemala*, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.63, 3 de abril de 1996, ap.E.

destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance"[19].

Paralelamente, cabe destacar el desarrollo de las "comisiones de la verdad"[20] a través de las cuales se ha insistido en la necesidad de conocer "la verdad" sobre las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado con la finalidad, entre otras, de contribuir a la reconciliación de la sociedad en Estados en transición hacía un estado democrático[21]. Asimismo conviene resaltar la inclusión del derecho a la verdad en el marco de los Principios contra la impunidad[22] así como la consideración de la verdad como una forma de reparación en los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*[23], ambos aprobados por la Asamblea General en el 2005, periodo en el que se estaba negociando la nueva convención para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas.

La incorporación del derecho a la verdad en la Convención Internacional de 2006 constituye un punto de inflexión importante en el ámbito de los derechos humanos -y especialmente para las víctimas de desapariciones- por constituir un paso más en la consolidación de dicho derecho, si bien cabe recordar que la Convención Internacional aún dista de una ratificación universal[24] y, por lo tanto, aún es pronto para referirse a un derecho a la verdad de carácter universal. En todo caso, el derecho a la verdad está estrechamente vinculado desde sus inicios a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos[25]. En mi opinión, el derecho a saber reconocido inicialmente sólo en el contexto de un conflicto armado por el derecho internacional humanitario y ahora incorporado en la Convención

[19] CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 181.
[20] Según HAYNER, desde los años 80 al menos se han constituido 40 comisiones de la verdad, siendo las primeras en Uganda en 1974, en Bolivia en 1982 y Argentina en 1983. Véase HAYNER, P., *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, Nueva York, 2011.
[21] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire", *Droits fondamentaux*, núm. 6, enero-diciembre 2006*,* p. 81.
[22] *Conjunto de principios actualizado…, cit.,* nota 1 *supra.*
[23] AGNU, Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, ONU Doc. A/RES/60/147, de 21 de marzo de 2006. Véase Principio VII relativo al derecho de las víctimas a disponer de recursos establece que las víctimas tendrán derecho a "acceso a información pertinente sobre las violaciones y mecanismos de reparación; además el Principio IX, en relación a la satisfacción establece que incluirá, entre otras medidas "la revelación pública y completa de la verdad".
[24] La Convención Internacional de 2006 tiene 94 Estados signatarios y 45 Estados parte (datos de abril de 2015).
[25] NAQVI, Y., "The right to the truth in international law: fact or fiction?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, nº 862, 2006, p. 249.

Internacional de 2006 refleja la confluencia de las diferentes ramas del derecho internacional en dicho instrumento y cómo la aportación, en este caso del DIH, ha permitido el reconocimiento de un derecho a saber como un derecho autónomo de las víctimas de las desapariciones forzadas.

2. EL DERECHO A SABER

El Conjunto de principios contra la impunidad define el derecho a saber como el derecho inalienable a la verdad (Principio 2), el deber de recordar (Principio 3), el derecho de las víctimas a saber (Principio 4) y las garantías para hacer efectivo el derecho a saber (Principio 5). La diferencia entre el Principio 2 y el 4 estriba en que el derecho a la verdad es definido como un derecho de carácter colectivo, perteneciente a todo pueblo, mientras que el derecho a saber constituye un derecho individual de toda víctima o familia a conocer la verdad:

> "Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. (…) (Principio 2)
>
> Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima". (Principio 4)

Para garantizar el derecho a saber, el Principio 5 establece que el Estado deberá tomar medidas judiciales (garantizar el buen funcionamiento, independencia y eficacia del poder judicial) y no judiciales (como por ejemplo el establecimiento de una comisión de la verdad).

2.1. Derecho a saber v. derecho a la información

La Comisión de Derechos Humanos en su resolución 2005/66[26] destaca el derecho que tienen las víctimas de violaciones graves de derechos humanos, así como a sus familias, de conocer la verdad sobre la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con estas violaciones. No obstante, también reconoce que "el

[26] *El derecho a la verdad*, Resolución 2005/66, *cit.,* nota 16 *supra.*

derecho a la verdad puede caracterizarse de manera diferente en algunos sistemas jurídicos como derecho a saber o a ser informado o libertad de información"[27].

Durante la negociación de la Convención Internacional de 2006 algunas delegaciones defendieron la interpretación del derecho a saber como el derecho a recibir información. La delegación estadounidense fue muy persistente en este aspecto y propuso sustituir el "derecho a saber la verdad" por "libertad de buscar, recibir y difundir informaciones" en base al artículo 19 del PIDCP[28]. Esta propuesta fue finalmente rechazada pero se incorporó el derecho a recibir información al texto como una cuestión complementaria a este derecho, quedando la redacción final del Preámbulo de la siguiente forma:

> *"Afirmando* el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin,"

No obstante, la delegación de Estado Unidos no satisfecha con el resultado final, en la aprobación del texto de la Convención Internacional de 2006 dejó constancia de su interpretación del derecho a la verdad en base al derecho a la información[29]:

> "En el párrafo 7 del Preámbulo y en el párrafo 2 del artículo 24 sobre el derecho a la verdad. Esta es una noción que los Estados Unidos enfocan únicamente en el contexto de la libertad de información, que está consagrada en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y es compatible con nuestra posición de larga data respecto de los Convenios de Ginebra. Agradecemos la buena voluntad demostrada en la búsqueda de una redacción de avenencia del preámbulo, pero se mantienen nuestras objeciones con respecto a esta cuestión, en particular con respecto al párrafo 2 del artículo 24, que interpretamos desde el mismo enfoque"[30].

La desaparición forzada de personas implica, en muchos casos la participación directa de agentes del Estado, de modo que reducir el derecho a la verdad al derecho a recibir y dar información parece insuficiente. El derecho a la verdad en relación a las violaciones graves de derechos humanos es inalienable e imprescriptible, lo cual impide que pueda ser derogado bajo ninguna circunstancia. En cambio, el derecho a la información a menudo ha sido restringido por los Estados alegando motivos de "seguridad nacional" aun cuando esta

[27] *Ibid.*
[28] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2006/57, de 2 de febrero de 2006, párr. 105.
[29] *Ibid*., Anexo II.
[30] EEUU no ha firmado ni ratificado la Convención Internacional de 2006, a pesar de ser muy activo en las negociaciones del texto.

información hacía referencia a violaciones graves de derechos humanos[31]. En este sentido, el TEDH denunció la utilización por parte de los Estados de la noción de "secreto de Estado" en relación a los casos de "entregas extraordinarias" para impedir la búsqueda de la verdad, llegando a la conclusión que el Estado demandado había incurrido en una violación del artículo 3 del CEDH en su vertiente procesal[32]. De modo que se puede afirmar que la Convención Internacional de 2006 consiguió el equilibrio entre mantener el derecho a la información, susceptible de restricciones, y el derecho a saber de los familiares sobre la suerte de las personas desaparecidas, de carácter inderogable, junto con la correspondiente obligación del Estado de investigar los hechos[33].

2.2. El derecho a saber de los familiares de las personas desaparecidas

El GTDFI define el derecho a la verdad como el derecho de las víctimas de desaparición forzada a saber el nombre de los autores del delito, a obtener información y el derecho a un recurso efectivo para determinar y esclarecer el paradero de la persona desaparecida. En este sentido, el GTDFI considera que las leyes de amnistía son contrarias a la Declaración de 1992 cuando tienen por efecto "ocultar el nombre de quienes hayan perpetrado una desaparición, violando así el derecho a la verdad y la información que cabe inferir del párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 9 de la Declaración"[34].

El derecho a conocer la suerte y paradero de la persona desaparecida es *imprescriptible*[35] y de carácter *absoluto*, de modo que no admite ningún tipo de limitación o suspensión. Dicho carácter absoluto se deriva de la consideración de que la omisión por el Estado de informar a los familiares sobre la suerte y paradero de las personas desaparecidas equivale a torturas o tratos inhumanos o degradantes, cuya prohibición es también inderogable. En este sentido, el TDHBH ha reconocido, desde sus primeros casos sobre

[31] NAQVI, Y., "The right to the truth…, *cit.,* nota 25 *supra*, p. 265.
[32] *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], no. 39630/09, § 191-194, ECHR 2012.
[33] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies…, *op.cit.,* nota 21 *supra*, p. 82.
[34] GTDFI, "Desapariciones, amnistía e impunidad: Observación general sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas", en *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. E/CN.4/2006/56, de 27 de diciembre de 2005, párr. 2 (c). El art. 4.2 y el art. 9 hacen referencia a las circunstancias atenuantes para los autores de delitos de desaparición forzada y al derecho a un recurso judicial rápido y eficaz para determinar el paradero de las personas privadas de libertad, con el fin de prevenir las desapariciones forzadas.
[35] *Conjunto de principios actualizado…, cit.,* nota 1 *supra*, Principio 4.

personas desaparecidas a raíz del conflicto armado en los Balcanes, el derecho de los familiares de las personas desaparecidas a saber la verdad sobre la suerte y el paradero de los seres queridos desaparecidos, considerando que el Estado incurre en un trato inhumano y degradante cuando no ha informado a los familiares sobre la verdad de la suerte y del paradero de estas personas desaparecidas[36].

Según el GTDFI, el Estado no puede restringir el derecho a conocer la suerte y paradero de la persona desaparecida, ya que esta limitación sólo "agravaría y prolongaría la tortura continua infligida a los familiares"[37]. En cambio, el derecho a conocer la verdad sobre las *circunstancias* de la desaparición no es, según el GTDFI, un derecho absoluto sino que puede restringirse para facilitar la reconciliación, aunque no cabría esa posibilidad en casos en que las desapariciones forzadas constituyan un crimen de lesa humanidad.

El derecho a la verdad conlleva también la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para encontrar a la persona desaparecida. Esta obligación es de medios y no de resultados, pero, en todo caso supone la exigencia de investigar hasta que se pueda determinar, por presunción, la suerte o paradero de la persona. Las principales obligaciones del Estado en relación con el derecho a la verdad son, sobre todo, de procedimiento e incluyen, entre otras: la obligación de investigar hasta que se esclarezca la suerte o paradero de la persona y la obligación de facilitar el pleno acceso a los archivos.

El TEDH, en el asunto *El-Masri c. Ex República Yugoslava de Macedonia* determinó que la falta de investigación eficaz y adecuada ante alegaciones de actos de tortura y otros malos tratos tiene un impacto en el derecho a la verdad sobre las circunstancias de lo ocurrido

[36] Véase, entre otros, TDHBH, *Srebrenica Cases v. Republika of Srpska*, 49 applications), Case nos. CH/01/8365, CH/01/8397, CH/01/8398, CH/01/8399, CH/01/8410, CH/01/8411, CH/01/8412, CH/01/8414, CH/01/8428, CH/01/8484, CH/01/8487, CH/01/8521, CH/02/8842, CH/02/8927, CH/02/9357, CH/02/9375, CH/02/9385, CH/02/9390, CH/02/9403, CH/02/9427, CH/02/9431, CH/02/9433, CH/02/9470, CH/02/9484, CH/02/9485, CH/02/9486, CH/02/9487, CH/02/9505, CH/02/9506, CH/02/9507, CH/02/9508, CH/02/9513, CH/02/9514, CH/02/9515, CH/02/9528, CH/02/9529, CH/02/9530, CH/02/9532, CH/02/9542, CH/02/9546, CH/02/9547, CH/02/9548, CH/02/9549, CH/02/9550, CH/02/9552, CH/02/9553, CH/02/9594, CH/02/9595, and CH/02/9596, decision on admissibility and merits, de 7 de marzo de 2003, párr 185-191; *Huskovic and others v. Federation of Bosnia and Herzegovina*, Cases nº CH/02/12551 et al, decision on admissibility and merits, de 22 de diciembre de 2003, párr. 78-85; *Malkic and others v. Republika Srpska*, Cases nº CH/02/9358 et al., decision on admissibility and merits, 22 de diciembre de 2003, párr. 95-99; *Mujic and others v. Republika Sprska*, Cases nº CH/02/10235, decision on admissibility and merits, de 22 de diciembre de 2003, párr. 66-70.

[37] GTDFI, *Comentario general sobre el derecho a la verdad…, cit.*, nota 5 *supra*, párr. 4.

y reconoció, además, el derecho a saber no sólo respecto a la víctima y su familia sino también para la sociedad en general[38].

Por otra parte, la Corte IDH ha definido el derecho a saber de los familiares como una *justa expectativa* que el Estado debe cumplir con los medios a su alcance hasta que se haya esclarecido la suerte o paradero de la persona desaparecida[39]. De modo que el derecho a saber se convierte en una obligación del Estado de investigar los hechos e identificar a los autores de las desapariciones forzadas aun cuando no produzca resultados fructuosos[40].

3. DERECHO A CONOCER LA SUERTE O PARADERO DE LAS DESAPARICIONES FORZADAS

El derecho a la verdad conlleva que "la búsqueda de las personas que han sido sometidas a desaparición forzada y el esclarecimiento de su suerte son obligaciones del Estado, aun cuando no se haya presentado una denuncia formal, y que los familiares tienen, entre otros, el derecho a conocer la verdad sobre la suerte de sus seres queridos desaparecidos"[41]. Para ello, el Estado debe adoptar "todas las medidas necesarias, incluyendo la asignación de los recursos de personal, técnicos y financieros suficientes, para la búsqueda y esclarecimiento de la suerte de las personas desaparecidas"[42].

Este derecho a saber la verdad de los familiares de las víctimas puede verse satisfecho principalmente a través de dos formas que, si bien a priori parecen excluyentes, en la práctica están relacionadas entre sí[43]: por un lado está la obligación del Estado de investigar de forma rápida y efectiva la desaparición forzada, y en su caso juzgar y castigar a los autores, lo cual

[38] *El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* [GC], *cit.*, nota 32 *supra*, § 191-194.
[39] CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 181. (énfasis añadido)
[40] Como afirmara en el caso *Castillo Páez c. Perú*: "[…] la Corte considera que el Estado peruano está obligado a investigar los hechos que las produjeron. Inclusive, en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta […]" (CORTE IDH*, Caso Castillo Páez c. Perú*, Fondo, Sentencia de 3 de noviembre de 1997, párr. 90).
[41] CDF, *Observaciones finales sobre España*, ONU Doc. CED/C/ESP/CO/1, de 12 de diciembre de 2013, párr. 32.
[42] *Ibid.*
[43] FORCADA BARONA, I. *Derecho Internacional…, op. cit.*, nota 5 *supra,* p. 27.

implica también informar a los familiares de los avances de las investigaciones; y, del otro, el establecimiento de comisiones de la verdad. Si bien las investigaciones permiten centrarse en casos individuales, las comisiones de la verdad no siempre podrán esclarecer todos los casos individuales de desapariciones forzadas pero pueden ayudar a saber las circunstancias de las desapariciones forzadas, el *modus operandi* y, en algunos casos, identificar a los responsables o descubrir el paradero de las personas desaparecidas. En todo caso, como apunta William A. Schabas, los tribunales proporcionan algo que no está al alcance de las comisiones de la verdad que es el enjuiciamiento y castigo de los autores de graves violaciones de derechos humanos pero, por otra parte, las comisiones de la verdad pueden resultar más eficientes en la formulación de una verdad histórica, contribuyendo ambas instituciones de forma significativa a la construcción de la memoria colectiva[44] y, por lo tanto, conforman una verdad colectiva.

Sin embargo, cabe mencionar un caso muy particular que es el de los *juicios de la verdad* que tuvieron lugar en Argentina entre 1986 y 1987, un procedimiento *sui generis* que surgió a raíz de las medidas de amnistías adoptadas por el gobierno y los obstáculos encontrados en los procesos penales para esclarecer la suerte o paradero de las personas desaparecidas durante la dictadura militar[45]. La característica principal de estos procesos es que no podían condenar penalmente a los responsables de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, y el proceso judicial tenía por objetivo hallar el destino de los desaparecidos y recuperar los cuerpos[46]. Los *juicios por la verdad* pueden considerarse como una alternativa u opción intermedia entre las comisiones de la verdad o los procesos penales. Este tipo de juicios no se han dado en otros países, pero no deja de ser una opción válida para satisfacer el derecho a la verdad de los familiares de las personas desaparecidas, sobre todo cuando otras vías están obstaculizadas[47]. El objetivo principal de estos procesos no

[44] SCHABAS, W.A., "Comisiones de la verdad y memoria", en GÓMEZ ISA, F. (dir.), *Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Alberdania, Zarauz, 2006, p. 112.
[45] GARIBIAN, S., "Ghosts also die. Resisting Disappearance through the 'Right to the Truth' and the *Juicios por la Verdad* in Argentina", *Journal of International Criminal Justice*, núm. 12, 2014, pp. 517-518.
[46] LORENZETTI, R.L. y KRAUT, A.J., *Derechos humanos: justicia y reparación. La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad¸* Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2011, p.113. Hay que tener en cuenta que en aquella época estaban en vigor los indultos y las leyes de Obediencia Debida y Punto Final.
[47] En España, el del Tribunal Supremo ha excluido la posibilidad de celebrar este tipo de juicios al manifestar que "No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena" cerrando así las alternativas para investigar y enjuiciar las desapariciones forzadas

es por lo tanto el castigo, sino la verdad, es decir, no la justicia retributiva sino la restaurativa[48].

La obligación del Estado de investigar tiene tres vertientes que conviene reseñar: por un lado contribuye al derecho a saber la verdad de los familiares al tener como objetivo esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida; por otro lado, la obligación de investigar está íntimamente relacionada con la obligación de juzgar y, en su caso, sancionar a los autores de desapariciones forzadas y, por lo tanto, contribuye a garantizar el derecho a la justicia; y por último, la obligación de investigar constituye también una forma de reparación para las víctimas al constituir un recurso efectivo para éstas y porque a partir del conocimiento de lo ocurrido se pueden otorgar las medidas de reparación adecuadas. Sin embargo, en esta sección, la atención se centrará exclusivamente en cómo las investigaciones contribuyen al derecho a saber, si bien la obligación de investigar también forma parte del derecho a la justicia y del derecho a la reparación.

3.1. La obligación de los Estados de investigar de forma rápida y efectiva

El derecho internacional obliga a los Estados a garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para reivindicar sus derechos[49]. Para ello es necesario que los Estados investiguen de forma rápida y efectiva las violaciones de derechos humanos por parte de organismos independientes e imparciales. Así, el CDH considera que el hecho de que un Estado Parte "no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto", siendo la cesación de la violación "un elemento indispensable del derecho a obtener un recurso efectivo"[50]. Esta obligación de investigar es especialmente

cometidas durante la Guerra Civil Española y durante el franquismo, STS 101/2012, del 27 de febrero de 2012, FJ1.

[48] ROBBEN, A., C.G.M., "Testimonies, Truths and Transitions of Justice in Argentina and Chile, en LABAN HINTON, A., *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, Rugters University Press, New Brunswick, 2010, p. 189.

[49] Véase articulo 2.3 del PIDCP: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales."

[50] CDH, *Observación general núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 15.

importante cuando se trata de desapariciones forzadas en las que los Estados deben "establecer servicios y procedimientos eficaces para investigar a fondo los casos de personas desaparecidas en circunstancias que puedan implicar una violación del derecho a la vida"[51].

Además, la Declaración y Programa de Acción de Viena 1993, inspirada por la entonces recién adoptada Declaración de 1992, hace especial mención a las desapariciones forzadas, estableciendo que "es obligación de todos los Estados, en cualquier circunstancia, emprender una investigación siempre que haya motivos para creer que se ha producido una desaparición forzada en un territorio sujeto a su jurisdicción y, si se confirman las denuncias, enjuiciar a los autores del hecho"[52].

Todos los instrumentos internacionales en materia de desapariciones forzadas contienen disposiciones relativas a la obligación del Estado de investigar estos crímenes, detallando su alcance y los parámetros en los que debe llevarse a cabo[53]. Así, el Estado está obligado a iniciar una investigación sobre una desaparición forzada tan pronto como tenga conocimiento de ello cuando existan motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada[54]. Esta obligación del Estado de investigar es ineludible y debe iniciarse independientemente de que exista o no una denuncia formal y por lo tanto, no es una "obligación que pueda computarse como condicional o alternativa bajo ninguna circunstancia"[55].

En relación a la persona que puede denunciar los hechos ante las autoridades, la Declaración de 1992 prevé en el artículo 13 que está legitimada "toda persona que disponga de información o tenga un interés legítimo y sostenga que una persona ha sido objeto de desaparición forzada". En cambio, en el artículo 12.1 la Convención Internacional de 2006 reconoce el derecho a denunciar a "toda persona que alegue que alguien ha sido sometido a desaparición forzada" y por lo tanto, no es necesario que sea un familiar, sino que puede ser

[51] CDH, *Comentario General nº 6 sobre el derecho a la vida* (artículo 6 del PIDCP), UN Doc. A/37/40 (SUPP), de 22 de septiembre de 1982, Anexo V, párr. 4.
[52] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, UN Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1992, párr. 62.
[53] Véase, artículo 13 de la Declaración de 1992, Artículo X de la Convención Interamericana de 1994 y artículo 12 de la Convención Internacional de 2006.
[54] Véase, artículo 13.1 de la Declaración de 1992 y artículo 12.2 de la Convención Internacional de 2006.
[55] CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ed. Partheon, Madrid, 2007, p.251.

también un defensor de derechos humanos, pudiendo convertirse en una *actio popularis* porque no requiere ningún interés legítimo ni ningún vínculo con la víctima[56].

Por otra parte, existen provisiones cuyo objeto es proteger a los testigos y a las personas que han denunciado las desapariciones forzadas obligando a los Estados a adoptar medidas de protección y sanción. Así, la Declaración de 1992 establece en el artículo 13.3 que "se tomarán disposiciones para que todos los que participen en la investigación, incluidos denunciante, el abogado, los testigos y los que realizan la investigación, estén protegidos de todo maltrato y todo acto de intimidación o represalia". En este mismo sentido, la Convención Internacional de 2006 en el artículo 12.4 establece que "cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para prevenir y sancionar los actos que obstaculicen el desarrollo de las investigaciones".

Uno de los aspectos más relevantes para llevar a cabo una investigación efectiva es el acceso a los centros o lugares de detención y a la documentación necesaria para poder esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida. Así, la Declaración de 1992 prevé en el artículo 13.2 que los Estados velarán para que las autoridades puedan "proceder sin demora a visitar los lugares". En esta misma línea, la Convención Interamericana de 1994 es muy clara estableciendo en el segundo párrafo del artículo X que "las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, *incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar*"[57]. Por su parte, la Convención Internacional de 2006 prevé en el artículo 12.3 que las autoridades podrán acceder a la información y documentación pertinente y deberán poder acceder a "cualquier lugar de detención y cualquier otro lugar donde existan motivos razonables para creer que pueda encontrarse la persona desaparecida" previa autorización judicial. Por un lado al establecer *cualquier lugar*, implica que no existe ningún tipo de límite geográfico, de modo que el Estado tiene la obligación de investigar no sólo los actos de desaparición forzada

[56] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies…*op.cit.*, nota 21 *supra*, p.54.
[57] Énfasis añadido. Por ejemplo, en el caso de Argentina, muchos de los centros de detención fueron dependencias de las Fuerzas Armadas, siendo una de las más conocidas la ESMA (Escuela Mecánica de la Armada)

cometidos en su territorio sino que también incluye los cometidos en el extranjero[58]. Por el otro, el hecho de exigir *previa autorización judicial*, a pesar de que existe el peligro de que sea utilizada por los Estados para demorar una investigación, la Convención Internacional de 2006 exige en todo caso que ésta sea "emitida en la mayor brevedad posible".

En relación al derecho a la verdad, la Declaración de 1992 prevé de forma expresa en el artículo 13.4 que "los resultados de la investigación se comunicarán a todas las personas interesadas, a su solicitud, *a menos que con ello se obstaculice la instrucción de una causa penal en curso*". Este precepto, por lo tanto, obliga al Estado a informar garantizando así el derecho a saber de los familiares de las personas desaparecidas. No obstante, la última parte del párrafo citado debe interpretarse de forma restrictiva, entendiendo que la información sólo puede restringirse para evitar poner en peligro la instrucción de una causa penal en curso[59]. Además, la Declaración de 1992 precisa en el último inciso del artículo 13 que la investigación se realizará "mientras no se haya esclarecido la suerte de la víctima de desaparición forzada", teniendo en cuenta el carácter continuado de este delito.

El GTDFI ha especificado el contenido de la información que deben facilitar las autoridades en el transcurso de la investigación para satisfacer el derecho a la verdad: el Estado está obligado a informar sobre todas las medidas adoptadas para esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida, en base a las pruebas aportadas por los familiares y/o los testigos. En caso de denegar esta información, la decisión debe ser revisable y también con posterioridad para verificar que aún persisten los motivos por los que inicialmente se denegó la petición de información. En todo caso, "el hecho de facilitar información general sobre cuestiones de procedimiento, por ejemplo que se ha sometido el asunto a la consideración de un juez es insuficiente y debería considerarse una violación del derecho a la verdad"[60].

También es importante que no formen parte de la investigación personas que tengan algún tipo de vinculación con los actos de desapariciones forzadas o que puedan influir

[58] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies…*op.cit.*, nota 21 *supra*, p.57. En cambio, la Convención contra la Tortura limita en su artículo 12 la investigación a los actos cometidos *dentro de su jurisdicción* al establecer que "Todo Estado Parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procederán a una investigación pronta e imparcial".
[59] GTDFI, *Comentario general sobre el derecho a la verdad…, cit*, nota 5 *supra*, párr.3.
[60] *Ibid.*

negativamente en el transcurso de las investigaciones. Es por este motivo que tanto la Declaración de 1992 como la Convención Internacional de 2006 hacen referencia de forma específica a esta cuestión. En concreto, el artículo 13.5 de la Declaración de 1992 establece que los Estados deberán sancionar a los que ejerzan maltrato o cualquier acto de intimidación o de represalia, así como también toda forma de injerencia en ocasión de presentación de una denuncia o durante el procedimiento de investigación. De la misma forma, la Convención Internacional de 2006 establece en el artículo 12.4 que los Estados deberán asegurarse de que "las personas de las que se supone que han cometido un delito de desaparición forzada no estén en condiciones de influir en el curso de las investigaciones, ejerciendo presiones y actos de intimidación o represalia sobre el denunciante, los testigos, los allegados de la persona desaparecida y sus defensores, así como sobre quienes participan en la investigación".

La Corte IDH en su emblemático caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras* definió la obligación de investigar las desapariciones forzadas, siendo consciente de las limitaciones que pueden tener y de los obstáculos que puede encontrar, en los siguientes términos:

> "En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, *una obligación de medio o comportamiento* que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"[61].

De ahí se deduce que la obligación de investigar es de medios y no de resultados, es decir, puede resultar que no se encuentre a la persona desaparecida o, en caso de muerte, sus restos, pero no por ello el Estado incumple con su obligación. Para el TEDH la obligación de investigar debe conducir a identificar y castigar a los responsables de las desapariciones forzadas[62]. Es importante que los Estados inicien tan pronto como sea posible una investigación desde que tienen conocimiento de una desaparición forzada porque se considera que hay más probabilidades de encontrarla viva en los primeros meses. En este sentido, el TEDH ha manifestado que:

[61] CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 177. Véase también, entre otras, *Caso Godínez Cruz c. Honduras*, Fondo, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 188.

[62] Véase, entre otras, *Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, § 117-119, 27 July 2006.

> "It must be accepted that there may be obstacles or difficulties which prevent progress in an investigation in a particular situation. However, a prompt response by the authorities in investigating the use of lethal force may generally be regarded as essential in maintaining public confidence in maintenance of the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts"[63].

La falta de protección adecuada del derecho a la vida y la falta de una investigación pronta y efectiva por parte del Estado han sido considerados por las distintas instancias internacionales como una violación del derecho a la vida en su vertiente procesal, con independencia de que la persona este muerta o se pueda presumir su muerte[64]. Asimismo, la falta de investigación y, por lo tanto la negación del derecho a la verdad ha sido considerada por las instancias internacionales de protección de derechos humanos como una forma de tortura o malos tratos. Además, la negativa constante de las autoridades de proporcionar información acerca del paradero de las personas desaparecidas o de iniciar una investigación efectiva aumenta el sufrimiento de los familiares[65]. Teniendo en cuenta que la prohibición de la tortura o malos tratos no puede ser suspendida, el derecho de los familiares a saber la verdad sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida tampoco puede ser objeto de suspensión bajo ningún concepto[66].

3.2. La contribución de las comisiones de la verdad

Uno de los mecanismos por excelencia de los procesos de justicia transicional son las llamadas comisiones de la verdad cuya misión principal es conocer la verdad de los hechos y atrocidades ocurridas en el pasado a través de sus investigaciones[67]. Las comisiones de la verdad pueden definirse como "órganos temporales y de constatación de hechos que no tiene

[63] *Ibid.*, párr. 119.
[64] Véase Capítulo III, sección 4 *supra.*
[65] CORTE IDH, véase, entre otras, *Anzualdo Castro c. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 113; *Contreras y otros c. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 123; *González Medina y familiares c. República Dominicana,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 272.
[66] PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Derecho a la verdad y desapariciones forzadas durante la Guerra civil y el Franquismo: una perspectiva desde el derecho internacional", en PÉREZ GONZÁLEZ, C. y ESCUDERO ALDAY, R. (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2013, p. 64. (pp. 55-76)
[67]Como apunta Thomas Buergenthal, la función más importante de las comisiones de la verdad es "contar la verdad", indispensable para una futura reconciliación nacional. Esta es la conclusión a la que llegó como uno de los tres miembros de la Comisión de la Verdad de El Salvador. Véase BUERGENTHAL, T., "The United Nations Truth Commission for El Salvador", en KRITZ, N.J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes,* United States Institute of Peace Process, Washington D.C., 1995, p.325.

carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de derechos humanos o de derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años"[68].

Para que tengan legitimidad, las comisiones de la verdad deben estar conformadas por expertos independientes e imparciales, con un mandato claro y recursos adecuados y deben tener como resultado un informe final que contenga recomendaciones relativas a medidas legislativas y de otro tipo para luchar contra la impunidad[69]. Si bien las comisiones de la verdad no tienen por función reemplazar a la justicia, sí que su labor puede servir de fundamento para procesos judiciales posteriores[70].

Lo que caracteriza las comisiones de la verdad, según Priscilla B. Hayner, es su intención de incidir en la comprensión y aceptación por parte de la sociedad del pasado de su país y no tanto resolver hechos concretos[71]. En este sentido, define las comisiones de la verdad bajo los siguientes parámetros: a) enfoque en el pasado y no en eventos que estén teniendo lugar; b) investigación de un patrón de hechos que tuvieron lugar en un periodo determinado de tiempo; c) se involucran directamente y de forma general con la población afectada, recogiendo información sobre sus experiencias; d) son órganos temporales que tienen por objetivo concluir con un informe final; y e) son oficialmente autorizadas o facultadas por el Estado que está siendo examinado[72].

En relación a las desapariciones forzadas, las comisiones de la verdad pueden realizar una aportación importante en diferentes sentidos: en primer lugar, en el esclarecimiento de las circunstancias de las desapariciones y la forma de operar y llevar a cabo dicha práctica; en segundo lugar, en localizar a las víctimas o los restos de las personas desaparecidas mediante un mapa de fosas o la realización de exhumaciones; en tercer lugar, a partir de los testimonios y pruebas recogidas, las comisiones de la verdad pueden identificar a los autores de las desapariciones forzadas y, en determinados casos, trasladar la información relevante a los tribunales para que abran las investigaciones pertinentes para poder procesar a los

[68] *Conjunto de principios actualizado..., cit.,* nota 1 *supra*, Definiciones.
[69] *Ibid.,* Principios 6-12.
[70] ACNUDH, *El derecho a la verdad,* ONU Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, párr. 40.
[71] HAYNER, P., *Unspeakable Truths..., op.cit.*, nota 20 *supra*, Nueva York, 2011, p.11.
[72] *Ibid.*

responsables de las desapariciones forzadas; finalmente, las comisiones de la verdad construyen una "verdad" colectiva a partir de "verdades" individuales[73].

El establecimiento de comisiones de la verdad en los procesos de justicia transicional ha experimentado un enorme crecimiento, sobre todo a partir de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) de Sudáfrica creada durante la transición del régimen de apartheid hacia un país democrático en 1994[74]. Si bien la CVR de Sudáfrica a menudo es utilizada como ejemplo, en la práctica es importante que cada comisión de la verdad se adapte a la realidad y particularidad de cada situación de transición y que sea debidamente contextualizada[75]. Por otra parte, existen numerosas comisiones de la verdad que han tratado la cuestión de las desapariciones forzadas, sobre todo las de América Latina, como es el caso de Argentina, Bolivia, Chile, El Salvador, Guatemala, Perú, Uruguay, y recientemente Brasil, aunque también ha habido otras comisiones de la verdad que han tratado esta cuestión, como es el caso de Marruecos, Nepal[76], Sri Lanka y Uganda, entre otras.

En relación a la primera contribución, varias comisiones de la verdad han tenido como mandato principal el esclarecimiento de la suerte o paradero de las personas desaparecidas. Una de las más conocidas, sobre todo por ser una de las primeras, es la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) en Argentina, cuyo principal objetivo, tal y como indica el nombre, era "esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridos en el país" durante la dictadura militar entre 1976 y 1983[77]. Asimismo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Chile tenía por mandato esclarecer la verdad de las violaciones más graves de derechos humanos, haciendo mención expresa a los "detenidos-

[73] En relación a España, el CDF recomendó "la creación de una comisión de expertos independientes encargada de determinar la verdad sobre las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el pasado, en particular las *desapariciones forzadas*". (énfasis añadido) Véase, Observaciones finales sobre España, *cit.*, nota 41 *supra*., párr. 33.

[74] La Comisión de Verdad y Reconciliacion fue creada por la *Promotion of National Unity and Reconciliations Act*, de 19 de julio de 1995.

[75] FORCADA BARONA, I. *Derecho Internacional… , op.cit.*, nota 5 *supra,* p. 23.

[76] La *Commission on Investigation of Disappeared Persons, Truth and Reconciliation Act* de 25 de abril de 2014 prevé la creación de dos comisiones en Nepal, una sobre desapariciones forzadas y otra sobre verdad y reconciliación. Para más información, véase, entre otros, BISSET, A., *Transitional Justice in Nepal: The Commission on Investigation of Disappeared Persons, Truth and Reconciliation Act 2014 (Bengham Centre Working Paper 2014/07)*, Bingham Centre for the Rule of Law, BIICL, Londres, septiembre de 2014.

[77] Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), establecida mediante Decreto 187/83 de Presidencia, Informe final "Nunca Más", Buenos Aires, septiembre de 1984, artículo1. La Comisión reportó 8.960 desapariciones forzadas si bien las ONGs estiman que hubo unas 30.000. Disponible en la web: http://www.nuncamas.org/investig/investig.htm.

desaparecidos"[78], con el objetivo "reunir información que le permitiera individualizar a sus víctimas y establecer su suerte o paradero"[79]. Por otra parte, la Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, establecida en el 2001, tenía por objetivo "procurar la determinación del paradero, identificación y situación de las víctimas y en lo posible, determinar las responsabilidades correspondientes"[80]. A su vez, la Comisión Nacional de Equidad y Reconciliación creada en Marruecos en el 2004[81] establece como misión una evaluación exhaustiva de la práctica de desapariciones forzadas y detenciones arbitrarias durante más de 43 años (desde la independencia en 1956 hasta 1999). No obstante, la mayor decepción expresada por las organizaciones de derechos humanos y las víctimas fue que la información facilitada sobre las personas desaparecidas y la ubicación de los lugares de entierro de los muertos fue muy limitada[82]. Igualmente, la Comisión Nacional de la Verdad (CNV) de Brasil[83] ha tenido como objetivos específicos "promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, *desaparecimentos forçados*, ocultação de cadáveres e sua autoria, *ainda que ocorridos no exterior*;" incluyendo por lo tanto, las desapariciones forzadas ocurridas también en el marco de la Operación Cóndor. Además, la Ley insta a la CNV a remitir a las autoridades competentes cualquier información que pueda ayudar en la localización e identificación de los cuerpos y restos de las personas desaparecidas[84].

En consecuencia, el esclarecimiento de la suerte o paradero de las personas desaparecidas ha ocupado un puesto central en diversas comisiones de la verdad, no solamente por una cuestión humanitaria sino también con la intención de reconstruir los hechos, la forma de proceder, quiénes eran los responsables de estos crímenes y, de alguna forma, contextualizar los actos para lograr una mejor comprensión de lo ocurrido. Para los

[78] El Decreto Supremo N° 355 de 25 de abril de 1990 creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, cuyo objetivo principal fue contribuir al esclarecimiento global de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990. El informe final es de 8 de febrero de 1991.

[79] *Informe final de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile*, Andros Impresores, reedición 1996, tomo I, p.1.

[80] La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú fue creada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo Nº 065-2001-PCM, del 4 de junio de 2001, complementado luego por Decreto Supremo Nº 101-2001-PCM, con la finalidad de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado.

[81] Dahir (Real Decreto) Núm. 1.04.42 del 19 de Safar 1425 (10 abril de 2004), artículo 7.

[82] HAYNER, P.B., *Verdades silenciadas. La justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, Ed. Bellaterra, 2014, p. 99.

[83] Comisión Nacional de la Verdad de Brasil creada en virtud de la ley 12.528 de 18 de diciembre de 2011.

[84] Véase artículo 3 de la ley 12.528 de 18 de diciembre de 2011.

familiares de las personas desaparecidas el derecho a saber las circunstancias de la desaparición forzada es muy importante y las comisiones de la verdad pueden llenar el vacío, en cierta manera, de la falta de investigación efectiva por parte de los Estados u de la ocultación persistente del paradero o suerte de la persona desaparecida.

De esta forma, las investigaciones sobre las violaciones graves de derechos humanos que llevan a cabo las comisiones de la verdad permiten a las víctimas tener un conocimiento más profundo sobre cómo ocurrieron los hechos, quienes fueron los responsables y qué les llevó a cometer tales actos. A su vez constituye una forma de catarsis para las víctimas puesto que en muchos casos cuentan su historia o lo ocurrido a sus familiares o amigos por primera vez al prestar testimonio en una comisión de la verdad, siendo más importante para ellos el ser escuchados que buscar una retribución[85].

La segunda aportación de las comisiones de la verdad se refiere a la localización de las personas desaparecidas, bien a través de un mapa de fosas o incluso llevando a cabo exhumaciones. A través de los testimonios y del acceso a documentación de los archivos oficiales o de las fuerzas armadas o de visitas *in situ*, las comisiones de la verdad pueden localizar las fosas comunes contribuyendo a revelar el paradero de las personas desaparecidas. Cabe destacar, por ejemplo, la CVR de Perú que estableció un acuerdo de colaboración con el CICR, la Defensoría del Pueblo y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos con el fin de localizar a las personas desaparecidas[86]. Además, documentó 4.600 fosas clandestinas en todo el Perú y llevó a cabo tres exhumaciones[87]. La consecuencia de esta labor de la Comisión fue la creación de un Registro Nacional de Información de Personas Desaparecidas en el 2004

[85] BUERGETHAL, T., "The United Nations Truth Commission for El Salvador…*cit.*, nota 83 *supra,* p. 321. Véase, también, GUEST, I., *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*¸University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1990, p. 384. Según el autor, la denuncia ante la CONADEP fue inmensamente catártica incluso para los familiares que ya habían contado su historia antes.

[86] COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION DE PERÚ, *Iniciativa sobre Personas Desaparecidas conformada por la CVR, la Defensoría del Pueblo, la CNDDHH y el CICR*, Informe final, Anexo V, 28 de agosto de 2003. En el marco de sus respectivos mandatos y atribuciones, el 5 de noviembre de 2002 los tres organismos asumieron el "compromiso humanitario de impulsar una iniciativa conjunta sobre personas desaparecidas con la finalidad de buscar información relativa de personas que se encuentran sin paradero conocido a consecuencia de la violencia política vivida en el país entre 1980 y noviembre de 2000". Partían de una lista preliminar de 7.613 personas desaparecidas.

[87] Si bien una de las tres exhumaciones no fue exitosa y a pesar de que 3 no son muchas, esta experiencia de la CVR fue sin duda muy valiosa para comprender el alcance del sufrimiento de los familiares y el impacto que tiene sobre ellos la apertura de fosas y recuperación de los restos. Seguramente esta experiencia sirvió para que la CVR recomendara, entre otras cosas, un Plan Nacional Antropólogo Forense para las exhumaciones. Para más información véase COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION DE PERÚ, *Informe final: el proceso de exhumación de fosas*¸ Apéndice 2, de 28 de agosto de 2003.

y la incorporación del concepto "ausencia por desaparición forzosa" para el periodo 1980-2000 en el ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, en relación a la localización de las personas desaparecidas, el CICR recomienda que las comisiones de la verdad no se dediquen a buscar la suerte de *todas y cada una* de las desapariciones forzadas y sus restos humanos porque entonces las comisiones de la verdad corren el riesgo de paralizarse por exceso de trabajo y puede interferir en los demás objetivos de las Comisiones como el esclarecimiento de la verdad histórica y el reconocimiento oficial del sufrimiento de violaciones de derechos humanos[88].

En relación a la tercera contribución al derecho a la verdad, las comisiones de la verdad pueden ofrecer una "verdad" de lo sucedido que luego permita a las víctimas acudir a los tribunales o bien reclamar una reparación por los daños. Al no tratarse de un tribunal, no necesariamente los hechos tienen que ser probados más allá de toda duda razonable y quizás las comisiones de la verdad no puedan afirmar con certeza quienes son los responsables individuales de tales atrocidades porque a lo mejor no basta con los testimonios recogidos. No obstante, muchas de las comisiones han remitido información de aquellos casos más claros en relación a los que habían recogido más testimonios y pruebas para que los tribunales abrieran investigaciones para procesar a los responsables de desapariciones forzadas.

Este es el caso de la CVR de Perú que remitió al Ministerio Público los indicios de 47 casos "que han servido para que los comisionados nos formemos convicción sobre la presunta responsabilidad penal de las personas que sindicamos como probables agentes de delito"[89] para que abriera las investigaciones correspondientes contra los presuntos responsables de los crímenes investigados por la CVR. No obstante, el balance después de diez años del informe final de la CVR de Perú es que los procedimientos fueron lentos[90] y de las 285 sentencias dictadas el 77 por ciento de los acusados fueron absueltos y sólo 62 fueron condenados[91], de modo que las comisiones de la verdad pueden contribuir al acceso a la justicia pero con

[88] CICR, *Informe del CICR: las personas desaparecidas y sus familiares. Resumen de las conclusiones de consultas anteriores a la Conferencia Internacional de expertos gubernamentales y no gubernamentales (del 19 al 21 de febrero de 2003)*, p.159.
[89] COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION DE PERÚ, *Informe final: recomendaciones*, de 28 de agosto de 2003.
[90] HAYNER, B.P., *Verdades silenciadas, op.cit,* nota 82 *supra*, p. 90.
[91] Véase, COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 2012-2013: Diez Años del Informe Final de la CVR, Lima, 2014, p.31.

ciertas limitaciones. Cabe recordar también que la función principal de las comisiones de verdad no es jurisdiccional y que, por lo tanto, corresponde a los tribunales decidir qué casos deben investigarse, si bien medidas de amnistía también pueden impedir este tipo de procesos.

Una de las cuestiones que plantean debate en torno a las comisiones de la verdad es si deben o no nombrar a los autores de los crímenes o si de lo contrario no forma parte de su función y por lo tanto deberían abstenerse de publicar la lista de los responsables de estas violaciones graves. Si bien algunas comisiones de la verdad han publicado los nombres de algunos autores[92] otras, en cambio, no los han hecho públicos[93], Priscilla B. Hayner es partidaria de que las comisiones de la verdad intenten revelar toda la verdad que se pueda, de modo que si en un país en transición es poco probable que se celebren juicios entonces los nombres de los responsables debe publicarse al menos para avergonzar públicamente a los que organizaron las atrocidades[94].

Finalmente, las comisiones de la verdad, además de tratar de esclarecer la suerte o paradero de las personas desaparecidas, también suelen relatar los casos más graves de violaciones de derechos humanos y explicar el *modus operandi* de estas prácticas, contribuyendo a la "construcción" de una verdad colectiva. Por ejemplo, la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile explica en su informe final que existieron dos modalidades de "detenidos desaparecidos": una consistía en la ejecución sumaria de la víctima, disponiendo luego de su cadáver "por lo común lanzándolo en el río o enterrándolo clandestinamente"[95] y negado los hechos con el propósito de ocultar o encubrir dichos crímenes. La otra modalidad, que tuvo lugar principalmente entre 1974 y 1977, fue llevada a cabo principalmente por la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) la cual tenía, según la Comisión, una clara "voluntad de exterminio, dirigida sistemáticamente y por motivaciones políticas, en contra de ciertas categorías de personas"[96]. De modo que el derecho a la verdad

[92] Este es el caso, por ejemplo, de la Comisión de la Verdad de El Salvador. Véase el informe final *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en El Salvador*, UN Doc. S/25500, Anexo, 1 de abril de 1993.
[93] Este es el caso, por ejemplo, de la Comisión de Guatemala. Véase, *memoria del silencio: informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico,* Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, junio de 1999.
[94] HAYNER, B.P., *Verdades silenciadas, op.cit,* nota 82 *supra*, p. 251.
[95] Informe final de de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, *cit.*, nota 95 *supra,* p. 19.
[96] Ibid.

no es una simple revelación de los hechos sino que implica un reconocimiento oficial de lo que ocurrió[97].

Además el derecho a la verdad tiene un carácter colectivo[98] que consiste en un derecho de la sociedad a "tener acceso a la información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos", y un carácter individual, que reside en "el derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo que ha pasado con su ser querido, lo que permite una forma de reparación"[99]. En este sentido, la CNV de Brasil, cuyo informe final fue presentado a la Presidenta Dilma Rousseff el pasado 10 de diciembre de 2014, tenía como objetivo hacer efectivo el derecho a la memoria y verdad histórica, haciendo hincapié por lo tanto en la dimensión colectiva del derecho a la verdad y, a su vez se refería también a la dimensión individual, haciendo especial referencia al esclarecimiento de las desapariciones forzadas y, en la medida de lo posible, averiguar la identidad de los autores:

> "Ao orientar seus trabalhos visando à efetivação do direito à memória e à verdade histórica, a CNV, respaldada na lei que a instituiu, procurou considerar o direito em sua *dimensão coletiva*, apresentando à sociedade brasileira a reconstrução histórica dos casos de graves violações de direitos humanos, tornando públicos os locais, as estruturas, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de graves violações de direitos humanos e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade. A CNV também promoveu esforços, igualmente com fundamento em sua lei de criação, para estabelecer a *dimensão individual do direito à verdade,* ao perseguir o esclarecimento circunstanciado dos casos de tortura, morte, desaparecimento forçado e ocultação de cadáver, esclarecendo, ainda, na medida do possível, a identidade dos autores"[100].

En cambio, la CVR sudafricana optó por un modelo en el cual se otorgó amnistía a los autores de violaciones de derechos humanos por motivaciones políticas a cambio de revelar la verdad sobre los hechos[101]. Al condicionar la amnistía a la revelación de la verdad, la CVR sudafricana utilizó las amnistías no como una forma de olvidar el pasado sino como un instrumento de memoria y reconocimiento[102]. Sin embargo, para algunos autores, las comisiones de la verdad pueden contribuir a conocer una verdad pero no necesariamente

[97] JEFFERY, R., *Amnesties, Accountability…, op. cit.*, nota 7 *supra*, p.66.
[98] Véase, Comisión de Derechos Humanos, *Conjunto de principios actualizado…, cit.,* nota 1 *supra*, principio 2 y 4.
[99] CORTE IDH, *Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párr. 197.
[100] COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, *Relatório*. *Parte I – A Comissão Nacional da Verdade* , Vol. 1, diciembre de 2014, párr. 53.
[101] Sobre el otorgamiento de amnistías a cambio de la verdad véase, entre otros, SARKIN, J., *Carrots and Sticks: the South African Amnesty Process*, Intersentia, 2004; GIBSON, J.L., "Truth, Justice, and Reconciliation: Judging the Fairness of Amnesty in South Africa", *American Journal of Political Science*, Vol.46, núm.3, 2002, pp.540-556.
[102] JEFFERY, R., *Amnesties, Accountability…, op. cit.*, nota 7 *supra*, p. 99.

conducir a una reconciliación de la sociedad en "transición" que puede conllevar bastantes años o varias generaciones[103].

En definitiva, las comisiones de la verdad tienen un rol muy importante en relación al derecho a saber de las víctimas porque pueden esclarecer la suerte o el paradero de las personas desaparecidas, pueden incluso localizarlas y revelar también las circunstancias de la desaparición. Teniendo en cuenta que, normalmente en este tipo de delitos, la información que dan las autoridades es prácticamente nula y las investigaciones no suelen ser prontas y efectivas, la información que pueden revelar las comisiones de la verdad acerca de las personas desaparecidas es muy importante y permiten satisfacer en gran parte el derecho a saber la verdad. Este tipo de mecanismos de justicia transicional se caracterizan por dar voz a las víctimas y, por lo tanto, la publicación de su informe final en donde se recogen los principales testimonios constituye, a su vez, una forma de reconocimiento público de los hechos y de dignificación de las víctimas.

4. EL DERECHO A RECUPERAR LOS RESTOS DE LAS PERSONAS DESAPARECIDAS

En caso de fallecimiento de la persona desaparecida, el derecho a saber alcanza otra dimensión, como es la obligación del Estado de buscar, localizar y restituir los restos a los familiares de las víctimas para que puedan ser enterrados conforme a su cultura, tradición o creencias religiosas[104]. El objetivo de las exhumaciones de las personas desaparecidas es fundamentalmente esclarecer la verdad de lo ocurrido, restituir la dignidad de las víctimas así como de sus familiares y la promoción del acceso a la justicia[105]. Frecuentemente, los familiares se resisten a creer que las personas desaparecidas están muertas y, aunque hayan

[103] Véase, entre otros, MANI, R., "Reparation as a Component of Transitional Justice: Pursuing "Restorative Justice" in the Aftermath of Violent Conflict", en DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., BOSSUYT, M. y LEMMENS, P. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersetia, Antwerpen-Oxford, 2005, p.60-61; FREEMAN, M., *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, p.12; HAYNER, P., *Unspeakable Truths…, op.cit.,* nota 20 *supra*, p.11, según la autora aunque muchas comisiones de la verdad persiguen un fin reconciliatorio, sobre todo las primeras no perseguían este objetivo de modo que la "reconciliación" no deber ser un elemento definitorio de las comisiones de la verdad.

[104] GTDFI, *Comentario general sobre el derecho a la verdad…, cit.*, nota 5 *supra*, párr. 6.

[105] *Declaración conjunta del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos*, Plataforma conjunta de trabajo de investigación de fosas comunes, Lima, junio de 2002. Disponible en http://www.comisiones de la verdaderdad.org.pe/apublicas/exhumaciones/declaracion.php (consultado en marzo de 2015).

podido transcurrir años, no cesan en la esperanza de encontrarlos vivos[106]. Al no disponer de los restos de la persona desaparecida y no poder proceder a los rituales de entierro, los familiares sufren un "duelo congelado"[107] y una angustia constantes.

A menudo las desapariciones forzadas tienen como resultado la ejecución de la víctima y el ocultamiento del cadáver. La CIDH, en su Informe Anual de 1986-1987 explica los diferentes métodos utilizados por los agentes del Estado para esconder los restos de las personas desaparecidas:

> "(....) Del mismo modo, también se usan variados métodos para disponer de los restos: enterramientos clandestinos; tumbas marcadas como "N.N." en los cementerios; arrojarlos al fondo de lagos y ríos, o al mar desde aviones y helicópteros, etc. En todos los casos, el objetivo es evitar que se encuentren tales restos, o que si se encuentran, no sea posible identificarlos positivamente"[108].

El art. 34 del Protocolo Adicional I de 1977 hace referencia al tratamiento de los restos de las personas desaparecidas en el contexto de un conflicto armado, y destaca que "deben ser respetados y las sepulturas de todas esas personas serán respetadas, conservadas y marcadas" y que el Estado debe "asegurar la protección y el mantenimiento permanentes de tales sepulturas". En cuanto a la exhumación de los restos, la misma disposición prevé que el Estado Parte podrá proceder a su exhumación cuando "constituya una necesidad imperiosa de interés público, incluidos los casos de necesidad sanitaria o de investigación administrativa o judicial" debiendo el Estado "guardar en todo momento el debido respeto a los restos".

A continuación se analizará en alcance y contenido de la obligación del Estado de buscar, respetar y restituir los restos a los familiares de las personas desaparecidas, haciendo hincapié, en un segundo término, en cómo la medicina forense se ha convertido en una herramienta fundamental para identificar a los restos de las personas desaparecidas y

---

[106] HAYNER, P., *Unspeakable Truths…, op.cit.,* nota 20 *supra*, p.225, la autora explica que las Madres de la Plaza de Mayo en Argentina no quisieron colaborar ni dar información a la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) porque, aparte de considerar que la Comisión tendría que haber sido creada por el Congreso y no por la Presidencia, las Madres insistían en recuperar a sus hijos vivos y se opusieron a cualquier iniciativa destinada a localizar restos de personas ejecutadas. Más recientemente, en el caso de los 43 estudiantes de la Escuela Rural Normal de Ayotzinapa, en Iguala (México) desaparecidos el 26 de septiembre de 2014, a pesar de que la Procuraduría General de la República (fiscalía) ha constatado que fueron asesinados y quemados en manos de sicarios los familiares siguen clamando "Vivos se los llevaron, vivos los queremos".

[107] LOT VERMEULEN, M., *Enforced disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*¸ Intersentia, 2012, pp.124-126.

[108] CIDH, "La Convención Interamericana de Desaparición Forzada", *Informe Anual 1986-87*, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, de 22 de septiembre 1987, Cap. V.

determinar las circunstancias de su desaparición, contribuyendo de una forma muy significativa al derecho a saber la verdad.

4.1. Obligación de los Estados de buscar, respetar y restituir los restos a los familiares

En el ámbito de las desapariciones forzadas, la Declaración de 1992 solamente prevé en el artículo 19 como forma de reparación que en caso de fallecimiento de la víctima de desaparición forzada sus familiares tendrán derecho a una indemnización, pero no hace referencia a la obligación del Estado de buscar, identificar y restituir los restos de la persona desaparecida. Por su parte, la Convención Interamericana prevé en su artículo XIV que los Estados se prestarán "recíproca cooperación, en la búsqueda, identificación, localización y restitución" pero solamente en relación a los menores que han sido objeto de desaparición forzada, de modo que parece que los redactores en este caso estaban pensando en recuperar a los menores que hubiesen sido sustraídos o dados en adopción irregular pero no en recuperar los restos de las personas desaparecidas que hubiesen sido ejecutadas y que se encontrasen en fosas comunes.

En cambio, la Convención Internacional de 2006 establece en el artículo 24.3 que "cada Estado Parte adoptará todas las *medidas apropiadas* para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y restitución de los restos". Inicialmente la redacción de este apartado se refería a "todas las medidas necesarias", pero, finalmente se sustituyó la palabra "necesarias" por "adecuadas", con miras a conceder un margen de maniobra más amplio a los Estados Partes. Se consideró que el Estado debe estar en condiciones de exigir la presencia de un vínculo suficiente que relacione el delito con el territorio nacional antes de iniciar una investigación, y poder renunciar a ella si carece de posibilidades de éxito o si ya no hay infracción penal alguna que deba perseguirse[109]. Sin embargo, la práctica de los Estados refleja que en caso de desapariciones forzadas, la obligación de los Estados de investigar a fin de esclarecer las violaciones de derechos humanos dura mientras no se esclarezcan la suerte y paradero de la persona desaparecida y las circunstancias en que fue cometido el delito[110]. En este sentido, la

[109] ONU Doc. E/CN.4/2006/57, *cit.,* nota 28 *supra,* párr. 141.
[110] ONU Doc. A/HRC/5/7, *cit.* nota 70 *supra*, párr. 23.

Comisión Nacional de la Verdad de Brasil considera que el Estado debe garantizar y promover el derecho a la verdad de las víctimas, de los familiares y de la sociedad, mediante esfuerzos destinados a localizar e identificar a las personas desaparecidas para una completa erradicación de la práctica de desaparición forzada[111].

Asimismo, como señala la CVR de Perú, las exhumaciones tienen una doble finalidad: humanitaria y judicial. La primera implica la identificación y restitución de los restos de la persona desaparecida a sus familiares para que puedan llevar a cabo el duelo y puedan ser enterrados conforme a sus ritos y creencias religiosas[112]. Además, esta dimensión humanitaria de la exhumación permite obtener documentación para, por ejemplo, solucionar problemas hereditarios generados a raíz de la desaparición de la persona. Para las comisiones de la verdad, la exhumación tiene especial incidencia en el derecho a la verdad, tanto individual como colectiva:

> "Se logra, entonces, la reconstrucción de la realidad individual, social e histórica de los pueblos afectados y su acceso a la justicia; alcanzando una dimensión de carácter nacional que se orienta a la construcción de una identidad basada en el conocimiento de la verdad"[113].

Además de la dimensión humanitaria, las exhumaciones pueden ser relevantes en el marco de un proceso judicial porque los restos encontrados pueden constituir una prueba, de manera que se puedan establecer los hechos y las circunstancias que dieron lugar a la desaparición forzada de la persona. Esto correspondería a la finalidad judicial de las exhumaciones y además está íntimamente relacionado con el derecho de acceso a la justicia por parte de las víctimas.

Por otra parte, la Corte IDH destaca la importancia de las exhumaciones en el estremecedor *Caso Masacre de Río Negro c. Guatemala,* hechos que tuvieron lugar en el marco del conflicto armado interno entre 1962 y 1996 en el cual se calcula que cerca de 200.000 personas fueron muertas y desaparecidas. En el caso en cuestión el ejército y los paramilitares guatemaltecos asesinaron a 300 personas de la localidad de Río Negro, en donde

[111] COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, *Relatório. Parte III: métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas*, vol. III, diciembre de 2014, p. 296.
[112] Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú, *Plan Nacional de Intervención Antropológico-Forense*, Informe final, Tomo IX, *Cuarta Parte: Recomendaciones de la CVR, Hacia un compromiso nacional por la reconciliación*, Lima, 28 de agosto de 2003.
[113] *Ibid.*

se construiría la presa Chixoy, después de que esta comunidad maya rechazara ser reubicada en marzo de 1982:

> "(…) los restos de una persona fallecida son una prueba de lo que le sucedió y ofrecen detalles del trato que recibió, la forma en que falleció y el *modus operandi* de los perpetradores de su muerte. Asimismo, el lugar mismo en el que los restos hayan sido encontrados puede proporcionar información valiosa a las autoridades encargadas de la investigación sobre los responsables y la institución a la que pertenecían, particularmente tratándose de agentes estatales"[114].

La Corte IDH ha considerado que "la aspiración de los familiares de las víctimas de identificar el paradero de los desaparecidos y, en su caso, conocer donde se encuentran sus restos, recibirlos y sepultarlos de acuerdo a sus creencias, cerrando así el proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de los años, constituye una medida de reparación y, por lo tanto, genera el deber correlativo para el Estado de satisfacer esa expectativa"[115].

Uno de los temas más delicados es cómo los equipos de arqueología forense gestionan las altas expectativas que tienen los familiares ante la posibilidad de por fin conocer la verdad sobre la desaparición forzada de sus allegados y las ganas de recuperar los huesos. A menudo las víctimas están pendientes de recuperar, aunque tan sólo sea un hueso, los restos de las personas desaparecidas para poder proceder a enterrarlas conforme a sus creencias religiosas y poder acabar con el duelo "congelado" durante tanto tiempo. Sin embargo, las exhumaciones no siempre son exitosas, no siempre se encuentra lo que se buscaba y a veces tampoco se pueden identificar los restos encontrados, perpetuando la incertidumbre y angustia de los familiares. Además, hay que tener en cuenta el impacto psicosocial de las investigaciones forenses, las cuales pueden provocar una revictimización de los familiares o bien pueden tener un efecto reparador según cómo se lleven a cabo[116]. En muchas ocasiones, las viudas tuvieron que postergar las búsquedas de sus familiares desaparecidos porque necesitaban seguir viviendo y mantener la familia o bien porque las autoridades no se lo

[114] CORTE IDH, *Caso Masacres de Río Negro c. Guatemala,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 266.
[115] CORTE IDH, *Caso Gelman c. Uruguay,* Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Núm. 221, párr. 258. Véanse también los casos *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil,* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 261; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, cit.* nota *supra*, párr. 214; *Caso Neira Alegría y otros c. Perú,* Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 1996, párr. 69.
[116] *Consenso Mundial de principios y normas sobre el trabajo psicosocial en procesos búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales* adoptados en Bogotá, Colombia, en el 2010, p.10.

permitían, aun así, después de tantos años, siguen teniendo fuerza para seguir buscando a estas personas desaparecidas[117].

La obligación de los Estados de buscar, respetar y restituir los restos de las personas desaparecidas a los familiares persiste mientras no se esclarezca la suerte o paradero de la víctima. Si bien esta tarea puede ser ardua, larga y costosa, los familiares sufren una enorme angustia durante todo este tiempo al no saber dónde están sus seres queridos. La cooperación internacional puede ser una forma llevar a cabo esta obligación de forma más rápida y efectiva, ya sea con la aportación de recursos por parte de otros Estados u organizaciones internacionales o con la participación de equipos de arqueología forense reconocidos a nivel internacional[118].

4.2. La verdad a través de la medicina forense

"Los huesos son los mejores testigos porque lo vivieron ellos mismos. Los huesos hablan. Hay que saberlos escuchar"[119]. La utilización de métodos forenses se ha convertido en los últimos años en una herramienta fundamental para identificar a las víctimas de violaciones graves de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. En el caso de desapariciones forzadas, la ciencia forense permite identificar a las personas a partir de muestras del ADN, y en el caso de exhumaciones, explicar las circunstancias del fallecimiento de dichas personas. El GTDFI recomienda el uso del análisis de ADN para identificar con "claridad y sin margen de error" los restos de la persona desaparecida[120].

Por ciencia forense se entiende "el establecimiento, por medios científicos, de hechos que, como parte de una investigación criminal, puedan presentarse como pruebas ante los

[117] COMISION DE LA VERDAD Y RECONCILIACION DE PERÚ, *op.cit.,* nota 86 *supra.*
[118] Véase, por ejemplo, el caso de los 43 estudiantes desaparecidos en Iguala el 26 de septiembre de 2014 en México, en el que el Equipo Argentino de Antropología Forense (EAAF) está participando en la investigación de la suerte o paradero de las víctimas, si bien en este caso trabajan para los familiares de las víctimas y no a cuenta del Estado. El EAAF trabaja en la actualidad en Latinoamérica, África, Asia y Europa. Para más información, véase, http://www.eaaf.org/ .
[119] Entrevista personal a Leonel Paiz, miembro de la Fundación Antropología Forense de Guatemala, el 1 de agosto de 2008 en San José (Costa Rica). Para más información véase: http://www.fafg.org.
[120] GTDFI, *Comentario general sobre el derecho a la verdad..., cit.*, nota 5 *supra*, párr. 6.

tribunales, normalmente con el fin de enjuiciar delitos"[121]. El *Consenso Mundial de principios y normas sobre el trabajo psicosocial en procesos búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales* adoptados en el 2010 (Consenso Mundial) define "investigación forense" de la siguiente forma:

> "Se entiende por investigación forense aquel proceso aplicado, técnico y multidisciplinario que tiene por objeto analizar e identificar los cuerpos o restos de las víctimas de la desaparición forzada y de las ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales, como prueba científica para la identificación y conocimiento de las circunstancias relacionadas con la muerte. Este proceso incluye etapas de contacto con víctimas y familiares, recopilación de información *ante mortem*, excavación arqueológica y recuperación de los hallazgos, análisis de los cuerpos y/o restos hallados, su respectiva identificación, elaboración de un informe forense, y su entrega a las víctimas y familiares. Los objetivos de una investigación forense en casos de graves violaciones del DIDH y del DIH serán establecer la identidad de las víctimas, la causa y el modo de muerte más probable"[122].

Asimismo, el GTDFI destaca la importancia de la participación de los familiares en los procesos de identificación de los restos y que este tipo de actuaciones se realicen de forma abierta con conocimiento de la opinión pública[123]. Además, los Estados deben contar con servicios de expertos forenses hasta donde lo permitan los recursos disponibles, con la posibilidad de contar con asistencia y cooperación internacional. El caso de los Balcanes es significativo porque la comunidad internacional ha promovido la creación de la *International Commission on Missing Persons* (ICMP) cuyo mandato principal es identificar y recuperar las personas desaparecidas como consecuencia del conflicto armado en la antigua Yugoslavia[124]. Según datos de la ICMP se estima que como consecuencia del conflicto en la antigua Yugoslavia hubo aproximadamente 40.000 desaparecidos, de los cuales, el 70 por ciento han

[121] *Informe de la OACNUDH sobre el derecho a la verdad y sobre la genética forense y los derechos humanos*, ONU Doc. A/HRC/15/26, de 24 de agosto de 2010, párr. 2.

[122] Se compone de 16 normas de actuación básica y recomendaciones de buenas prácticas para ser estudiadas y aplicadas por todos los actores involucrados. Estos principios fueron adoptados a partir de dos congresos internacionales relativos al trabajo social en los procesos de exhumaciones, en cuyo proceso participaron víctimas, familiares y organizaciones de distintas partes del mundo.

[123] GTDFI, *Comentario general sobre el derecho a la verdad..., cit.*, nota 21 *supra*, párr. 6.

[124] Es una organización intergubernamental con sede en Sarajevo, Bosnia-Herzegovina, que se ocupa de las personas desaparecidas como consecuencia de un conflicto armado, de violaciones de derechos humanos y de desastres naturales. Su mandato es asistir y promover la cooperación entre los Gobiernos y demás autoridades para localizar e identificar las personas desaparecidas como consecuencia de los conflictos armados, otras hostilidades o violaciones de derechos humanos. Creada por el Presidente Bill Clinton de los Estados Unidos en 1996, en el encuentro del G7 en Lyon (Francia) para tratar la cuestión de las personas desaparecidas como consecuencia de los conflictos armados en Bosnia y Herzegovina, la República de Croacia y la Antigua Yugoslavia (actualmente corresponde a la República de Serbia) entre 1991 y 1995, su área de actuación ha sido ampliada a otras zonas de los Balcanes como Kosovo (bajo la administración de las Naciones Unidas) y la República de Macedonia. También ha extendido su actividades de asistencia en Iraq, así como también en relación a las personas desaparecidas como consecuencia de desastres naturales de la zona de Asia afectada por el tsunami en diciembre de 2004 (Tailandia e islas Maldivas) y en Estados Unidos después del paso del huracán Katrina. Para más información visitar la web: www.ic-mp.org.

sido encontrados, recuperados e identificados[125]. En relación a la masacre de Srebrenica en 1995 que supuso la muerte y desaparición de unas 8.100 personas aproximadamente, la ICMP ha podido identificar 6.700 gracias a las nuevas tecnologías y la utilización del ADN[126]. Estas cifras tan elevadas de identificación de personas desaparecidas en un periodo de alrededor de 20 años no se podrían explicar sin el empleo de métodos forenses. En relación a Bosnia y Herzegovina (ByH), de las 31.500 personas desaparecidas, 23.000 han sido identificadas, de las cuales 8.192 por los métodos tradicionales y 14.72 mediante el análisis de ADN, sin embargo, aun quedan 8.000 personas por encontrar[127].

En virtud de la *Ley sobre Personas Desaparecidas* en ByH adoptada en el 2004[128], se creó el Missing Persons Institute (MPI) con la idea de que tuviera carácter local, es decir, que se transfirieran las actividades de la ICMP a la MPI para crear una institución más cercana a la población y con mayor impacto en la búsqueda de las personas desaparecidas. Cabe destacar que esta institución ha coexistido con otro emblemático mecanismo de justicia transicional como es el TPIY, si bien, desde la perspectiva de las personas desaparecidas, ha tenido mayor incidencia el MPI desde el punto de vista humanitario y de rendición de cuentas[129].

Pero el uso de métodos forenses no se restringe a personas desaparecidas que se encuentran en fosas comunes sino que también son utilizados para identificar y restituir a sus familias biológicas a los niños y niñas que fueron apropiados o sustraídos o nacidos en cautiverio. Las Abuelas de Plaza de Mayo en Argentina buscaban y siguen buscando a sus nietos y nietas que nacieron durante el cautiverio de su madre y fueron apropiados por parejas normalmente afines a la dictadura militar. Las Abuelas se preguntaban "¿Cómo identificar a un niño que nunca he visto?"[130]. Recorrieron todo el mundo en busca de una fórmula para establecer "el índice de la abuelidad", es decir, a partir del ADN de las Abuelas identificar a

[125] ICMP, *U.S. Helsinki Commission Hearing:"Healing The Wounds Of Conflict And Disaster: Clarifying The Fate Of Missing Persons In The OSCE" Intervention by Her Majesty Queen Noor, ICMP Commissioner*, ICMP.DG.415.4.doc, 28 de febrero de 2012.
[126] *Ibid*.
[127] ICMP, *Factsheet: BiH, Missing Persons From The Armed Conflicts Of The 1990s: A Stocktaking*, ICMP.DG.945.1.doc, Sarajevo, 16 de noviembre de 2014.
[128] *Law on Missing Persons*, adoptada por la Asamblea Parlamentaria de ByH el 21 de octubre de 2004.
[129] WAGNER, S., "Identifying Srebrenica's Missing: The "Shaky Balance" of Universalism and Particularism", en LABAN HINTON, A., *Transitional Justice…*, *op.cit.*, nota 48 *supra*, p.42.
[130] CICR, *Personas desaparecidas…,op.cit.*, nota 13 *supra*, p.14.

los nietos y nietas[131]. Finalmente lograron a través de la Asociación Americana para el Avance de la Ciencia (AAAS en las siglas en inglés) encontrar a una doctora que les dijo que era posible y a partir de ahí empezó la búsqueda de los hijos/as y nietos/nietas desaparecidos/as en Argentina[132]. En 1987 se creó el Banco Nacional de Datos Genéticos (BNDG)[133] el cual permite la búsqueda e identificación de hijos e hijas de personas desaparecidas que fueron secuestrados junto a sus padres o bien nacieron durante el cautiverio de sus madres por el terrorismo de Estado hasta 1983 a través del ADN.

No obstante, en el caso de la apropiación de niños, el retorno a sus familias biológicas no está exenta de problemas porque en algunos casos, los niños y las niñas (ahora adultos y adultas de más de 30 años) que han descubierto que fueron adoptados de forma ilegal se niegan a hacer las pruebas de ADN porque ello implica tener que denunciar a sus progenitores "adoptivos", los cuales probablemente irán a prisión. Además, también ocurre que a veces no quieren contactar con la familia biológica porque han crecido en otro entorno y aman a su familia "adoptiva". Estas situaciones plantean un dilema y es hasta qué punto puede un Estado obligar a una persona a someterse a un examen de ADN para revelar su verdadera identidad y en qué medida el derecho colectivo a la verdad está por encima del derecho del individuo a su intimidad[134]. Por un lado está el derecho a la intimidad, integridad física y el derecho a no declarar contra sus progenitores y, del otro, el interés superior de la sociedad de conocer la verdad y la persecución del crimen[135]. Por otra parte, a menudo la defensa de los padres apropiadores ha alegado estar en contra de devolver a los menores apropiados a sus familias

[131] Entrevista personal a Rosa T. de Roisinblit, vicepresidenta de las Abuelas de Plaza de Mayo que tuvo a bien recibirme en su casa porque era feriado en Buenos Aires para explicarme la incansable tarea de la búsqueda de los nietos y nietas. (Agosto 2008)

[132] ABUELAS DE PLAZA DE MAYO, *La historia de Abuelas. 30 años de búsqueda,* 2007, p.47. Las Abuelas fueron recibidas por Mary Claire King y el chileno Cristian Orrego, investigadores de la AAAS. El "índice de abuelidad" era un hecho y garantizaba 99,99 por ciento de efectividad.

[133] Ley Nacional Argentina 23.511/87, de 13 de mayo de 1987. Reformada por la Ley 26.548 en el 2009, extendió el objeto del BNDG a la identificación de todos los desaparecidos (vivos o muertos, y sin consideración de edad), ocurridos por el accionar del terrorismo de Estado, hasta el 10 de diciembre de 1983. Según el artículo 2 además debe "auxiliar a la justicia y/o a organizadores gubernamentales y no gubernamentales especializadas en la materia objeto de esta ley en la identificación genética de los restos de personas víctimas de desaparición forzada".

[134] LORENZETTI, R.L. y KRAUT, A.J., *Derechos humanos…, op. cit.,* nota 46 *supra*, p.108.

[135] Véase, entre otros, Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Guarino, Mirta s/ querella", sentencia del 27 de diciembre de 1996 (Fallos: 319: 3370); "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación", sentencia de 30 de septiembre de 2003 (Fallos: 326: 3758); causa G.291.XXXVIII. "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años, sentencia de 11 de agosto de 2009, considerando 15.

biológicas al considerar que constituye un segundo trauma para las víctimas[136]. En 2005, la directora del BNDG informó de la posibilidad de realizar estudios genéticos comparativos a partir de tejidos extraídos de objetos personales y desde entonces, los tribunales han optado por reemplazar la extracción compulsiva de sangre por este otro tipo de análisis[137]. De alguna manera, para la sociedad civil, el retorno de los niños y niñas apropiados a sus familias biológicas es también una forma de reparación no solo para ellos, sino también para sus padres y familiares[138]. Para las Abuelas de Plaza de Mayo, la recuperación del derecho a la identidad es *no-negociable* y por lo tanto, están a favor de devolver los menores apropiados a sus familias de origen[139].

En conclusión, la utilización de la medicina forense constituye una herramienta no sólo para la localizar e identificar los restos de las personas desaparecidas sino que, además, el proceso de exhumación en sí mismo implica la revelación de la verdad y tiene un impacto psicológico significativo en los familiares porque al fin pueden "saber" lo que ocurrió con sus seres queridos y pueden enterrarlos conforme a sus creencias religiosas. Por otro lado, la utilización del método de análisis del ADN ha sido un elemento clave, tanto para identificar los restos de las personas desaparecidas como para "recuperar" a los menores sustraídos, ahora personas adultas. Para ello es indispensable la creación de un banco de datos para comparar perfiles y poder encontrar las personas desaparecidas, siendo el enfoque distinto según la conciencia social de cada país[140].

---

[136] GANDMAN, A.E., "Retributive Justice, Public Intimacies and the Micropolitics of the Restitution of Kidnapped Children of the Disappeared in Argentina", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, 2012, p. 425. Véase, también, HERRERA, M. y TENEMBAUM, E., *Identidad, despojo y restitutción,* Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2007.

[137] LORENZETTI, R.L. y KRAUT, A.J., *Derechos humanos…, op.cit.,* nota 46 *supra*, p. 112.

[138] ZAVALA GUILLÉN, A.L. y RIOS, L., "Lo que el genocidio nos dejó: consecuencias jurídicas y psicosociales en la recuperación de la niñez robada en Argentina, *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Núm. Especial: América Latina (2011), pp. 343-356.

[139] GANDMAN, A.E., "Retributive Justice...*op,cit.*, nota 136 *supra*, p.3.

[140] MARFANY, G. , "El ADN como trazador del parentesco genético. Su uso en la búsqueda e identificación de desaparecidos", en CASADO, M. y LÓPEZ ORTEGA, J.J. (Coord.), "Desaparición forzada de niños en Europa y Latinoamérica: del Convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN", Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2015, p. 27. Por ejemplo, en España, si bien existe un Banco de ADN bajo la dirección General de la Policía, no se encuentra a disposición del público. En cambio, sí han surgido algunas iniciativas privadas como *Banc d'ADN per a la futura identifcació dels parents desapareguts a la Guerra Civil* creado por un particular que está buscando a su bisabuelo desaparecido como consecuencia de la Guerra Civil y cuyas muestras quedan almacenadas en un banco de ADN de la Unidad de Medicina Legal de la Universidad de Barcelona. Per a més información: http://femfum.com/OnEtsOncleGuillem/072012BancADNguerraCivil.pdf.

CAPÍTULO V

DERECHO A LA JUSTICIA Y

SALVAGUARDIAS CONTRA LA IMPUNIDAD

Uno de los pilares de la justicia transicional es el derecho a la justicia que implica la obligación por parte del Estado de investigar las violaciones graves de derechos humanos y enjuiciar y castigar a los autores de dichos crímenes. Así queda recogido en los Principios contra la impunidad de las Naciones Unidas que establecen como deber general que:

> "Los Estados emprenderán investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y adoptarán las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente"[1].

No obstante, en determinadas circunstancias se considera pertinente otorgar amnistías o medidas análogas que impiden el procesamiento de los responsables de graves violaciones para promover la "reconciliación" del país, mientras que desde el ámbito de protección de los derechos humanos se apuesta normalmente por la justicia como un elemento indispensable para conseguir la reconciliación. Esta dicotomía entre *justicia v. reconciliación* ha generado mucha discusión entre los expertos[2]. En este sentido, comparto la opinión Pablo de Greiff, Relator Especial de las Naciones Unidas, el cual considera que si bien los enjuiciamientos de los responsables de violaciones graves de derechos humanos contribuyen al fortalecimiento del estado de derecho al confirmar que los autores no quedan impunes, es necesario además un planteamiento integral de los cuatro pilares de la justicia transicional (verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición) y por lo tanto, combinar los distintos cuatro elementos[3].

Conviene recordar, no obstante que en situaciones de justicia transicional en las que las violaciones han sido de carácter sistemático o generalizado es prácticamente

[1] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, ONU Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, Principio 19.

[2] Véase, entre otros, AUKERMAN, M.J., "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights* Journal, vol. 15, 2002, núm. 39, pp. 39-97; MÉNDEZ, J., "Accountability for past abuses", *Human Rights Quarterly,* vol. 19, 1997, pp. 255-282; ORENTLICHER, D., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, núm. 8, pp.2537-2615; PION-BERLIN, D., "To Prosecute or to Pardon? Human Rights Decision in the Latin American Southern Cone", *Human Rights Quarterly*, 16:1 (1994), pp.105-130; ZALAQUETT, J., "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations", *Hastings Law Journal,* vol. 43, 1991-1992, pp.1425-1438;

[3] *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, ONU Doc. A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, párrs. 79-80.

imposible juzgar a todos los responsables, siendo recomendable en estos casos el castigo, por lo menos, de los principales autores, para que pueda tener un efecto disuasorio y prevenir futuras violaciones, cumpliendo así con la obligación general de castigar los crímenes atroces[4].

Por consiguiente, existen una serie de salvaguardias destinadas a hacer efectivo el derecho a la justicia y que tienen por finalidad luchar contra la impunidad de las desapariciones forzadas. A continuación se analizará el alcance de la obligación de juzgar a los autores de los delitos de desapariciones forzadas, en base al principio de *aut dedere aut iudicare* y el de justicia universal y la necesidad de tipificar el crimen de desaparición forzada como un delito autónomo. Asimismo, se examinarán las medidas de amnistía, frecuentemente utilizadas en las situaciones de justicia transicional, para determinar su alcance y su compatibilidad respecto a los delitos de desaparición forzada. Finalmente, se analizará la desaparición forzada como delito continuado o permanente, determinando el inicio y cese de este delito, lo cual es importante a efectos de establecer la competencia *ratione temporis* de las instancias internacionales, así como también para el establecimiento de plazos de prescripción, si bien la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad es imprescriptible.

Por otra parte, existen otras medidas importantes para hacer efectivo el derecho a la justicia, que no se abordarán en este capítulo, como la exclusión de la obediencia debida, no admitida por ninguno de los instrumentos de protección de las desapariciones forzadas[5] y la recomendación de que los presuntos autores de desaparición forzada sean enjuiciados por tribunales ordinarios y no militares[6].

[4] ORENTLICHER, D., "Settling Accounts…, *op.cit.*, nota 2 supra, p.2601.
[5] Véase, artículo 6.2 de la Convención Internacional de 2006, artículo VIII de la Convención Interamericana de 1994 y artículo 6 de la Declaración de 1992.
[6] Véase, artículo 16.2 de la Declaración de 1992 y el artículo IX de la Convención Interamericana de 1994 que excluyen expresamente la jurisdicción militar, en cambio la Convención Internacional de 2006 en el artículo 8 "no excluye ninguna jurisdicción penal adicional ejercida de conformidad con las leyes penales".

1. LA OBLIGACIÓN DE JUZGAR

En el derecho internacional existe la tendencia a considerar que es necesario juzgar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos para prevenir futuras violaciones y combatir la impunidad[7]. Las desapariciones forzadas, por su extrema gravedad, no pueden quedar sin castigo, siendo la impunidad uno de los principales obstáculos para su erradicación. Sin embargo, en un contexto de justicia transicional, a veces los juicios sobre crímenes atroces deben esperar a ser llevados a cabo en el momento adecuado y no ser impuestos, en aras a conseguir una transición pacífica. Como bien resume Diane F. Orentlicher:

> "International legal norms affirming that atrocious crimes ought to be punished have provided a powerful antidote to impunity. While there are of course times when those norms cannot be enforced, it has seemed preferable to say "not yet" than to reframe global norms in terms that suggest prosecuting atrocious crimes is nothing more than an option"[8].

En determinados contextos, sobre todo en procesos de justica transicional, los tribunales nacionales no están en condiciones de juzgar las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado. A pesar de presentar muchas ventajas que los tribunales internos asuman la competencia de delitos internacionales -por ejemplo, legitimidad y proximidad- con frecuencia, el Estado o instituciones del mismo están involucrados en la comisión de estos crímenes, lo cual impide una persecución efectiva de tales delitos. En este contexto, los tribunales internacionales *ad hoc* o híbridos constituyen la opción más adecuada para evitar la impunidad de crímenes internacionales, ofreciendo garantías de un juicio justo[9].

Por un lado, el derecho internacional prevé la obligación de juzgar determinados crímenes de derecho internacional, lo cual se traduce en el llamado principio *aut dedere aut iudicare*. Este principio está incluido en el artículo 9 del Proyecto de código de

[7] Véase, ECPI, Preámbulo, párr. 5: "*Decididos* a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes".
[8] ORENTLICHER, D.F., "Settling Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with local Agency", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, p.22.
[9] FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., "Proliferación de tribunales y justicia internacionales" en ANITUA, G.I., IGLESIS SKULJ, A., RAMOS VÁZQUEZ, J.A. y ZAPICO BARBIETO, M. /eds.), *Derecho penal internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Buenos Aires, Fabián J. di Palacio, 2012, p. 204-205.

crímenes contra la paz y la seguridad humanada de 1996 elaborado por la CDI[10], en el cual se establece la obligación de extraditar o juzgar en caso de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes contra el personal asociado de las Naciones Unidas y los crímenes de guerra, con la finalidad de asegurar que las personas responsables de delitos graves sean llevados ante la justicia para ser enjuiciados y castigados por una jurisdicción competente[11].

Por otro lado, este principio se complementa con el de jurisdicción universal que permite a cualquier Estado enjuiciar personas acusadas de cometer crímenes de derecho internacional, independientemente del lugar del crimen, de la nacionalidad del autor o de la nacionalidad de la víctima[12]. En este sentido, los Principios contra la Impunidad establecen que los Estados deberán adoptar todas las medidas necesarias y prever en sus ordenamientos jurídicos la competencia de los tribunales internos para ejercer su jurisdicción respecto a graves delitos de derecho internacional así como garantizar el enjuiciamiento de los presuntos autores en caso de no extraditarlos o de no transferirlos a un tribunal internacional o híbrido[13].

Si bien desde la perspectiva de la justicia transicional se puede considerar que las medidas destinadas a la reconciliación pacífica de un Estado, como por ejemplo las amnistías, deben prevalecer sobre la voluntad de otros Estados o de la comunidad internacional de enjuiciar a los autores de graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado en dicho Estado, Robles Carrillo apuesta por entender la jurisdicción universal como un límite a la justicia transicional, y no al revés, en un doble sentido porque "permite juzgar *ad externum* en otro Estado aquello que se había querido

[10] *Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad*, Texto del proyecto de artículos aprobado por la CDI en 1996, Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones, 6 de mayo a 26 de julio de 1996, AGNU, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. (A/51/10), Artículo 9.

[11] *Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind with commentaries,* Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, A/51/10, p. 31.

[12] REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2003, p. 5. El autor distingue la "jurisdicción universal" de la "jurisdicción extraterritorial" que consiste en la jurisdicción ejercida respecto a un crimen cometido extraterritorialmente aunque todo el proceso (investigación, enjuiciamiento y castigo) tenga lugar en el foro del Estado.

[13] *Conjunto de principios actualizado..., op.cit.,* nota 1 *supra*, Principio 21.

inmunizar con la justicia transicional y porque permite convencer *ad internum* en el propio Estado de la necesidad y la conveniencia de juzgar ellos mismos lo que pretendieron inmunizar"[14].

A continuación se analizará el alcance y contenido del principio *aut dedere aut iudicare* y del principio de jurisdicción universal en el derecho internacional, para luego analizar específicamente el alcance y contenido de la obligación de juzgar a los autores de las desapariciones forzadas recogida en los principales instrumentos internacionales.

1.1. Los principios *aut dedere aut iudicare* y de jurisdicción universal

La obligación de extraditar o juzgar, también llamado principio *aut dedere aut iudicare* se encuentra en numerosos tratados internacionales, si bien la formulación no es idéntica y no existe un único patrón[15]. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha estado analizando esta cuestión en la última década con el objetivo de llegar a un consenso sobre el alcance de este principio[16]. En el 2010, en un informe en que compara diferentes tratados multilaterales que contienen este tipo de cláusula, la CDI llega a la conclusión de que existen dos tipos de disposiciones: "a) las cláusulas que imponen la obligación de juzgar *ipso facto* cuando el presunto delincuente se halle en el territorio del Estado, de la que éste puede liberarse concediendo la extradición; y b) las cláusulas en virtud de las cuales la obligación de juzgar solamente es aplicable cuando se deniega la entrega del presunto delincuente tras una solicitud de extradición"[17].

[14] ROBLES CARRILLO, M., "El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución", *Revista Española de Derecho Internacional,* vol. LXVI, 2014, núm.2, pp.94.
[15] En un estudio realizado por Bassiouni en base a un análisis de 267 convenciones con disposiciones relativas al derecho penal internacional, 102 contenían provisiones sobre la obligación de enjuiciar y 71 sobre extradición. Véase, BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, Martinus Nijoff Publishers, vol. II, 3ª ed., 2008, p. 41.
[16] CDI, *La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*, Informe final de la Comisión de Derecho Internacional, Yearbook of hte International Law Commission, 2014, vol. II (Part Two).
[17] CDI, *Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)"*, ONU Doc. A/CN.4/630, de 18 de junio de 2010, párr. 126.

Así, en la primera categoría, el Estado está obligado a juzgar "tan pronto como se determina la presencia del presunto delincuente en el territorio" [18] del Estado, independientemente de que exista o no una orden de extradición. En el caso de que un tercer Estado solicite la extradición de esa persona, entonces el Estado podrá de forma discrecional decidir si extradita o juzga. En ausencia de solicitud de extradición, el Estado está obligado de forma absoluta a juzgar.

Dentro de esta categoría se encuentra la Convención contra la Tortura, la cual establece en el artículo 5.2 la obligación de juzgar los delitos de tortura "en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición". Asimismo, en el artículo 7.1 la Convención dispone la obligación de juzgar o extraditar cuando el presunto autor de un delito de tortura se halle bajo su jurisdicción estableciendo que "si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento". La CIJ, en el caso *Bélgica c. Senegal,* reafirmó el principio *aut dedere aut iudicare* respecto a la tortura:

> "The Court considers that Article 7, paragraph 1, *requires the State concerned to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution, irrespective of the existence of a prior request for the extradition of the suspect.* (…) The obligation to submit the case to the competent authorities, under Article 7, paragraph 1, may or may not result in the institution of proceedings, in the light of the evidence before them, relating to the charges against the suspect. However, if the State in whose territory the suspect is present has received a request for extradition in any of the cases envisaged in the provisions of the Convention, it can relieve itself of its obligation to prosecute by acceding to that request. *It follows that the choice between extradition or submission for prosecution, pursuant to the Convention, does not mean that the two alternatives are to be given the same weight*. Extradition is an option offered to the State by the Convention, whereas *prosecution is an international obligation under the Convention*, the violation of which is a wrongful act engaging the responsibility of the State"[19].

En consecuencia, los Estados Parte de la Convención contra la Tortura están obligados a juzgar delitos de tortura cuando el autor se encuentre bajo su jurisdicción independientemente de que exista una solicitud de extradición o no. Según la CIJ la obligación de juzgar prevalece sobre la de extraditar, generando responsabilidad internacional del Estado en caso de no cumplirla.

[18] *Ibid.*, párr. 127.
[19] CIJ, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium* v. *Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 422, párr. 94-95. (énfasis añadido).

En la segunda categoría propuesta por la CDI, los Estados no tienen una obligación *ipso facto* de juzgar a los presuntos autores que se hallen en su territorio pero, en caso de recibir una solicitud de extradición, ésta puede ser denegada conforme a su legislación interna o en virtud de los convenios de los cuales es parte. En caso de denegar la extradición, entonces el Estado sí está obligado a juzgar a los presuntos responsables. De modo que se da prioridad "a la opción de la extradición (más exactamente, al enjuiciamiento por determinados Estados, especialmente aquellos en que se cometió el delito, a los que el presunto delincuente debería ser normalmente entregado) y ofrece como alternativa el enjuiciamiento, a modo de salvaguardia frente a la impunidad"[20]. Para Bassiouni, la obligación de extraditar o juzgar son dos elementos cumulativos y no alternativos cuando se trata de crímenes de derecho internacional regulada mediante una norma de *ius cogens*[21].

Por otra parte, existe la tendencia a considerar que para determinados crímenes internacionales la jurisdicción universal no sólo está permitida sino que además puede ser necesaria o incluso obligatoria[22]. No obstante, en la práctica los Estados son reticentes a juzgar a los autores de estos crímenes, que a menudo son ordenados o instigados por jefes de estado o agentes que han actuado bajo su autorización, consentimiento o aquiescencia, en sus tribunales nacionales[23]. Así lo puso de manifiesto el Sr. Pougourides en un informe presentado ante el Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos del Consejo de Europa en el 2005 en el cual expresó la dificultad para llevar a los tribunales a los responsables de desapariciones forzadas en Bielorrusia[24].

Paralelamente, los Estados han ido limitando el ejercicio de la jurisdicción universal, sobre todo porque conlleva serios obstáculos en el marco de las relaciones

[20] *Ibid.*, párr. 132.
[21] BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law: Multilateral…, op.cit.,* nota 15 *supra*, p. 42.
[22] LA ROSA, A., *Preventing and Repressing International Crimes: Towards an "Integrated" Approach Based on Domestic Practice*, CICR, Vol. 1, Ginebra, febrero 2014, p.48.
[23] CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 284-291.
[24] Se trata de la desaparición de Yuri Zakharenko, antiguo Ministro del Interior (desaparecido el 7 de mayo de 1999), Victor Gonchar, antiguo Vice-Presidente del Parlamento de Bielorrusia (desaparecido el 16 de septiembre de 1999), Anatoly Krasovski, persona de negocios (desaparecido con el Sr. Gonchar) y Dmitri Zavadski, cámara del canal ORT de la TV rusa (desaparecido el 7 de julio de 2000), PACE, *Enforced disappearances*, *Report to Committee on Legal Affairs and Human Rights*, Rapporteur: Mr. Christos Pourgourides, Doc. 10679, de 19 de septiembre de 2005, párr. 17.

internacionales entre Estados, requiriendo por un lado la presencia del individuo en su territorio para poder activar la competencia de los tribunales internos y, por el otro, estableciendo el principio de subsidiariedad[25]. Con el primer requisito, el Estado pretende limitar la competencia en los casos estrictamente necesarios en virtud de los tratados internacionales. El segundo requisito consiste en considerar que la jurisdicción universal es un mecanismo que se aplica sólo por defecto cuando el Estado en cuyo territorio ha ocurrido el crimen o del cual es nacional el autor o la víctima no quiera o no pueda ejercer su jurisdicción. Si bien en Europa la jurisdicción universal ha sufrido un retroceso al verse progresivamente limitado su ejercicio, existe un proceso de universalización que se traduce en una progresiva *regionalización* de la jurisdicción universal, en particular en América Latina y África[26].

En relación al crimen de genocidio, el derecho convencional[27] establece que las personas "que hayan cometido genocidio (…) serán castigadas, ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares"[28] y, además, insta a los Estados Parte a adoptar medidas legislativas para dar cumplimiento a las disposiciones de la Convención y "a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio". Al mismo tiempo, el artículo VI de la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio establece que "las personas acusadas de genocidio (…) serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente (…)". Es poco probable que el Estado en donde se hayan cometido los actos de genocidio, mientras no experimente un profundo cambio político o esté en estado de transición, lleve a cabo el procesamiento de los presuntos responsables porque normalmente este tipo de actos

[25] LAFONTAINE, F., "Universal Jurisdiction- the Realistic Utopia", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1277-1302. Véase, a modo de ejemplo, la última modificación de la jurisdicción universal en España, en la que ésta queda totalmente desnaturalizada con el establecimiento de numerosos límites personales y materiales después de las presiones sufridas principalmente por parte de China a raíz de las causas abiertas contra ex dirigentes chinos ante la Audiencia Nacional. (Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal).

[26] ROBLES CARRILLO, M., "El principio de jurisdicción universal…, *op.cit*, nota 14 *supra*, p. 94. (énfasis añadido)

[27] AGNU, Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, en vigor desde el 12 de enero de 1951, tiene 146 Estados Parte (última consulta realizada el 20 de abril de 2015)

[28] *Ibid.*, Artículo IV y V.

requiere la instigación o al menos la aquiescencia de las autoridades o instituciones estatales[29]. Si bien el crimen de genocidio no está sujeto al principio de jurisdicción universal conforme al derecho convencional, ésta puede aplicarse en virtud del derecho internacional consuetudinario[30].

Por su parte, la Convención internacional sobre la represión y castigo del *apartheid* de 1973[31] prevé al mismo tiempo el principio *aut dedere aut iudicare* y el principio de jurisdicción universal en su artículo IV al obligar a los Estados parte a perseguir, enjuiciar y castigar conforme a su jurisdicción a las personas responsables de actos de *apartheid* "independientemente de que tales personas residan en el territorio del Estado en que se han cometido los actos o sean nacionales de ese Estado o de algún otro Estado".

Asimismo, los Estados están obligados a investigar y enjuiciar los crímenes de guerra más graves cometidos en un conflicto armado internacional conforme a los Convenios de Ginebra de 1949:

> "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente.
>
> Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes" [32].

[29] CASSESSE, A. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ªed., 2013, p. 286.
[30] Véase entre otros, BASSIOUNI, M. C., *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011, pp. 284-285; ORENTLICHER, D.F., "Settling Accounts…, *op.cit.*, nota 2 supra, p.2565.
[31] AGNU, Resolución 3068(XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, *Convención internacional sobre la represión y castigo del apartheid*, en vigor desde el 18 de julio de 1976, tiene 109 Estados parte (última consulta realizada el 20 de abril de 2015).
[32] Las infracciones graves están previstas en: I Convenio de Ginebra (1949), artículo 49; II Convenio de Ginebra (1949), artículo 50; III Convenio de Ginebra (1949), artículo 129; IV Convenio de Ginebra (1949), artículo 146; Protocolo adicional I (1977), artículo 85, párr. 1.

De modo que los Estados están obligados a juzgar o extraditar y, en su caso, establecer la jurisdicción universal para las *infracciones graves*[33], previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, y pueden establecerla también para los demás crímenes de guerra. Esta norma también forma parte del derecho internacional consuetudinario aplicable en tiempo de conflicto armado[34].

Asimismo, la Asamblea General en la resolución sobre los *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad* de 1973 estableció que:

> "los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, *dondequiera y cualquiera que sea la fecha* en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas"[35].

Si bien estos Principios de cooperación no son vinculantes para los Estados, se puede afirmar que en la actualidad los crímenes de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y tortura han alcanzado el estatus de normas de *ius cogens*[36]. En consecuencia, los Estados están obligados a enjuiciar o extraditar, a no aplicar plazos de prescripción y a eliminar las inmunidades de los jefes de estado en relación a estos crímenes, siendo estas obligaciones de carácter *erga omnes*[37]. Sin embargo, en el plano convencional, la CDI ha destacado que existe un importante vacío en el derecho internacional en relación a la obligación de extraditar o juzgar en relación a los crímenes de lesa humanidad,

[33] En un sentido estricto las « infracciones graves » sólo incluyen los crímenes de guerra más graves cometidos en un conflicto armado internacional aunque esto no impide que los Estados incluyan otras violaciones del DIH en sus legislaciones penales. Para más información, véase, DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruyland, 3ªed., 2002, p.731

[34] HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario,* Volumen I: Normas, CICR, Ginebra, 2007, pp-687-690, norma 157 y 158.

[35] AGNU, Resolución 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad*, párr. 1.(énfasis añadido)

[36] BASSIOUNI, M.CH., "Accountability for Violations of International Humanitarian Law and others Serious Violations of Human Rights", en BASSIOUNI, M.CH., *Post-conflict Justice*, Ardsley-on-Hudson Transnational Publishers, Nueva York, 2002, p.25. (p.3-54)

[37] *Ibid.*

crímenes de guerra que no son infracciones graves y crímenes de guerra en conflictos armados de carácter no internacional[38]

1.2. La obligación de juzgar en relación a las desapariciones forzadas

La cuestión que se plantea entonces es si las desapariciones forzadas entran en esta categoría de crímenes internacionales que conllevan la obligación de juzgar o a extraditar a los responsables de estos actos en base al principio *aut dedere aut iudicare* y si se pueden juzgar tales crímenes con independencia de dónde se hayan cometido porque se aplica el principio de jurisdicción universal. Manfred Nowak, en su informe de 2002, considera que el principio de jurisdicción universal debería aplicarse a cualquier acto de desaparición forzada porque "como la protección del derecho penal internacional sólo se aplicará en casos excepcionales, la jurisdicción universal en casos individuales claramente definidos de desaparición forzada, con la debida sanción, constituirá la medida más eficaz para desalentar la práctica de la desaparición forzada en el futuro"[39].

La Declaración de 1992 no establece abiertamente una jurisdicción universal en casos de desaparición forzada pero sí invita a los Estados a enjuiciar a los autores que se encuentren bajo su jurisdicción en el artículo 14:

> "Los presuntos autores de actos de desaparición forzada en un Estado, cuando las conclusiones de una investigación oficial lo justifiquen y a menos que hayan sido extraditados a otro Estado que ejerce su jurisdicción de conformidad con los convenios internacionales vigentes en la materia, deberán ser entregados a las autoridades civiles competentes del primer Estado a fin de ser procesados y juzgados. Los Estados *deberán* tomar las medidas jurídicas apropiadas que tengan a su disposición a fin de que todo presunto autor de un acto de desaparición forzada, que se encuentre bajo su jurisdicción o bajo su control, sea sometido a juicio". (Énfasis añadido)

Algunos Estados consideraron que no era apropiado que un texto no vinculante jurídicamente como la Declaración obligara a los Estados a establecer una jurisdicción

[38] CDI, *La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*, Informe final…., *op.cit.*, nota 16 *supra,* párr.33.
[39] *Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias,* ONU Doc. E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, p. 39.

universal para perseguir a los autores de desapariciones forzadas, de modo que se puede afirmar que la Declaración de 1992 "permite" la jurisdicción universal pero no obliga a los Estados a asumirla[40]. Seguramente, si un Estado quisiera ejercer la jurisdicción universal podría fácilmente invocar el artículo 14 de la Declaración de 1992, dada su redacción, ante la eventual inacción del Estado del que es nacional el presunto responsable de actos de desaparición forzada[41].

La Convención Interamericana de 1994, a pesar de haber sido adoptada poco después de la Declaración de 1992, establece una jurisdicción más restrictiva en el artículo IV, en el cual obliga a los Estados a enjuiciar a los responsables de desapariciones forzadas en tres casos: a) cuando los hechos hayan sido cometidos en el ámbito de su jurisdicción; b) cuando el imputado sea nacional de ese Estado; y c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Inicialmente, el proyecto de la Convención Interamericana[42] tenía como tercer supuesto "cuando el imputado se encuentre en su territorio", lo cual sí hubiese establecido una jurisdicción universal de carácter restringido[43], sin embargo, se optó por introducir el nexo de la nacionalidad de la víctima, dejando a discreción del Estado la opción de ejercer o no su jurisdicción.

El artículo 9.1 de la Convención Internacional de 2006, inspirado en el artículo 5 de la Convención contra la Tortura[44], precisa los casos en los que un Estado debe ejercer

[40] BRODY, R., GONZALEZ, F., "Nunca más: an analysis of international instruments on "disappearances"", *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, núm. 2, p. 391.

[41] RODLEY, N. y POLLARD., M., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, 3ª Ed., 2009, p.365.

[42] CIDH, "Proyecto de Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas", *Informe Anual,* 1987-88, Cap. V, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev.1, 16 septiembre 1988, Inter-American Yearbook on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, octubre 1991.

[43] Según Antonio Cassese, se pueden distinguir dos tipos de jurisdicción universal: la restringida, en la cual la presencia del acusado en el territorio es condición para la existencia de jurisdicción, o la absoluta, en la cual se ejerce independientemente de la nacionalidad, el lugar del delito, la nacionalidad de la víctima o de si el acusado se encuentra o no bajo la jurisdicción del Estado. CASSESE, A., *International Criminal Law*, *op.cit.*, nota,23 *supra*, pp. 285-286.

[44] Algunas delegaciones señalaron que la tortura era un elemento frecuente en los actos de desaparición forzada. En consecuencia, en el futuro instrumento las reglas básicas en materia de jurisdicción de los Estados deberían ser, como mínimo, similares a las previstas en el artículo 5 de la Convención contra la Tortura. Véase, *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2003/71, de 12 de febrero de 2003, párr. 58.

su jurisdicción sobre una desaparición forzada, de forma muy similar a la Convención Interamericana de 1994: "a) cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese Estado; c) cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado y *éste lo considere apropiado*" (énfasis añadido). En este sentido, esta disposición de la Convención Internacional de 2006 refleja la intención de los Estados de otorgar preferencia al procesamiento en los Estados en los que tuvieran lugar las desapariciones forzadas, principalmente para las víctimas, mientas que se preveía la competencia de terceros Estados a título simplemente complementario. El objetivo por lo tanto era "alentar a los Estados a tomar medidas internas de investigación y de procesamiento"[45] en casos de desapariciones forzadas. De modo que en los supuestos a) y b) el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado es obligatoria mientras que en el supuesto c) se deja a discreción del Estado concernido[46]. Si bien el artículo 9.3 "no excluye ninguna jurisdicción penal adicional ejercida de conformidad con las leyes nacionales", de modo que permite ejercer la jurisdicción universal.

Igualmente, la Convención Internacional de 2006 en virtud del artículo 9.2 requiere a los Estados parte que tomen las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que su presunto autor se encuentre en territorio bajo su jurisdicción "salvo que dicho Estado lo extradite o lo entregue a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional *cuya competencia haya reconocido*"[47], instaurando así la jurisdicción universal en sentido restringido[48]. Esta provisión incluye dos novedades respecto a la Convención contra la tortura: por una parte, la obligación de entregar al presunto autor en base a un acuerdo internacional u otra fuente de obligaciones jurídicas internacionales, como por ejemplo la orden de detención europea y, por otra parte, la remisión a una jurisdicción penal internacional, en alusión a la Corte

[45] *Ibid.*, párr. 59.
[46] SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle against Enforced Disappearances and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 300-301.
[47] Énfasis añadido.
[48] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire", *Droits fondamentaux*, núm. 6, enero-diciembre 2006, p.51.

Penal Internacional [49] y a otros tribunales internacionales. La exigencia "cuya competencia haya reconocido" no excluye que un Estado pueda verse obligado a entregar a un individuo ante la CPI sin ser parte del ECPI en virtud de una resolución del CSNU en la que haya remitido una situación a la competencia de la CPI y obligue a todos los Estados Miembros a colaborar con la CPI.

Esta innovación de la Convención Internacional de 2006 ha sido calificada por la CDI como "la tercera alternativa"[50] que puede permitir cubrir los vacíos legales en el derecho convencional en relación a la obligación de *aut dedere aut iudicare*. Así, la CDI cree que existe la opción de extraditar, la de juzgar o la remitir al presunto autor a una jurisdicción penal internacional que puede ser la CPI pero también cualquier tribunal híbrido como las Cámaras Especiales para los Crímenes Graves en Timor Oriental [51] o las Salas Africanas Extraordinarias[52] establecidas en Senegal para juzgar al Sr. Habré.

Por otro lado, el artículo 10 de la Convención Internacional de 2006 exige a los Estados parte que en caso de que se encuentre en su territorio una persona presuntamente responsable de un delito de desaparición forzada, el Estado "procederá a la detención de dicha persona" y "procederá inmediatamente a una investigación preliminar o averiguación de los hechos". Todo ello reforzado con el principio *aut dedere aut iudicare* previsto en el artículo 11 en base al cual el Estado parte está obligado a enjuiciar al presunto autor de un delito de desaparición forzada en base a su jurisdicción interna, en caso de no proceder a su extradición o entrega a un tribunal internacional cuya jurisdicción haya reconocido. Para ello, es necesario que los Estados Parte establezcan en sus legislaciones internas la jurisdicción universal en relación a las desapariciones forzadas, lo cual permite no sólo evitar la impunidad de los autores de estos crímenes sino que también tiene un importante efecto disuasorio y preventivo[53].

[49] *Ibid.*., p.52.
[50] CDI, *La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*, Informe final…, *op.cit.,* nota 16 *supra,* párrs. 31-35.
[51] Véase UNTAET, Regulation No. 2000/15 *on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, de 6 de junio de 2000, artículo 5.1.i).
[52] Véase *Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990*, artículo 6.f), el cual dentro de los crímenes de lesa humanidad incluye la desaparición forzada.
[53] CIJ, *Belgium* v. *Senegal, cit*, nota 19 *supra,* párrs. 74-75.

En cumplimiento de las obligaciones internacionales conforme a la Convención Internacional de 2006, España ha establecido en el artículo 23.4.a) y c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) la competencia de la jurisdicción española para conocer de delitos de desaparición forzada en los siguientes supuestos:

> a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.
>
> c) Delitos de desaparición forzada incluidos incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:
>
> 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o,
>
> 2.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español"[54].

De modo que la jurisdicción española tiene competencia universal para conocer del delito de desaparición forzada cometido en el extranjero, pero bastante limitada al exigir una conexión española, bien porque el autor tiene que ser español, bien porque la víctima tiene que ser española en el momento en que ocurrieron los hechos y el presunto responsable (sea español o extranjero) se encuentre en territorio español. Cabe precisar que, en el caso de que se trate de una desaparición forzada como crimen de lesa humanidad se podrá aplicar tanto el apartado a) como c) del artículo 23.4 de la LOPJ, si bien los requisitos difieren un poco.

En conclusión, la Convención Internacional de 2006 reconoce el principio de jurisdicción "casi universal"[55] en relación a las desapariciones forzadas al exigir la presencia del presunto autor en el territorio del Estado Parte, y obliga a juzgar o extraditar a los presuntos autores cuando éstos se encuentren en el territorio bajo su jurisdicción. En relación al principio *aut dedere aut iudicare*, la Convención

[54] Apartado añadido por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

[55] En palabras del Sr. Bernard Keseedjian, en el *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, Presidente-Relator Sr. Bernard Kessedjian, ONU Doc. E/CN.4/2004/59, de 23 de febrero de 2004, párr. 82.

Internacional de 2006 es la única que prevé esta obligación respecto a un crimen de lesa humanidad, en este caso, de desaparición forzada.

Respecto a los Estados que no son parte de la Convención Internacional de 2006, teniendo en cuenta que la desaparición forzada se considera un delito de derecho internacional cuya prohibición es de carácter imperativo, esto conllevaría la obligación *erga omnes* de juzgar o extraditar a los responsables según Bassiouni[56]. Sin embargo, la CDI en su informe final sobre el alcance del principio *aut dedere aut iudicare*, considera que dicha obligación no se deriva necesariamente de una norma imperativa y que tampoco existe consenso entre los Estados sobre la existencia de norma consuetudinaria que establezca la obligación de extraditar o juzgar para crímenes de derecho internacional[57].

Por lo tanto, aún queda camino por recorrer, pues las instancias penales internacionales sólo actúan en casos de práctica generalizada o sistemática de desaparición forzada, mientras que en los casos aislados la jurisdicción universal puede jugar un papel relevante que permitirá acabar con la impunidad de sus autores. Aun así, cabe recordar que *una sola* desaparición forzada, si se ha realizado en un contexto de ataque sistemático o generalizado contra la población civil, también se considera crimen de lesa humanidad[58]. Sin embargo, muchos Estados aún no tienen tipificado el delito de desaparición forzada en su legislación penal y por lo tanto no pueden aplicar el principio de jurisdicción universal, lo cual reafirma la importancia de dicha tipificación como una forma de combatir la impunidad[59].

[56] Véase, entre otros, BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law: Multilateral…, cit.* nota 15 *supra* p. 42
[57] CDI, *La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare)*, Informe final..., *cit.,* nota 16 *supra,* párrs. 45-55.
[58] HALL, C.K., "Article 7. Crimes against humanity", en TRIFFTERER, O. *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's Notes, Article by Article*, C.H. Beck-Hart-Nomos, Portland, 2008, p. 225.
[59] GTDFI, *Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas*, ONU Doc. A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010, párr. 68.

En relación a la extradición, hay que añadir que tanto la Declaración de 1992[60] como la Convención Internacional de 2006[61] recogen el principio de no devolución en caso de que el Estado tenga motivos fundados para creer que la persona, en caso de ser extraditada, devuelta o entregada a otro país, corra el riesgo de ser sometida a una desaparición forzada. Para ello, el Estado tendrá en cuenta si en este Estado se están llevando a cabo violaciones sistemáticas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

2. LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS AMNISTÍAS

Las leyes de amnistía suelen promulgarse después de un conflicto armado, violencia interna o período de represión con el fin de reconciliar a la población y olvidar el pasado[62], aunque también existen las llamadas auto-amnistías "autoproclamadas por la dictaduras militares en declive, preocupadas por organizar su sistema de impunidad, en tanto en cuanto hubiera tiempo aún"[63]. Normalmente, las amnistías son aplicables en el ámbito interno pero también existen las de tipo transnacional conforme a las que

[60] Declaración de 1992, artículo 8.1: "Ningún Estado expulsará, devolverá o concederá la extradición de una persona a otro Estado cuando haya motivos fundados para creer que corre el riesgo de ser víctima de una desaparición forzada".

[61] Convención Internacional de 2006, artículo 16: "Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución, entrega o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en perligro de ser sometida a una desaparición forzada".

[62] Véase, entre otras, Argentina, Ley de Punto Final, No. 23.492, de 23 de diciembre de 1986, no se aplicaba al secuestro o sustracción de menores, fue anulada por el Senado el 21 de agosto de 2003; Croacia, Law on General Amnesty, No. 80/96, de 20 septiembre de 1996 adoptada en base a los Acuerdos de Paz de Dayton que instaba a los Estados parte a adoptar leyes de amnistía no se aplica a los crímenes de guerra, actos de genocidio y otras violaciones graves de derechos humanos; Guatemala, Ley de reconciliación nacional, Decreto 145-1996, de 27 de diciembre de 1996, cuyo artículo 8 establece que "(…) la extinción de la responsabilidad penal a que se refiere esta ley, no será aplicable a los delitos de genocidio, tortura y *desaparición forzada* (…)"; Nepal, Truth and Reconciliation Act 2014, ley controvertida al permitir la concesión de amnistías en supuestos de crímenes de derecho internacional como las desapariciones forzadas, no obstante el Tribunal Supremo de Nepal en una sentencia de febrero de 2015 declaró inconstitucional el artículo 26.2 de la Ley que otorgaba poder discrecional a las Comisión de la Verdad y Reconciliación y a la Comisión de Personas Desaparecidas para dar amnistías. Véase, http://www.myrepublica.com/portal/index.php?action=news_details&news_id=93003 (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

[63] *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*, Informe final revisado por M. Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión, ONU Doc., E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997, párr. 3.

determinadas personas, normalmente jefes de estado, se les concede el exilio en un país amigo a cambio de una impunidad total[64].

Una de las consecuencias de las amnistías es el fomento de la impunidad y en el ámbito de las desapariciones forzadas constituye uno de los principales obstáculos para su erradicación. Además, en casos de desapariciones forzadas, las amnistías no solo deniegan la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas sino que su sufrimiento se acrecienta como consecuencia de la negación por parte de las autoridades de su responsabilidad alegando, por ejemplo, que la persona desaparecida ha decidido exiliarse o puede haber muerto mientras luchaba con un grupo armado. Según Amnistía Internacional, en Colombia las técnicas de impunidad más utilizadas por parte de las fuerzas armadas, al menos en los años noventa, eran la atribución de los homicidios a los "escuadrones de la muerte" y la ocultación de las pruebas a través de la desaparición forzada, la negativas y la difusión de información falsa, así como la obstrucción de los intentos de investigar las desapariciones forzadas y de hacer comparecer a los responsables ante los tribunales[65]. La negación de estos crímenes por parte del Estado implica para los familiares un desamparo total e importantes dificultades para acceder a servicios de rehabilitación médica o psicológica[66].

Asimismo, las amnistías tienen como efecto impedir la investigación sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida, de modo que "es comprensible que sus familiares obtengan un pobre consuelo de este tipo de políticas, aunque estén destinadas

[64] NADYA SADAT, L., "The effect of amnesties" en HUGHES, SCHABAS y THAKUR (Eds.), *Atrocities and International Accountability: Beyond Transitional Justice*, United Nations University Press, 2007, p.227. Véase, por ejemplo, la oferta de EEUU al Presidente de Irak, Saddam Hussein de vivir en el exilio con total impunidad a cambio de no empezar la guerra en el 2003, oferta que fue rechazada por el Presidente iraquí. Véase: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/news/newsid_2677000/2677273.stm (consultado por última vez el 20 de abril de 2015). Véase, también, el caso de Charles Taylor, jefe de Estado de Liberia al que se le concedió el exilio en Nigeria en base a los Acuerdos de paz de Accra de 17 de junio de 2003 para acabar con el conflicto armado. El propio CSNU en su resolución 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003, manifestó la necesidad de que Taylor se fuera en pro del establecimiento de un gobierno de transición y la celebración de unas elecciones libres y limpias en el país (párr.12). Finalmente, Taylor no escapó de la justicia y fue juzgado por el TESL en las dependencias de la CPI en La Haya y fue condenado por crímenes de guerra y de lesa humanidad y otras violaciones graves del DIH con una pena de 50 años, condena que cumple desde octubre de 2013 en el Reino Unido.

[65] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción,* EDAI, Madrid, 1994, p. 45.

[66] MALLINDER, L. , *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Studies of International Law, Hart Publishing, Portland, 2008, pp.10-11.

a impedir la repetición de hechos tales como las desapariciones"[67]. Sin embargo, encontrar la estrategia "win-win" en estas situaciones puede ser prácticamente imposible[68] porque mientras que la decisión de procesar a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos puede aliviar a las víctimas, a su vez puede implicar tensión y ansiedad entre los miembros de las fuerzas armadas. Con todo, hay estudios que demuestran que la combinación de juicios y amnistías, así como de juicios, amnistías y comisiones de la verdad –pero no la adopción de estas medidas por sí solas u otra combinación de mecanismos- tiene un impacto positivo en la democracia y los derechos humanos[69].

A pesar de que desde la Segunda Guerra Mundial ha habido numerosos esfuerzos dedicados a combatir la impunidad, mediante la creación, entre otros, de tribunales internacionales para enjuiciar a los responsables de los crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad, esta "justice cascade"[70] no ha impedido que durante este periodo se hayan incrementado la adopción de leyes de amnistía[71]. Diversos motivos pueden explicar este aumento, aunque seguramente el principal es la proliferación de conflictos armados internos con violaciones graves de derechos humanos en los que, para lograr una transición pacífica hacia un estado de derecho democrático, las partes deciden adoptar leyes de amnistía como medida de reconciliación.

La cuestión principal que se plantea aquí es si las leyes de amnistía son compatibles con violaciones graves de derechos humanos, tales como las desapariciones

[67] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias,* ONU Doc. E/CN.4/1991/20, de 17 de enero de 1991, párr. 410.
[68] PION-BERLIN, D., "To Prosecute or to Pardon? Human Rights Decision in the Latin American Southern Cone", *Human Rights Quarterly*, Vol.16, 1994, núm.1, p.106. El autor argumenta que una solución intermedia entre justicia y perdón tampoco hubiese sido satisfactoria en el Cono Sur puesto que hubiese implicado para los gobiernos una pérdida de apoyo político y de cooperación militar al mismo tiempo.
[69] OLSEN, T.D., PAYNE, L.A. y REITER, A.G., "The Justice Balance: WhenTransitional Justice Improves Human Rights and Democracy"*, Human Rights Quarterly,* vol. 32, 2010, p. 982. Conclusiones a las que llegan los autores a partir del análisis de más de 900 mecanismos de justicia transicional utilizados entre 1970 y 2007, que incluyen juicios, amnistías, reparaciones, comisiones de la verdad y políticas de depuración, accesible en https://sites.google.com/site/transitionaljusticedatabase/home.
[70] SIKKINK, K, *Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, W.W. Norton & Company inc., Nueva York, 2011.
[71] MALLINDER, L. , *Amnesty, Human Rights and Political Transitions..., op.cit.,*nota 66 *supra*, p. 18-19.

forzadas, consideradas por los Principios contra la impunidad como delitos graves de derecho internacional[72]. La tendencia del Derecho Internacional es a considerar que las amnistías no son aceptables ante graves atrocidades como el genocidio, la tortura, los crímenes de guerra y desapariciones forzadas, por tratarse de prohibiciones con carácter inderogable y de *ius cogens*, pero la práctica de los Estados no es constante ni uniforme, lo cual pone en duda la existencia de una norma de carácter consuetudinario. A continuación se hará una breve conceptualización de la "amnistía", luego se examinará el tratamiento de esta cuestión en los diferentes instrumentos relativos a las desapariciones forzadas, para después analizar la jurisprudencia internacional en la materia y finalmente, abordar la cuestión de la admisibilidad de las amnistías en casos de desapariciones forzadas.

2.1. Concepto y alcance de las amnistías

Las amnistías conllevan el olvido y silencio respecto de actos que tienen carácter delictivo[73], y pueden definirse como una forma de impunidad, entendida como:

> "(…) la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condena a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas"[74].

La impunidad puede ser *de iure*, es decir, derivada de la adopción de leyes u otras medidas en virtud de las cuales los funcionarios o determinadas personas que ejercen una función pública quedan exonerados de cualquier proceso judicial, como es el caso de las leyes de amnistía[75]. Asimismo, existe la llamada impunidad *de facto*,

[72] *Conjunto de principios actualizado..., cit.,* nota 1 *supra*, Definiciones. En "delitos graves conforme al derecho internacional" incluye "otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, *las desapariciones forzadas*, la ejecución extrajudicial y la esclavitud". (énfasis añadido). Véase, también, Consejo de Europa, Comité de Ministros, *Guidelines on Eradicating Impunity for serious Human Rights Violations*, de 30 de marzo de 2011, en donde se incluye a las desapariciones forzadas como violaciones graves de derechos humanos.
[73] CORTE IDH, *Caso Castillo Páez c. Perú*, Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.
[74] *Conjunto de principios actualizado..., cit.,* nota 1 *supra*, Definiciones.
[75] AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Desapariciones forzadas…, op.cit.*, nota 65 *supra*, p. 184-185.

como consecuencia de un sistema judicial débil o de la falta de independencia del poder judicial, que no es capaz de procesar a los autores responsables de las desapariciones forzadas o bien en los supuestos en que, a pesar de la independencia del poder judicial, las fuerzas de seguridad se resisten a someterse a procesos judiciales[76]. Si bien para acabar con la impunidad legal basta con derogar las leyes de amnistía, en caso de impunidad fáctica hace falta una voluntad política y una fuerte presión por parte de las organizaciones que luchan para acabar con las desapariciones forzadas (familiares de desaparecidos, defensores de derechos humanos, etc.)[77].

En función de su alcance, las amnistías pueden ser generales ("blanket amnesties" en inglés) o bien limitadas, las cuales excluyen determinados delitos o se refieren a un periodo concreto. Las amnistías también pueden ser condicionadas, opción escogida por la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica[78], en la que las víctimas renunciaban a adoptar acciones penales y de responsabilidad civil a cambio de la verdad. Además, las amnistías pueden ser introducidas de distintas formas, ya sea a través de un decreto aprobado por el poder ejecutivo de forma discrecional, mediante un acuerdo de paz negociado, la promulgación de una ley en el Parlamento o a partir de un referéndum o consulta popular[79].

Si bien las amnistías son medidas aplicables en los ordenamientos jurídicos internos en los que son adoptadas, no parece que éstas puedan vincular a tribunales de

[76] *Ibid.*

[77] En España existe la impunidad legal y *de facto* al existir la Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre aprobada por el Parlamento durante la transición democrática, aplicable, según su artículo 1, a los actos de "intencionalidad política". Si bien su adopción tenía por finalidad la reconciliación nacional y la transición hacia una democracia y un estado de derecho después de 40 años de dictadura, en la práctica implica una impunidad *de facto* de violaciones graves de derechos humanos, como las desapariciones forzadas, cometidas durante el anterior régimen al ser archivados todos los casos llevados ante la justicia española de forma sistemática, aplicando la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo STS 101/2012, del 27 de febrero de 2012, en base a la ley de amnistía y la presunta prescripción de los hechos. Véase, para más información, PÉREZ GONZÁLEZ, C. y ESCUDERO ALDAY, R. (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

[78] La Comisión de Verdad y Reconciliacion fue creada por la *Promotion of National Unity and Reconciliations Act*, de 19 de julio de 1995. Para más información oficial sobre la Comisión, véase: http://www.justice.gov.za/trc/. Véase también, entre otros, SARKIN, J., *Carrots and Sticks: the South African Amnesty Process*, Intersentia, 2004.

[79] MALLINDER, L. , *Amnesty, Human Rights and Political Transitions....,op.cit.,*nota 66 *supra*, pp.30-36.

otros Estados o a tribunales internacionales[80]. En relación a terceros Estados, éstos pueden ejercer su jurisdicción en casos de violaciones graves de derechos humanos como el genocidio, los crímenes de guerra o de lesa humanidad en base a la legitimación pasiva de la víctima –nacional del Estado- o bien conforme a la jurisdicción universal y, en la práctica, no se han considerado vinculados por las amnistías de otro Estado[81]. En este sentido el TESL, en relación a la amnistía establecida en el Acuerdo de Lomé estimó que aunque era un acto de soberanía que podía adoptar Sierra Leona, éste no afectaba al ejercicio de su competencia ni podía impedir que otro Estado ejerciera la jurisdicción universal respecto a crímenes de derecho internacional[82]. De modo que el TESL no anula las amnistías adoptadas en el marco de un post-conflicto sino que simplemente las considera inaplicables en procesos judiciales internacionales o en terceros estados en relación a ciertas personas y por determinados crímenes[83].

Por otro lado, las amnistías tampoco impiden que instancias internacionales puedan enjuiciar a los responsables de violaciones graves de derechos humanos que constituyan delitos de su competencia. Así, el ECPI establece en su artículo 27.2 la improcedencia del cargo oficial al disponer que "las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella". Asimismo, tanto el TESL como el Tribunal Especial para el Líbano (TEL) consideran que la amnistía concedida a una persona respecto de la cual el Tribunal tenga competencia conforme a su Estatuto no constituirá impedimento para el

[80] NADYA SADAT, L., "The effect of amnesties", *op.cit.,* nota 64 *supra,* p. 238.
[81] Véase, entre otros, ROBINSON, D., "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, *14*(3), 2003, p.503; BOED, R. "The effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", *Cornell International Law Journal*, vol. 33, 2000, pp.297-329, en el que el autor distingue los efectos de las amnistías en función de su validez conforme al derecho internacional y además propone también una "norma de razonabilidad" en caso de que sea válida la amnistía y a su vez el tercer Estado pueda ejercer válidamente su jurisdicción, aunque, en mi opinión, parece difícil determinar "la razonabilidad" en estos casos.
[82] TESL, *Prosecutor v. Kallon (Case No. SCSL-2004-15-AR72 (E)); Prosecutor v. Bazzy Kamara (Case No. SCSL-2004-16- AR72 (E))*, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, de 13 de marzo de 2004, párr. 67.
[83] HOROVITZ, S., "Transitional criminal justice in Sierra Leone", en ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZCURRENA, J., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, 2006, p.53.

procesamiento[84]. De igual manera, la Ley sobre el establecimiento de las Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya (SECC) para el Enjuiciamiento de Crímenes cometidos durante el Periodo de Kampuchea Democrática establece sobre esta cuestión que el gobierno no debe solicitar amnistía o perdón en relación a personas que hayan cometido delitos de la competencia de las Salas, y que, en todo caso, corresponde a éstas determinar el alcance de medidas de amnistía o perdón otorgadas con anterioridad a la adopción de la Ley por la cual se crearon[85]. Según el juez A.A. Cançado Trindade, el DIDH "pone de relieve que no todo lo que es legal en un ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia)"[86].

2.2. Las amnistías en caso de violaciones graves de derechos humanos

Si bien no existe ningún tratado internacional que prohíba expresamente las amnistías respecto a violaciones graves de derechos humanos, la posibilidad por parte de un Estado de adoptar este tipo de medidas puede verse limitada por sus obligaciones internacionales derivadas de los tratados de derechos humanos de los cuales es parte. En el ámbito internacional, el SGNU en su informe sobre *Estado de derecho y justicia de transición* de 2004 recoge como principio la no concesión de amnistías para crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y violaciones graves de derechos humanos en acuerdos de paz promovidos o con el apoyo de la ONU[87]. No obstante, el SGNU

[84] Véase, artículo 10 del Estatuto del TESL, establecido por acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona de conformidad con la resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, de 14 de agosto de 2000. El Tribunal tiene competencia para conocer de crímenes de lesa humanidad (artículo2), infracciones graves al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y al Protocolo Adicional II de 1977 (artículo3) y otras violaciones graves de DIH (artículo4). Véase, también, artículo 16 del Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano, y el artículo 6 del Estatuto del TEL del Consejo de Seguridad, *Resolución 1757 (2007)*, de 30 de mayo de 2007.

[85] Las Salas Extraordinarias tienen competencia, entre otros, sobre delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en Camboya entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979. Véase, Law On The Establishment Of Extraordinary Chambers In The Courts Of Cambodia For The Prosecution Of Crimes Committed During The Period Of Democratic Kampuchea, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006), articulo 40.

[86] CORTE IDH, *Caso Barrios Altos c. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, voto concurrente del juez A.A. Cançado Trindade, párr. 6.

[87] SGNU, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, ONU Doc. S/2004/616, de 3 de agosto de 2004, párr.10.

considera que "una amnistía cuidadosamente formulada"[88] que contribuya al retorno de los civiles desplazados y la reintegración de los antiguos combatientes debe fomentarse, siempre y cuando no incluya las violaciones graves de derechos humanos mencionadas anteriormente.

En el DIH existe una norma consuetudinaria[89] recogida en el artículo 6.5 del Protocolo Adicional II de 1977, que promueve de forma clara la adopción de una amnistía en caso de conflicto armado no internacional al establecer que:

> "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado"[90].

Conviene matizar que esta disposición se refiere a la adopción de una amnistía aplicable a las personas por el simple hecho de haber participado en las hostilidades, pero que en todo caso no es aplicable a los crímenes de guerra[91] y no es compatible con la obligación de los Estados de investigar y enjuiciar a los sospechosos crímenes de guerra en conflictos armados no internacionales[92]. Permitir amnistías que impidan el enjuiciamiento de todas las violaciones de derechos humanos cometidas durante un

[88] *Ibid.*, párr. 32.
[89] HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario…, op.cit.,* nota 34 *supra*, pp-691-698, norma 159.
[90] El Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949 se aplica a conflictos armados "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". Véase, artículo 1.
[91] SASSÒLI, M. y BOUVIER, A.A., *Un droit dans la guerre?*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2003, Vol. 1, p. 258. Véase, también, el comentario del artículo 6.5 en PILLOUD, C., DE PREUX, J. y SANDOZ, Y., *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p.1426, en el cual se explica que el objetivo de este precepto fue « d'encourager un geste de réconciliation qui contribue à rétablir le cours normal de la vie dans un peuple qui a été divisé ».
[92] HENCKAERTS, J. y DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario…, op.cit.,* nota 34 *supra*, p. 692. El estudio, al referirse a la norma 159 establece "Cuando hayan cesado las hostilidades, las autoridades en el poder se esforzarán por conceder la amnistía más amplia posible a quienes hayan participado en un conflicto armado no internacional o a las personas privadas de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, *salvo a las personas sospechosas o acusadas de haber cometido crímenes de guerra, o que estén condenadas por ello*". (énfasis añadido)

conflicto armado interno sería contrario al objeto del Protocolo Adicional II de asegurar la protección de las víctimas[93].

En relación con la tortura, considerada una prohibición absoluta de carácter *ius cogens*[94], en el Programa y Declaración de Acción de Viena, aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, se estableció que: "Los gobiernos deben derogar la legislación que favorezca la impunidad de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, como la tortura, y castigar esas violaciones, consolidando así las bases para el imperio de la ley"[95]. En este sentido, el CCT ha declarado que las amnistías que impiden "enjuiciar y castigar con prontitud e imparcialidad a los autores de actos de tortura o malos tratos o ponen de manifiesto una falta de voluntad al respecto, infringen el carácter imperativo de la prohibición"[96] y además opone obstáculos a la reparación de las víctimas y contribuyen a la impunidad, de modo que exhorta a los Estados Parte a eliminar la amnistía en casos de tortura o malos tratos[97]. En los mismos términos, el CDH ha considerado que "las amnistías son generalmente incompatibles"[98] con la obligación de los Estados de investigar los actos de tortura dentro de su jurisdicción y de velar para que no se vuelvan a repetir en el futuro.

Así lo ha manifestado también el TPIY en el caso *Furundzija* en el cual el Tribunal consideró que carecía de sentido una prohibición de la tortura de carácter imperativo si los Estados pudieran adoptar leyes de amnistías a nivel interno para autorizar o perdonar actos de tortura o absolver a sus autores[99]. Por otra parte, el TEDH determinó en el caso *Ould Dah c. Francia* que las amnistías son generalmente

[93] ROHT-ARRIAZA, N. y GIBSON, L., "The Developing Jurisprudence on Amnesty", *Human Rights Quarterly,* Vol. 20, 1998, p. 866.
[94] Véase, Capítulo III, apartado 3.1, *supra*.
[95] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, ONU Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1992, párr. 60.
[96] CCT, *Observación general núm. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Parte*, ONU Doc. CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008, párr. 5
[97] CCT, *Observación general núm. 3, Aplicación del artículo 14 por los Estados Parte*, ONU Doc. CAT/C/GC/3, de 13 de diciembre de 2012, párr. 41.
[98] CDH, O*bservación general núm. 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)*, ONU Doc. A/47/40 (SUPP), de 30 de septiembre de 1992, párr. 15.
[99] TPIY, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Case Nº. IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998, párr. 155.

incompatibles con la obligación de los Estados de investigar los actos de tortura[100]. Además, el TEDH manifestó que si las amnistías adoptadas por otro Estado en el cual se han cometido actos de tortura pudieran impedir el ejercicio de la jurisdicción de otro Estado en base al principio de jurisdicción universal "this would have the effect of paralysing any exercise of universal jurisdiction and defeat the aim pursued by the United Nations Convention against Torture"[101].

Con respecto a los crímenes de lesa humanidad, las SECC tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de las amnistías en el caso de Ieng Sang, el cual había sido condenado *in abstentia* con la pena de muerte y la confiscación de todos sus bienes por el Tribunal Revolucionario del Pueblo en 1979 y otorgada una amnistía real en 1996. Ieng Sang alegó que la amnistía impedía su procesamiento por las SECC y además invocó el principio de *non bis in idem*. Entre otros motivos, las Salas Extraordinarias determinaron que la amnistía otorgada no afectaba a violaciones graves de derechos humanos y que no enjuiciar ni castigar a los autores de crímenes de lesa humanidad -como en el caso de genocidio, tortura y crímenes de guerra- infringía las obligaciones internacionales de Camboya:

> "(…) Cambodia, which has ratified the ICCPR, also had and continues to have an obligation to ensure that victims of crimes against humanity which, by definition, cause serious violations of human rights, were and are afforded an effective remedy. This obligation would generally require the State to prosecute and punish the authors of violations. *The grant of an amnesty*, which implies abolition and forgetfulness of the offence *for crimes against humanity*, *would not have conformed with Cambodia's obligation under the ICCPR* to prosecute and punish authors of serious violations of human rights or otherwise provide an effective remedy to the victims. As there is no indication that the King (and' others involved) intended not to respect the international obligations of Cambodia when adopting the Decree, the interpretation of this document proposed by the Co-Lawyers is found to be without merit"[102]. (émfasis añadida)

Según Antonio Cassese, dado que los crímenes internacionales constituyen un ataque a los valores universales, ningún Estado debería atribuirse el derecho a decidir anular estos crímenes o dejar de lado sus consecuencias jurídicas[103]. Si bien según el

[100] *Ould Dah v. France* (dec.), no. 13113/03, pp.16-17, ECHR 2009.
[101] *Ibid.*
[102] SECC, Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *Decision on Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order*, Criminal Case File No. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), 11 April de 2011, párr. 201.
[103] CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, *op.cit*, nota 23 *supra,* p. 315. Véase, también, entre otros, MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*…, *op.cit*, nota 66 *supra,* p. 135;

SGNU la adopción de amnistías generales ha ido disminuyendo con el tiempo, reconoce que "sigue sin existir uniformidad con respecto a la incorporación de medidas judiciales y de rendición de cuentas en los acuerdos de paz"[104], de modo que la práctica de los Estados no es aún uniforme en relación a esta cuestión. A pesar de todo, es innegable que existe una tendencia en el derecho internacional a considerar las amnistías inaceptables por ser incompatibles con la obligación generalmente aceptada de los Estados de enjuiciar y sancionar graves violaciones de derechos humanos[105], si bien aun no existe una prohibición de las amnistías respecto a crímenes internacionales y graves violaciones de derechos humanos en toda circunstancia[106]. Parte de la doctrina apoya esta tesis y considera que las leyes de amnistía o medidas similares, que eximen a los autores responsables de graves violaciones de derechos humanos de ser procesados y castigados ante un tribunal, entran en contradicción con las obligaciones del Estado según el derecho internacional de los derechos humanos[107].

2.3. Las amnistías en caso de desapariciones forzadas

Si bien nadie discute que la prohibición de la tortura, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales es una norma consuetudinaria de carácter imperativo, no está tan claro que esta prohibición implique la obligación por parte de los Estados de investigar y enjuiciar dichas violaciones graves de derechos humanos o simplemente que los Estados no cometan abusos y vulneren dichas normas[108]. Para Juan Méndez, estas violaciones afectan al núcleo duro de derechos humanos y, en consecuencia, cualquier tipo de inmunidad para estos crímenes de derecho internacional constituye

[104] SGNU, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, ONU Doc. S/2011/634, de 12 de octubre de 2011, párr. 12.
[105] *Marguš v. Croatia* [GC], no. 4455/10, § 139, ECHR 2014 (extracts).
[106] MALLINDER, L., MOFFETT, L., MCEVOY, K. Y ANTHONY, G., *Investigations, Prosecutions, and Amnesties under Articles 2 & 3 of the European Convention on Human Rights*, marzo 2015. Disponible en: http://amnesties-prosecution-public-interest.co.uk/output-type/project-reports/ (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).
[107] Véase, entre otros, ORENTLICHER, D., "Settling Accounts…, *op.cit.*, nota 2 supra, pp. 2595-2596; LEWIS, E. T.M., "To what extent does the proposed draft International Convention for the protection of all persons from enforced disappearance guard against impunity for those responsible for enforced disappearances?, *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 22, 2005, núm.62, pp. 38-47.
[108] ORENTLICHER, D., "Settling Accounts…, *op. cit.,* nota 2 *supra*, p. 2582.

una impermisible *ex post facto* derogación de derechos que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia[109].

No obstante, la CIJ en el asunto *República Democrática del Congo c. Bélgica*[110] consideró que la inmunidad no entra necesariamente en contradicción con una norma substantiva de *ius cogens* [111] al tratarse de una norma procesal que puede restringir temporalmente el enjuiciamiento de una persona pero que en todo caso no afecta a la responsabilidad penal individual. De modo que en base a esta decisión, se podría argumentar que si una norma procesal de inmunidad es compatible con una norma imperativa, también podría ocurrir lo mismo con las amnistías y, por lo tanto, ser éstas compatibles con la prohibición absoluta de las desapariciones forzadas. Sin embargo, hay que distinguir entre las inmunidades que van ligadas al cargo oficial y cesan normalmente en el momento de finalizar dicha función, de las amnistías que pueden perdurar en el tiempo y obstaculizar así cualquier tipo de investigación y enjuiciamiento de los autores de desapariciones forzadas, siendo necesaria su derogación o inaplicación por parte de los tribunales.

En relación a las desapariciones forzadas, la Declaración de 1992 prohíbe de forma expresa las amnistías o medidas análogas en su artículo 18.1 que exoneren a los autores de desaparición forzada de su responsabilidad:

> "1. Los autores o presuntos autores de actos previstos en el párrafo 1 del artículo 4 supra no se beneficiarán de ninguna ley de amnistía especial u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerarlos de cualquier procedimiento o sanción penal".

Por "medidas análogas" se podría incluir la "Ley de obediencia debida" y la "Ley de punto final" de Argentina o la "Ley de caducidad de la pretensión punitiva del Estado" de Uruguay.[112] Si bien en el apartado 2 del artículo 18, se permite la adopción de medidas de gracia teniendo en cuenta "la extrema gravedad de los actos de

[109] MÉNDEZ, J., "Accountability for past abuses", *Human Rights Quarterly,* Vol. 19, 1997, p. 260.
[110] CIJ, *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, ICJ Reports, 2002, p. 3, párrs. 58-61.
[111] En el caso en cuestión se trataba de una orden de arresto emitido por un juez de instrucción de Bélgica contra el Ministro de Asuntos Exteriores de la R.D. Congo por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.
[112] BRODY, R., GONZALEZ, F., "Nunca más…, *op. cit.*, nota 40 *supra*, p. 385.

desaparición forzada", este segundo párrafo no estaba en el proyecto de la Declaración realizada por la Subcomisión[113].

En la observación general sobre el artículo 18[114], el GTDFI considera que las leyes de amnistía son contrarias a las disposiciones de la Declaración de 1992 cuando tienen por efecto cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones; prevenir u obstaculizar la concesión de medidas de reparación; promover la ocultación de los autores de la desaparición forzadas; exonerar a los responsables y, por tanto, que no tengan la obligación de indemnizar a la víctima; o bien determinen el sobreseimiento del procedimiento o de las investigaciones sobre desapariciones o impongan sanciones insignificantes para que ampare a los responsables el derecho de no ser juzgados dos veces por el mismo delito, lo que de hecho conduciría a la impunidad.

No obstante, el GTDFI considera que en casos de violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos como consecuencia de un conflicto armado interno o de represión política, las medidas legislativas de gracia o circunstancias atenuantes pueden ayudar a esclarecer la verdad y a la reconciliación. En este sentido, la Declaración de 1992 estipula únicamente dos supuestos en los que se pueden otorgar circunstancias atenuantes para los responsables de desapariciones forzadas: cuando el supuesto autor contribuye a la reaparición con vida de la víctima o da voluntariamente información para esclarecer la suerte y paradero de la persona desaparecida. Además el artículo 18.2 permite expresamente el derecho de gracia siempre que se tenga en cuenta la extrema gravedad del delito de desaparición forzada.

En consecuencia, el GTDFI, permite al Estado, en estas circunstancias excepcionales, promulgar leyes con el fin de conocer la verdad y acabar con las desapariciones forzadas, siempre y cuando respeten los siguientes límites:

[113] *Cuestión de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier tipo de detención o prisión*, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1989/29/Rev.1, Anexo I, de 27 de octubre de 1989, el artículo 15 [equivalente al 18 de la Declaración de 1992] establecía "Las personas que hayan cometido actos conducentes a la desaparición forzada o involuntaria de una persona no podrán beneficiarse de ninguna amnistía u otras medidas que puedan hacer que esas personas queden exentas de responsabilidad penal".

[114] GTDFI, *Desapariciones, amnistía e impunidad: Observación general sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, en ONU Doc. E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005, párr. 2.

> "a) No deberán eliminarse completamente las sanciones penales, aunque la legislación no contemple las penas de prisión. En el marco de las medidas de gracia o del reconocimiento de circunstancias atenuantes, siempre se deberá poder imponer sanciones penales alternativas (pago de indemnizaciones, trabajos comunitarios, etc.), a las personas a las que, de otro modo, se encarcelaría por haber cometido un delito de desaparición.
>
> b) Las medidas de gracia sólo se impondrán tras haberse emprendido un genuino proceso de paz o negociaciones *bona fide* con las víctimas que haya dado por resultado disculpas o expresiones de pesar del Estado o de los responsables y garantías para prevenir las desapariciones en el futuro.
>
> c) Quienes hayan perpetrado desapariciones no podrán beneficiarse de tales leyes si el Estado no ha cumplido sus obligaciones de investigar las circunstancias pertinentes de las desapariciones, identificar y detener a los responsables y velar por que se satisfaga el derecho a la justicia, la verdad, la información, el recurso, la reparación, la rehabilitación y la indemnización de las víctimas. Los procesos de verdad y reconciliación no deben impedir el funcionamiento paralelo de procedimientos especiales de enjuiciamiento e investigación de las desapariciones.
>
> d) En Estados que hayan tenido profundos conflictos internos, las investigaciones y procesamientos penales no se podrán sustituir, pero sí acompañar, por procesos de verdad y reconciliación minuciosamente concebidos.
>
> e) La legislación debe prever claramente como objetivo, con adecuados mecanismos de aplicación, el logro efectivo de una paz genuina y sostenible, y garantías a las víctimas de que terminará y no se repetirá la práctica de la desaparición"[115].

La observación general del GTDFI sobre desapariciones y amnistía refleja la preocupación sobre la impunidad en materia de desapariciones forzadas no sólo por parte del propio GTDFI sino también de la AGNU que en su resolución 57/215 insiste en que "la impunidad con respecto a las desapariciones forzadas contribuye a perpetuar este fenómeno y constituye uno de los obstáculos para explicarlo" y, por este motivo, recuerda a los Estados "la necesidad de que sus autoridades competentes procedan a investigaciones prontas e imparciales en cualquier circunstancia en que haya motivos para creer que se ha producido una desaparición forzada en el territorio sujeto a su jurisdicción y que, de comprobarse el hecho, deben someter a los autores a la acción de la justicia"[116].

Aun teniendo a la Declaración de 1992 como referencia, ni la Convención Interamericana de 1994 ni la Convención Internacional de 2006 consiguieron el consenso necesario para contemplar una disposición relativa a la prohibición de las

[115] *Ibid.*, párr. 5-8.
[116] AGNU, Resolución 57/215, de 23 de febrero de 2003, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*.

leyes de amnistía, a pesar de que en sus sendos proyectos sí estaba previsto. Por un lado, el proyecto de Convención Interamericana propuesto por la CIDH[117] recogía en su artículo 8 que "los autores de desaparición forzada no deben beneficiarse de ningún acto jurídico adoptado por el Poder Ejecutivo o Legislativo del que pueda resultar la impunidad de esos hechos", y formaba parte del conjunto de artículos que regulaban los efectos jurídicos de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad. En el texto final, la Convención Interamericana de 1994 establece en el artículo IX que "No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas" respecto a los autores del delito de desaparición forzada.

Por otra parte, el artículo 17 del proyecto de Convención Internacional de 1998[118] establecía que "los autores o los supuestos autores y otros participantes en un delito de desaparición forzada […] no deberán beneficiarse de ninguna medida de amnistía o medidas similares antes del juicio […]". Algunos participantes consideraron que la incorporación de una disposición sobre la amnistía en la futura Convención, similar al artículo 18.1 de la Declaración de 1992, podría constituir un avance en la medida en que no existía ningún instrumento convencional con una disposición de este tipo[119]. Otros, en cambio, consideraron que no se podía ignorar la adopción de medidas de amnistía en procesos de reconciliación y de la verdad.

Finalmente, la Convención Internacional de 2006 sólo prevé para los autores de desapariciones forzadas circunstancias atenuantes, en los mismos supuestos que el artículo 4.2 de la Declaración de 1992 y, además, agravantes en caso de deceso de la persona desaparecida o cuando la víctima sea una persona particularmente vulnerable (mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidad), lo cual no debe interpretarse como una forma de amnistía o perdón según apuntó Canadá en los *travaux*

[117] CIDH, "Proyecto de Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas", *Informe Anual 1987-88*, Cap.V, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev.1, 16 septiembre 1988, Inter-American Yearbook on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, octubre 1991, pp-501-523.
[118] *Informe del Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia*, E/CN.4/Sub.2/1998/19, de 19 de agosto de 1998.
[119] ONU Doc. E/CN.4/2004/59, *cit.,* nota 55 *supra*, párr. 75.

préparatoires[120]. En todo caso, se perdió la oportunidad de incorporar en un texto convencional una prohibición, o al menos una limitación, de la concesión de amnistías en el caso de una violación grave de derechos humanos[121].

Por otro lado, diferentes instancias internacionales han considerado la amnistía incompatible con las disposiciones de los tratados de derechos humanos. En este sentido, el CDH ha expresado su preocupación por las consecuencias de las leyes de amnistía[122] alertando de que son "generalmente incompatibles con el deber del Estado parte de investigar esas violaciones, garantizar que las personas no estén sujetas a dichas violaciones dentro de su jurisdicción y velar por que no se cometan violaciones similares en el futuro"[123]. En relación a las desapariciones forzadas, el CDH ha manifestado que cuando los Estados Parte no abren una investigación y por lo tanto no enjuician a los autores de este tipo de violaciones graves de derechos humanos, constituye una vulneración por sí misma del PIDCP[124]. De modo que las amnistías son incompatibles con la obligación de los Estados de investigar y procesar las desapariciones forzadas, como puso de manifiesto el Comité en el caso *Celis Laureano c. Perú* en los siguientes términos:

> "El Comité insta al Estado Parte a que incoe una investigación adecuada sobre la desaparición de Ana Rosario Celis Laureano y sobre su suerte, que abone una indemnización apropiada a la víctima y a su familia y que haga comparecer ante la justicia, a los responsables de su desaparición, a pesar de las leyes nacionales de amnistía que puedan decir lo contrario"[125].

[120] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, E/CN.4/2006/57, de 2 de febrero de 2006, párr. 112.

[121] Véase, en este sentido, SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle…, op.cit.*, nota 46 *supra*, pp.328-329. Véase, también, Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, *The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance*, *Report to Committee on Legal Affairs and Human Rights,* Rapporteur: Mr. Christos Pourgourides, Doc. 12880, de 23 de febrero de 2012, en el que según POURGOURIDES, la ausencia de una prohibición de las amnistías en casos de desapariciones forzadas constituye una de las principales omisiones de la Convención,

[122] Ver sobre la cuestión de las leyes de amnistía, entre otras, las *Observaciones finales sobre Argentina*, ONU Doc. CCPR/CO/70/ARG, de 3 de noviembre de 2000; Observaciones finales sobre Chile, ONU Doc. CCPR/C/79/Add.104, de 30 de marzo de 1999; *Observaciones finales sobre El Salvador*, ONU Doc. CCPR/CO/78/SLV, de 22 de agosto de 2003, *Observaciones finales sobre España*, ONU Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2008 y *Observaciones finales sobre Perú*, ONU Doc. CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000.

[123] CDH, Observaciones finales de Chile, *cit.*, nota 122 *supra*, párr. 7.

[124] CDH, *Observación general núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 18.

[125] CDH, Comunicación núm. 540/1993, *Celis Laureano v. Perú*, dictamen aprobado el 16 de abril de 1996, párr. 10.

Asimismo, el CDF ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las amnistías en el examen del informe presentado por España en virtud de la Convención Internacional de 2006 de la cual es parte, y ha pedido al Estado que investigue las desapariciones forzadas independientemente del tiempo transcurrido y que además "se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía (…)"[126]. En esta misma línea el CCT, en sus observaciones finales sobre España de 2009, instó al Estado a "asegurar que los actos de tortura, *que también incluyen las desapariciones forzadas*, no sean crímenes sujetos a amnistía"[127].

En el ámbito interamericano, en el caso *Barrios Altos c. Perú*[128], la Corte IDH estableció por primera vez la incompatibilidad de las amnistías en relación a violaciones graves de derechos humanos, entre ellas, las desapariciones forzadas:

> "(…) Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las *desapariciones forzadas*, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

La Corte IDH tuvo la oportunidad, además, de reafirmar su jurisprudencia sobre la incompatibilidad de las amnistías con las disposiciones de la CADH en el caso *Gomes Lund c. Brasil* que versaba sobre la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de 70 personas, miembros del Partido Comunista de Brasil y campesinos de la región como resultado de operaciones del Ejército brasileño llevadas a cabo entre 1972 y 1975 con el objeto de erradicar a la *Guerrilha do Araguaia,* en el contexto de la

[126] CDF, *Observaciones finales sobre España*, ONU Doc. CED/C/ESP/CO/1, de 12 de diciembre de 2013, párr. 12.
[127] CCT, *Observaciones finales sobre España*, ONU Doc. CAT/C/ESP/CO/5, de 19 de noviembre de 2009, párr. 21. Véase, también, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a España*, ONU Doc. A/HRC/27/49/Add.1, de 2 de julio de 2014, en el que los expertos recomiendan que el Estado tome todas las medidas legislativas y judiciales necesarias para que "las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía", privando de efecto la Ley de Amnistía 46/1977.
[128] CORTE IDH, *Caso Barrios Altos c. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, párr. 41. Véase también, entre otros, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 171; *Caso Gelman c. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 225.

dictadura militar de Brasil (1964–1985). Según el Tribunal, las disposiciones de las leyes de amnistía que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos "carecen de efectos jurídicos"[129]. Para el juez García Ramírez, "la incompatibilidad determina la invalidez del acto, y ésta implica que dicho acto no pueda producir efectos jurídicos" [130]. Cabe recordar además que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados de 1969 establece que los Estados no podrán invocar disposiciones de orden interno para incumplir sus obligaciones convencionales[131].

Por otra parte, la Corte IDH aclara que no es relevante la forma en que se adoptó la amnistía ni de si se trata de una auto-amnistía o no, sino que lo verdaderamente importante son los efectos de estas leyes que, en el caso de Brasil tenían por objeto dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar anterior[132]. De modo que, en base a la jurisprudencia de la Corte IDH, las amnistías, por su aspecto material, violan el artículo 8 de la CADH que establece el derecho a un recurso sencillo y eficaz, así como el artículo 25 relativo a la protección judicial ante la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos, incumpliendo también el artículo1.1 (obligación de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos humanos) y 2 (obligación de los Estados parte de adecuar su derecho interno a la Convención) de la CADH al no tener acceso las víctimas y los familiares a la verdad y a una reparación digna y adecuada[133].

Además, la Corte IDH considera que el principio de legalidad e irretroactividad no se ven afectados en virtud del carácter continuo o permanente de la desaparición forzada, cuyos efectos perduran hasta que no se establezca la suerte o paradero de la persona desaparecida y su identidad sea determinada, de modo que "no habría una

[129] CORTE IDH, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil, cit.*, nota 128 *supra*, párr. 174; véase, también, *Caso Anzualdo Castro c. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009, párr. 161

[130] CORTE IDH, *Caso Barrios Altos c. Perú*, *cit.,* nota 128 *supra*, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 15.

[131] Artículo 27 "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. (...)", Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, en vigor desde 27 de enero de 1980.

[132] CORTE IDH, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil, cit.*, nota 128 *supra*, párr. 175.

[133] CORTE IDH, *Caso Gelman c. Uruguay*, *cit.*, nota 128 *supra*, párrs. 225-229.

aplicación retroactiva del delito de desaparición forzada dado que los hechos del presente caso, que la aplicación de la Ley de Amnistía deja en la impunidad, trascienden el ámbito temporal de dicha norma por el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada"[134].

En conclusión, si bien las amnistías pueden ser aceptadas como medidas para una reconciliación pacífica después de un conflicto armado interno o régimen autoritario, éstas no deben impedir la investigación y el enjuiciamiento de los autores de desapariciones forzadas y, en todo caso, no vinculan a otros Estados que ejerzan la jurisdicción universal ni tampoco a los tribunales internacionales que conocen de crímenes graves como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. Si bien la práctica de los Estados no es aún uniforme, existe una tendencia generalizada a considerar que las amnistías son incompatibles con las obligaciones internacionales contraídas por los Estados en virtud de los tratados de derechos humanos y, en el supuesto concreto de las desapariciones forzadas, son contrarias a la obligación de investigar y enjuiciar a los responsables de tales delitos en virtud de los artículos 10 y 11 de la Convención Internacional de 2006.

3. DELITO AUTÓNOMO

Dentro de los ordenamientos jurídicos internos, para que un hecho constituya un crimen debe estar previamente definido por la ley, de acuerdo con el principio de legalidad. Aunque la desaparición forzada es condenada por la comunidad internacional por la grave violación de derechos humanos que comporta, es necesario que las legislaciones penales internas tipifiquen la desaparición forzada como un delito autónomo para que esta práctica sea específicamente y formalmente ilícita a nivel interno, con miras a facilitar el castigo de los culpables directos e indirectos ante las

[134] CORTE IDH, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil, cit.*, nota 128 *supra*, párr. 179.

jurisdicciones nacionales [135]. Algunos Estados han ido incluso más allá al recoger la prohibición de las desapariciones forzadas en sus propias constituciones[136].

Por otra parte, aunque muchos Estados han tipificado la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad[137], como consecuencia de la incorporación de los crímenes del ECPI en sus ordenamientos jurídicos internos, es importante destacar que las desapariciones forzadas no solamente se dan como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil sino que también se dan de forma aislada. A pesar de que la ausencia de un tipo penal específico no exime a los Estados de investigar y castigar las desapariciones forzadas, el hecho de tipificar el delito en los ordenamientos jurídicos internos es una poderosa herramienta para acabar con la impunidad de este tipo de actos[138].

3.1. Bien jurídico protegido

La cuestión principal que se plantea es si la desaparición forzada debe tipificarse como un delito autónomo o bien como un agravante dentro de los delitos de privación ilegal de libertad[139]. El delito de desaparición forzada debe cubrir en todo caso "un

[135] DALLARI, D. A., "Le crime des disparitions", en *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes*, *Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Collection « mondes en devenir », Série « points chauds », Paris, 1982, p.90

[136] Véase, entre otras, Constitución de Bolivia de 2009 (arts. 15. IV y 114.I); Constitución de Colombia de 1991 (artículo 12); Constitución de Ecuador de 2008 (arts. 66.3.c), 80, 120.3 y 129.3); Constitución de Etiopia de 1994 (artículo 28); Constitución de México de 1917, (artículo 29.2).

[137] Al menos 45 Estados han tipificado la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad según el GTDFI. Véase, *Mejores prácticas… cit.,* nota 59 *supra*, párr. 13. Por ejemplo, España que incorporó la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad en el artículo 607 bis del Código Penal, aunque no recoge la misma definición que el Estatuto de Roma: "1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. (…) 6º. Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida". Este artículo fue introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

[138] GTDFI, *Mejores prácticas… cit.,* nota 59 *supra*, párr. 10.

[139] BAIGÚN, D., "La desaparición forzada de personas: su ubicación en el ámbito penal", en DE INICIATIVA, G. *La desaparición. Crimen contra la humanidad*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, 1987, p. 67. Véase, por ejemplo, el Código Penal Español el cual prevé la desaparición forzada como un tipo agravado de detención ilegal en el artículo 166 "El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya

vacío y no que sea una mera circunstancia agravante de otro delito pues, de ser así, habría que buscar su justificación en la razón de ser del delito que agrava"[140]. Cuando los Estados no prevén en sus ordenamientos jurídicos internos el delito de desaparición forzada, normalmente éste suele subsumirse dentro de la categoría de delitos que atentan contra la libertad. Sin embargo, la desaparición forzada no solamente implica una privación de libertad sino que uno de los elementos principales es el ocultamiento o negación de dar información sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida[141]. Para Meini el "concepto jurídico de *desaparecido* que aquí interesa no es sinónimo de *desconocimiento del destino del sujeto*, sino de *desconocimiento de su localización en tanto sujeto a quien se le protege jurídicamente la personalidad*"[142]. Por lo tanto, cuando se aplica un tipo penal que sólo contempla una forma de detención, como el "secuestro", el delito no abarca todas las formas posibles de privación de libertad y, en consecuencia, no cumple con los elementos de la definición de desaparición forzada[143].

A pesar de que la desaparición forzada constituye una violación múltiple y compleja de derechos humanos, desde el punto de vista del derecho penal, no existe opinión unánime sobre los bienes jurídicos afectados por la desaparición forzada. Así, para Bustos Ramírez el delito de desaparición forzada busca proteger sobre todo la vida, el respeto a la dignidad humana[144], mientras que para el juez Sergio García Ramírez, la "libertad" y el "acceso a la justicia" son los principales bienes jurídicos afectados[145]. En cambio, para Kai Ambos y Maria Laura Böhm el bien jurídico afectado por la

dejado en libertad". La pena prevista es de 5 a 8 años, en su mitad superior cuando el autor sea una autoridad o funcionario público.

[140] MEINI, I., "Perú", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 118.

[141] CIRUZZI, M.S., *El delito de desaparición forzada de personas,* Fabián J. Plácido Ed., Buenos Aires, 2005, p.409.

[142] *Ibid.*

[143] GTDFI, *Mejores prácticas… cit.,* nota 59 *supra*, párr.23. Siguiendo el caso del Código Penal Español, el artículo 166 no cumpliría con la definición de la Declaración de 1992 ni tampoco con las exigencias de la Convención Internacional de 2006 y así lo ha expresado el Comité contra la Desaparición Forzada al considerar que "la remisión a una multiplicidad de figuras delictivas preexistentes no necesariamente basta para dar cumplimiento a la mencionada obligación", Observaciones finales sobre el informe presentado por España, ONU Doc. CED/C/ESP/CO/1, de 12 de diciembre de 2013, párr. 9.

[144] BUSTOS RAMIREZ, Juan José, "Le délit de disparition forcée crime contre l'humanité et mesures préventives internationales", en *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes: Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Collection « mondes en devenir », Série « points chauds », Paris, 1982, p.118.

[145] CORTE IDH, *Caso Heliodoro Portugal c. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 11.

desaparición forzada es de carácter múltiple y diferencian tres niveles: un *primer nivel individual* que afecta al aspecto físico y psíquico de la víctima como la privación de libertad, malos tratos y en última instancia la muerte; un *segundo nivel* afectaría a la *familia* y el derecho a saber de los allegados sobre las circunstancias de la desaparición forzada, a interponer recursos para conocer su suerte o paradero y, en caso de muerte, a recuperar sus restos; finalmente habría un tercer nivel colectivo, en el cual la sociedad en su conjunto se ve afectada por la obstrucción por parte de las instituciones a la administración de justicia y por la imposibilidad de conocer la verdad histórico-social de lo ocurrido[146].

No obstante, David Baigún, teniendo en cuenta la práctica de la desaparición forzada en América Latina, en especial en Argentina, concluye que el bien jurídico protegido por el delito de desaparición forzada de personas es la personalidad jurídica porque permite abarcar tres elementos: "el amparo de la libertad, el amparo de la vida y la tutela de la personalidad"[147]. Igualmente, Iván Meini estima que la personalidad jurídica es el bien protegido como consecuencia de la infracción de informar como "desaparición debidamente comprobada"[148], siendo, por tanto, la conducta relevante la propia "desaparición" y no la privación de la libertad.

En mi opinión, el bien jurídico de la personalidad jurídica es el que mejor refleja la naturaleza del delito de desaparición forzada y la adopción de un tipo penal autónomo teniendo en cuenta este aspecto permitiría a los Estados cumplir adecuadamente con las obligaciones internacionales derivadas de los diferentes instrumentos de protección contra las desapariciones forzadas de prever en sus legislaciones internas el delito de desaparición forzada. Además, los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos han reconocido la vulneración del derecho a la personalidad jurídica

[146] AMBOS, K. y BÖHM, M.L., "El tipo penal de la desaparición forzada de personas: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, versión actualizada del capítulo en marzo de 2010 disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20100617_03.pdf (consultado por útlima vez el 20 de abril de 2015), p. 49.
[147] BAIGÚN, D., "La desaparición forzada de personas…*op.cit.*, nota 139 *supra*, p. 71.
[148] MEINI, I., "Perú", *op.cit.,* nota 140 *supra*, p.121. MEINI se refiere a *desaparición debidamente comprobada* no cuando "después de haber buscado al desaparecido en todos los lugares donde podría encontrarse no se le localiza, sino cuando el funcionario público, responsable por la detención, no brinda la información que está obligado a proporcionar sobre el paradero o situación jurídica del sujeto".

en casos de desapariciones forzadas al considerar que se sustrae a la víctima de la protección de la ley[149], de modo que la protección del bien jurídico de la personalidad estaría totalmente en consonancia con dichos mecanismos.

3.2. Obligación de tipificar el delito de desaparición forzada

Todos los instrumentos internacionales sobre desapariciones forzadas instan a los Estados a prever en sus legislaciones internas el delito de desaparición forzada como un delito autónomo al entender que es una de las formas de prevenir y sancionar este tipo de actos. En el caso de la Declaración de 1992, el artículo 4 dispone que "todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad". La interpretación realizada por el GTDFI de este artículo es que la desaparición forzada debe considerarse como un delito penal que no debe ser incluido en los delitos ya existentes en la legislación interna como pudieran ser los de privación de libertad, tortura, intimidación, etc.[150]

Según el GTDFI, aunque no es necesario utilizar la misma definición contenida en el Preámbulo de la Declaración de 1992, el delito de desaparición forzada debe tener como mínimo los tres siguientes elementos acumulativos: a) privación de libertad en contra de la voluntad de la persona; b) oficiales del Estado involucrados, o al menos de forma indirecta con su aquiescencia; c) negativa a revelar información sobre el destino o paradero de la persona[151]. La importancia de tipificar el delito de desaparición forzada radica también en la necesidad de que la legislación interna prevea penas adecuadas y acordes con la "extrema gravedad" de delito. Según el GTDFI el delito de desaparición

[149] Véase, capítulo III *supra.*
[150] En un estudio comparativo sobre el tratamiento de las desapariciones forzadas en las legislaciones penales internas, el GTDFI en base a un análisis preliminar observa que fuera de América Latina, muy pocos países han incorporado la desaparición forzada como delito penal específico, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007, p. 14.
[151] GTDFI, *General Comment on article 4 of the Declaration*, ONU Doc. E/CN.4/1996/38, de 15 de enero de 1996, párr. 55.

forzada debe prever penas de prisión, sin perjuicio de las posibles circunstancias atenuantes que pueda prever la legislación penal[152].

La CIDH, durante la elaboración de la Convención Interamericana de 1994, resaltó la importancia de que el futuro instrumento incluyera la desaparición forzada como un delito específico y autónomo, a pesar de conllevar una violación del derecho a la libertad y seguridad personales, del derecho a no ser arbitrariamente detenido, del derecho a un juicio imparcial, del derecho a un trato humano de detención y a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, generalmente, del derecho a la vida[153]. Finalmente, el artículo III de la Convención Interamericana de 1994, al igual que la Declaración de 1992, establece que los Estados deberán adoptar tipos penales autónomos que definan la desaparición forzada:

> "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".

Es por ello que la mayoría de Estados que tienen tipificado el delito de desaparición forzada como un delito autónomo corresponden a América Latina, al estar obligados a ello en virtud de la Convención Interamericana de 1994. La Corte IDH ha tenido varias oportunidades de pronunciarse sobre la necesidad de establecer un delito autónomo de desaparición forzada en las legislaciones internas de los Estados Parte en la Convención Interamericana de 1994, destacando que "la persecución penal puede ser una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos"[154]. Además, la Corte IDH considera que "dicha tipificación debe responder a los elementos mínimos fijados en los instrumentos internacionales específicos, tanto universales como interamericanos, para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas"[155].

---

[152] *Ibid.*, párr. 75.
[153] CIDH, "La Convención Interamericana de Desaparición Forzada", *Informe Anual 1986-87*, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, de 22 de septiembre 1987, Cap. V.
[154] CORTE IDH, *Caso Anzualdo Castro c. Perú*, *cit.*, nota 129 *supra*, párr. 66; *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") c. Brasil, cit.*, nota 128 *supra,* párr. 109; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia,* Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 66; *Caso Heliodoro Portugal c. Panamá*, *cit.*, nota 145 *supra*, párr. 181 y ss.
[155] CORTE IDH, *Caso Anzualdo Castro c. Perú*, *cit.*, nota 129 *supra*, párr. 66.

Durante los *travaux préparatoires* de la Convención Internacional de 2006, la primera cuestión que se planteó era si era necesario incluir en el tratado la obligación de los Estados parte de incorporar en sus respectivas legislaciones internas un nuevo delito autónomo de desaparición forzada[156]. El artículo 4 de la Convención Internacional del 2006 establece que "cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para que la desaparición forzada sea tipificada como delito en su legislación penal", invitando de esta manera a los Estados "a abordar la especificidad y complejidad del delito de desaparición forzada, que no se reduce a una mera adición de actos aislados"[157]. De modo que la Convención Internacional de 2006 vincula el derecho a no ser sometido a desaparición forzada previsto en el artículo 1 con la obligación de los Estados Partes de incorporar la desaparición forzada como un delito autónomo en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos[158].

Algunas delegaciones consideraron que los Estados parte no debían obligarse a tipificar la desaparición forzada como delito en el derecho penal interno, sino simplemente a perseguir a los autores de los actos de desaparición forzada, alegando que adaptar las legislaciones penales es bastante complejo en los sistemas federales[159]. No obstante, el Sr. Bernard Kessedjian consideró que la definición del delito de desaparición forzada como infracción autónoma era uno de los puntos esenciales del nuevo instrumento y, por lo tanto, indispensable para perseguir y castigar a los autores de desaparición forzada[160]. La desaparición forzada como delito autónomo permite comprender mejor la complejidad del fenómeno, hacer más eficaz la represión penal y elaborar regímenes específicos en materia de prescripción, exoneración de responsabilidad o extradición[161]. Además, tal y como afirmó Francia, la ausencia de incriminación autónoma de la desaparición forzada haría imposible la aplicación de

[156] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies…, *op.cit.,* nota 48 *supra,* p.30.
[157] ONU Doc. E/CN.4/2004/59, *cit.,* nota 55 *supra*, párr. 49.
[158] SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle…, op.cit.*, nota 46 *supra*, p. 297.
[159] "[…] El artículo 4 no debe interpretarse en el sentido de que exige que se establezca en nuestros diversos sistemas jurídicos internos la desaparición forzada como delito autónomo, lo cual es innecesario y, desde un punto de vista práctico, sumamente oneroso e impracticable en los Estados Unidos". Declaración general de los Estados Unidos en ONU Doc. E/CN.4/2006/57, *cit.,* nota 120 *supra*, Anexo II, Declaración General. Véase también la posición de China y la República Islámica de Irán en la que también interpretan que no existe una obligación de tipificar la desaparición forzada como delito autónomo, párr. 102.
[160] ONU Doc. E/CN.4/2004/59, *cit.,* nota 55 *supra*, párr. 52.
[161] ONU Doc. E/CN.4/2003/71, *cit.,* nota 44 *supra*, párr. 37.

ciertas disposiciones de la Convención Internacional de 2006 como las que hacen referencia a la prescripción y al carácter continuo del delito[162].

4. DELITO CONTINUADO O PERMANENTE

Una de las características que define de forma muy particular la desaparición forzada es su carácter continuado o permanente, lo cual implica que la violación persiste en el tiempo hasta que se esclarezca la suerte o paradero de la persona desaparecida. En el derecho internacional, "la violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene *carácter continuo* se extiende durante todo período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional"[163]. El hecho de que sea un delito continuado es importante para poder determinar las responsabilidades de las autoridades estatales, y pretende evitar que los autores de estos actos se beneficien de posibles prescripciones del delito[164].

En el ámbito de derechos humanos, la jurisprudencia de las instancias internacionales suele utilizar la expresión "delito continuado" como sinónimo de "delito permanente". No obstante, desde el punto de vista del derecho penal el término correcto es "delito permanente" porque "el primero representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo"[165]. El delito continuado consiste en una "pluralidad de violaciones de una misma norma penal en un mismo tiempo o en tiempos diferentes, en un mismo lugar o en lugares diferentes, contra una misma persona o varias con acciones ejecutivas que tienen una única resolución o designio criminal. El *delito permanente*, en cambio, consiste en una acción única en su tipo pero

[162] Citado en DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies…, *op.cit.,* nota 48 *supra*, p.30-31.
[163] *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos*, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º periodo de sesiones celebrado en 2001, ONU Doc. A/56/10 Suplemento núm. 10, artículo 14.2. (énfasis añadido)
[164] GTDFI, *Comentario general al artículo 17 de la Declaración*, ONU Doc. E/CN.4/2001/68, 18 de diciembre de 2000, párr. 28.
[165] MODOLELL GONZÁLEZ, J.L., "El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 192.

duradera y dependiente en su totalidad de su ejecución de la voluntad del agente"[166]. A efectos de este trabajo se empleará el término "delito continuado" por ser la expresión utilizada en general en el ámbito del derecho internacional, si bien en derecho penal el término adecuado es "delito permanente".

4.1. Inicio de la desaparición forzada

Según el GTDFI, todo acto de desaparición forzada "comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el período de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida"[167]. No obstante, esta definición presenta ciertas dificultades: si la desaparición forzada se inicia con el secuestro, ¿qué ocurre cuando inicialmente la privación de libertad es legal y posteriormente se convierte ilegal por distintos motivos?, ¿el comienzo es a partir de la ilegalidad de la detención o desde el momento mismo de la propia detención? En cuanto al cese de la desaparición forzada, el GTDFI considera que tiene lugar cuando el Estado reconoce la detención o proporciona información sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida de forma alternativa, ¿qué ocurre entonces en los casos en que el Estado reconoce que tiene a la persona detenida pero no ofrece información sobre dónde está?[168] En el caso de proporcionar información, ¿se refiere a las circunstancias, al lugar donde se encuentra la persona desaparecida o a ambas cosas?

En los delitos permanentes existen dos momentos: el de la consumación y el de terminación. Si bien en el delito de desaparición forzada la consumación puede ser

[166] LÓPEZ DÍAZ, C., "Colombia", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, p. 98.
[167] GTDFI, *Comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado*, ONU Doc. A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011, párr. 1. Este comentario complementa el anterior Comentario general al artículo 17 de la Declaración, *cit.*, nota 164 *supra*.
[168] Véase, por ejemplo, el caso de EEUU en el que el Presidente George W. Bush reconoció la existencia de centros de detención secretos en donde se encontraban "high value detainees" pero sin informar sobre su ubicación y sin identificar a los presuntos terroristas detenidos. Puede leerse su discurso publicado en el New York Times, *Discurso del ex Presidente Bush sobre la creación de comisiones militares para procesar a los terroristas sospechosos*, La Casa Blanca, 6 de septiembre de 2006. Disponible en: http://www.nytimes.com/2006/09/06/washington/06bush_transcript.html?pagewanted=all. (consultado en abril de 2015) Véase, también, capítulo I *supra.*

instantánea, después la situación debe ser mantenida por el autor. De no ser así, "entonces no habría ninguna razón para tener el delito de desaparición forzada como un tipo especial diferente del secuestro y del homicidio, ya que en la mayoría de los casos se desaparece a una persona para matarla"[169]. Desde la perspectiva de la protección de la personalidad jurídica se puede considerar que el inicio de la desaparición forzada es la ocultación o la negativa a revelar la suerte o paradero de la persona desaparecida y no la privación de libertad en sí misma. No obstante, para las víctimas y las instancias internacionales de protección de derechos humanos, la desaparición forzada se incia con la privación de libertad y no cuando el Estado niega u oculta información sobre la persona desaparecida. En este sentido, para la Convención Internacional de 2006, la desaparición forzada se inicia con una privación de libertad con la subsiguiente denegación u ocultación de la suerte o paradero de la persona desaparecida por parte de agentes del Estado. Asimismo, el Estado debe iniciar una investigación *ex officio,* sin necesidad de denuncia previa por parte de los familiares, cuando tenga razons fundadas para creer que una persona ha desaparecido sin la necesidad de esperar a una denuncia previa por parte de los familiares[170]. En consecuencia, desviarse de esta interpretación puede ser contrario a los intereses de la persona desaparecida cuyos derechos son violados desde el momento de su detención y, por lo tanto, no puede depender de las acciones realizadas por sus familiares[171].

4.2. Cese de la desaparición forzada

En cuanto al cese de la desaparición forzada, el artículo 17 de la Declaración de 1992 establece en el primer párrafo que "todo acto de desaparición forzada será considerado *delito permanente* mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida *y* mientras no se hayan esclarecido los hechos" (énfasis añadido). En este sentido, la Declaración de 1992 confiere mayor protección a las víctimas que la interpretación dada por el GTDFI al prever de forma cumulativa que

[169] LÓPEZ DÍAZ, C., "Colombia"…, *op.cit.*, nota 166 supra p.90.
[170] Véase, Capítulo IV, sección 3.1 *supra.*
[171] LOT VERMEULEN, M., *Enforced disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*¸ Intersentia, 2012, p. 446.

el delito no cesa mientras se siga ocultando la suerte o paradero de la persona y no se hayan esclarecido los hechos. Asimismo, el artículo III de la Convención Interamericana de 1994 dispone que "dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima".

En la Convención Internacional de 2006, la cuestión de la desaparición forzada como delito continuado se recoge en el artículo 8 como un elemento a tener en cuenta a la hora de establecer un plazo de prescripción del delito: "Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: […] b) se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del *carácter continuo* de este delito […]". Durante los *travaux préparatoires*, se propuso una redacción similar a la de la Declaración de 1992 en la que se establecía que el plazo de prescripción se iniciara "a partir del día en que cesa el delito de desaparición forzada y se conoce la suerte de la persona desaparecida"[172] pero finalmente se omitió la segunda parte de la frase a propuesta del Presidente-Relator en aras a obtener un mayor consenso[173]. En la práctica, este artículo puede presentar dificultades en el momento de transponerlo en los ordenamientos jurídicos internos porque la Convención Internacional de 2006 no define ni hace referencia al "carácter continuo" de la desaparición forzada en ninguna otra disposición[174].

En su constante jurisprudencia, la Corte IDH considera que "el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se conozca con certeza su identidad"[175]. La Corte IDH ha interpretado que la desaparición forzada continúa "mientras no sea determinado el paradero de esas personas, o debidamente localizados e

[172] ONU Doc. E/CN.4/2004/59, *cit.*, nota 55 *supra*, párr. 67.
[173] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU Doc. E/CN.4/2005/66, de 10 de marzo de 2005, párr. 47.
[174] McCRORY, S., "The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances", *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007, núm. 3, p. 553.
[175] CORTE IDH, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia*, *cit.*, nota 154 *supra,* párr. 59.

identificados sus restos"[176] precisando que "el factor relevante para que cese una desaparición forzada es la determinación del paradero o la identificación de sus restos y no la presunción de su fallecimiento"[177]. Así, en el *Caso Heliodoro Portugal v. Panamá*, la víctima desapareció en 1970 y el Tribunal concluyó que "el paradero y destino del Sr. Portugal se supo cuando se identificaron sus restos en agosto del año 2000"[178], por lo tanto, estimó que la desaparición forzada cesó cuando se identificaron los restos a pesar de presumir que la víctima habría podido morir años atrás.

En este sentido, el TEDH ha determinado que la presunción de la muerte de la persona desaparecida no es automática y debe examinarse en el fondo del asunto, siendo el periodo de tiempo transcurrido desde la última vez que fue vista o se tuvo noticias de ella un factor relevante[179]. En todo caso, el hecho de encontrar el cuerpo de la víctima no repercute en la obligación del Estado de investigar las circunstancias de la desaparición o de la muerte y de identificar y procesar a los autores[180]. Por ejemplo, en el caso *Varnava c. Turquía* relativo a nueve desapariciones forzadas como consecuencia de la ocupación de la parte Norte de la isla de Chipre por parte de Turquía en 1974, a pesar de haberse encontrado los restos de una de las personas desaparecidas en el 2007, el TEDH consideró que ello no afectaba a las demandas interpuestas por sus familiares en relación a las desapariciones forzadas, siempre que estuvieran dentro de la competencia del Tribunal[181].

[176] CORTE IDH, *Caso La Cantuta c. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 114.
[177] CORTE IDH, *Caso Osorio Rivera y familiares c. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 31.
[178] CORTE IDH, *Caso Heliodoro Portugal c. Panamá*, *cit.* nota 145 *supra*, párr.35.
[179] *Varnava and Others v. Turkey* [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, § 143, ECHR 2009.
[180] *Ibid.,* § 145.
[181] *Ibid.,* § 112: "As regards the missing men in these applications, it must, firstly, *be noted that the remains of Savvas Hadjipanteli were discovered in 2007 in a mass grave* near Galatia within the area of the "TRNC". No indication of the approximate date and time of death has been included in the forensic or medical certificates, although the few details given support the hypothesis of an extra-judicial execution of prisoners at or about the time of hostilities in 1974. Secondly, there has been no sighting or news of the other eight missing men since late 1974. The Court does not however consider it necessary to rule on whether the missing men should or should not be admitted to the status of applicants since, in any event, *there is no question but that the close relatives of the missing men may introduce applications raising complaints concerning their disappearance,* to the extent that such complaints fall within the Court's competence". (énfasis añadido).

En el caso de desaparición forzada de menores, la supresión de la identidad va estrechamente ligada al derecho a la personalidad jurídica, de forma que la violación de la identidad familiar de un menor que ha sido alterada ilegalmente como consecuencia de una desaparición forzada de uno de sus progenitores solo cesa "cuando la verdad sobre su identidad es revelada por cualquier medio y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, vínculo familiar, con las consecuencias jurídicas pertinentes"[182]. De modo que la desaparición forzada en estos casos se inicia con su nacimiento hasta el momento en que la persona recupera su verdadera y legítima identidad.

5. LA COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS* DE LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES

El carácter continuado de la desaparición forzada tiene consecuencias en relación a la aplicación del principio de no retroactividad, tanto a nivel internacional como en derecho penal de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados. Si bien el enjuiciamiento de los actos de desaparición forzada cuando aun no estaba tipificada la conducta en las legislaciones internas presenta un verdadero desafío a la doctrina y jurisprudencia nacional[183], solamente se analizará las implicaciones del carácter continuado de las desapariciones forzadas en el ámbito internacional. En especial, se estudiará cómo las instancias internacionales de derechos humanos han establecido su competencia *ratione temporis* en los supuestos en que las desapariciones forzadas se iniciaron antes de la ratificación por parte del Estado del tratado correspondiente[184].

El GTDFI destaca en su comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado que se trata de "un acto único y consolidado y no una combinación de actos" de modo que aunque "varios aspectos de la violación pueden haberse completado antes de la entrada en vigor del instrumento nacional o internacional pertinente, si otras

[182] CORTE IDH, *Gelman c. Uruguay*, *cit.,* nota 128 *supra*, párr. 131.
[183] AMBOS, K. y BÖHM, M.L., "El tipo penal…, *op.cit.*, nota 146 *supra*, p. 19.
[184] No se analizará esta cuestión desde el punto de vista del derecho penal de las legislaciones internas de los Estados.

partes de la violación persisten, y mientras no se determine la suerte o el paradero de la víctima, deberá considerarse el caso y no deberá fragmentarse el caso"[185].

Por lo tanto, si la desaparición forzada se ha iniciado antes de la entrada en vigor de un instrumento o de la aceptación por parte de un Estado de la competencia de un órgano de vigilancia, al tratarse de un delito de carácter continuado, la institución de la competencia debe tener en cuenta "la desaparición forzada en su conjunto y no sólo los actos u omisiones imputables al Estado que se produjeron tras la entrada en vigor del instrumento legal pertinente o la aceptación de la jurisdicción"[186].

5.1. Ámbito universal

A pesar del carácter continúo de la desaparición forzada, el artículo 35 de la Convención Internacional de 2006 sólo extiende la competencia del CDF "a las desapariciones forzadas que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Convención", en base al principio de irretroactividad[187]y, por lo tanto, el CDF no podrá conocer de las desapariciones forzadas que se siguen cometiendo después de la entrada en vigor de la Convención Internacional de 2006 pero que se iniciaron años atrás. No obstante, el Comité ha realizado una declaración oficial[188], a raíz del análisis del informe presentado por España en el 2013, en la que determina la interpretación del artículo 35 en relación al examen de los informes periódicos que deben presentar los Estados parte en virtud del artículo 29 de la Convención Internacional de 2006. Así, el CDF considera que puede tener en cuenta las

[185] ONU Doc. A/HRC/16/48, *cit.*, nota 167 *supra*, párr. 2.
[186] *Ibid.*, párr. 3.
[187] Véase el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 sobre el principio de irretroactividad de los tratados: "Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo".
[188] CDF, *Statement on the Ratione Temporis Element in the Review of Reports Submitted by States Parties under the International Convention for the Protection af All Persons from Enforced Disappearance*, de 15 de noviembre de 2013. El CDF confirma en esta declaración que no tiene competencia para conocer de comunicaciones individuales sobre desapariciones forzadas iniciadas antes de la entrada en vigor de la Convención: "The Committee is bound by Article 35 in the exercise of its competence and cannot adjudicate individual cases concerning enforced disappearances as such which commenced before the entry into force of the Convention for the State concerned"

desapariciones forzadas que hayan ocurrido en el pasado si ello tiene repercusiones en el momento del examen del informe periódico en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en virtud de la Convención Internacional de 2006:

> "If information related to the past is useful during the reporting process as a means to understand fully the challenges of the present, the Committee ought to direct its attention in its concluding observations to the current obligations of the State concerned;"[189]

En mi opinión hay determinados derechos establecidos en la Convención Internacional de 2006 que son exigibles a los Estados Partes aunque se refieran a desapariciones forzadas iniciadas en el pasado como son el derecho a la verdad, justicia y reparación porque afectan sobre todo a los familiares que llevan años buscando a sus allegados, así como también los derechos relativos a la desaparición forzada de menores. En este sentido, Argentina, Chile e Italia manifestaron durante los *travaux préparatoires* que:

> "(…) como la desaparición forzada constituía un delito continuado, harían una declaración interpretativa en el momento de la ratificación del instrumento, en virtud de la cual determinados derechos y obligaciones que figuraban en el instrumento, tales como *los derechos a la verdad, la justicia, la reparación y los derechos relacionados con la desaparición de niños*, se aplicarían a toda desaparición forzada que hubiera comenzado y que no hubiera sido aclarada antes de la entrada en vigor del instrumento, atendiendo al carácter permanente o continuado del delito de la desaparición forzada"[190].

Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones, Argentina y Chile no han realizado una declaración de este tipo en el momento de ratificar la Convención Internacional de 2006 e Italia aún no ha ratificado la Convención.

La inclusión en el ECPI de la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad también suscitó la cuestión de cómo abordar el carácter continuado de este crimen (así como ocurre también en el caso de la deportación o traslado forzoso), puesto que el artículo 11 prevé que la Corte "tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto", cuya entrada en vigor general fue el 1 de julio de 2002. A pesar de que hubo varias propuestas para incluir dentro de la competencia temporal de la CPI aquellos delitos que

[189] *Ibid.*, párr. 2.
[190] ONU Doc. E/CN.4/2006/57, *cit.,* nota 120 *supra,* párr. 66.

continuaran después de la entrada en vigor del Estatuto[191], al final no se incluyó ninguna referencia a los delitos continuados y ha quedado en manos de la CPI decidir sobre esta cuestión en el futuro[192].

Por su parte, el CDH se declaró incompetente *ratione temporis* en varios casos relativos a las desapariciones forzadas que tuvieron lugar durante la dictadura militar en Argentina en 1976. Los familiares habían optado por acudir a las instancias internacionales porque las leyes de amnistía (Ley de Punto Final de 1986 y Ley de Obediencia Debida de 1987) no permitían enjuiciar ni castigar a los responsables de las desapariciones forzadas. El hecho de que el PIDCP y el Protocolo Facultativo hubieran entrado en vigor para Argentina en 1986, esto es 10 años después de los acontecimientos, hizo que el CDH estimara que no podía aplicar el Pacto de forma retroactiva[193]. No obstante, el Comité recordó al Estado la obligación de investigar las desapariciones forzadas:

> "The Committee finds it necessary to remind the State party that it is under an obligation, in respect of violations occurring or continuing after the entry into force of the Covenant, thoroughly to investigate alleged violations and to provide remedies where applicable, for victims or their dependants"[194].

El Comité también señaló que el derecho a un recurso efectivo previsto en el artículo 2 del PIDCP invocado por los demandantes tenía que vincularse con una violación específica del Pacto y no podía examinarse de forma aislada. Si bien las desapariciones forzadas violan numerosas disposiciones del Pacto, al tratarse de hechos ocurridos antes de la fecha crítica, el CDH tampoco podía entrar a conocer esta

[191] Véase, entre otras, la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Comisión Plenaria, Acta resumida de la novena sesión, ONU Doc. A/CONF. 183/C.1/SR.9, de 6 de julio de 1999, párr. 73: (Kuwait) "Con respecto al artículo 8 ("competencia temporal") el orador está de acuerdo con el representante del Líbano en que no incluyen actos que comenzaron antes pero continuaron cometiéndose después de la entrada en vigor del Estatuto. Debe llevarse sumo cuidado en no impedir que se juzguen dichos actos, y deben añadirse al final del párrafo 1 las palabras "a menos que los crímenes continúen cometiéndose después de esa fecha".

[192] SCHABAS, W.A., *An Introduction to the International Criminal Court,* Cambridge University Press, 4ª Ed., Nueva York, 2011, p.75.

[193] CDH, Communications No. 343, 344 and 345/1988, *R. A. V. N. et al. [names deleted] v. Argentina,* dictamen aprobado el 22 noviembre de 1988, párr. 5.2; Comunicación núm. 275/1988, *S. E. (se suprime el nombre) v. Argentina*, dictamen aprobado el 26 de marzo de 1990, párr. 5.2.

[194] CDH, Communications No. 343, 344 and 345/1988, *R. A. V. N. et al. [names deleted] v. Argentina*, Views adopted, 22 November 1988, párr. 5.4.

cuestión[195]. No obstante, posteriormente, en un caso relativo a una menor apropiada durante la dictadura militar en Argentina que su abuela había podido "recuperar" a pesar de numerosos obstáculos legales, el Comité, si bien mantuvo su posición respecto a la irretroactividad del PIDCP, en esta ocasión sí tuvo en cuenta el carácter continuo de la desaparición forzada y estimó que "el Comité podría determinar que ha habido una violación del Pacto si se considerase que los efectos continuados de esas violaciones constituyen en cuanto tales violaciones del Pacto"[196]. En consecuencia, el CDH consideró que se había vulnerado el artículo 24 que tiene por objeto proteger la personalidad legal de los menores[197].

En el caso *Sarma c. Sri Lanka* el CDH sí se declaró competente *ratione temporis* a pesar de que la desaparición forzada tuvo lugar en 1990, es decir, después de la entrada en vigor del PIDCP en 1980 pero antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo en 1997 para el Estado. A pesar de que Sri Lanka reconoció la competencia del CDH exclusivamente para hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigor, el Comité consideró que "si bien el supuesto traslado y la posterior desaparición del hijo del autor se produjeron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte, las supuestas violaciones del Pacto, si se confirman visto el fondo de la cuestión, pueden haber ocurrido o continuado después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo"[198]. El Comité estimó que el Estado Parte había violado el artículo 7 y 9 del PIDCP respecto a la persona desaparecida y el 7 respecto a los familiares[199]. Asimismo, el CDH declaró la violación del artículo 2.3 del PIDCP alegando que el Estado Parte "está obligado a proporcionar al autor y a su familia un recurso efectivo, incluida una investigación exhaustiva y efectiva de la desaparición y la suerte del hijo del autor (…)"[200], lo cual implica que el Estado tiene la obligación de investigar hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo.

[195] *Ibid.*, párr. 5.3.
[196] CDH, Comunicación núm. 400/1990, *Rosa Mónaco Gallicchio v. Argentina*, dictamen aprobado el 3 de abril de 1995, párr. 10.4.
[197] *Ibid.*, párr. 10.5
[198] CDH, Comunicación núm. 950/2000, *Sarma v. Sri Lanka*, dictamen aprobado el 16 de julio de 2003, párrs. 6.2-6.3.
[199] *Ibid.*, párr.10.
[200] *Ibid.*, párr. 11.

Sin embargo, en el caso *Yurich c. Chile*, a pesar de que el CDH reconoció que la desaparición forzada es una violación continua, consideró que no tenía competencia *ratione temporis* porque "En el presente caso, los actos originales de aprehensión, detención o secuestro, así como la negativa a informar sobre la privación de libertad - ambos elementos cruciales del delito o violación- sucedieron antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado Parte"[201]. En este caso, los hechos ocurrieron en 1974 y el PIDCP entró en vigor para Chile en 1976, habiendo reconocido la competencia del Comité en 1992 sólo para actos realizados después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo. En este caso el CDH a pesar de considerar que la desaparición forzada es una violación continuada que puede vulnerar varias disposiciones del pacto, se declaró incompetente para conocer del caso, no teniendo en cuenta ningún acto posterior a la fecha crítica.

La tendencia del CDH es la a no aplicar retroactivamente el PIDCP cuando las desapariciones forzadas se iniciaron antes de la fecha crítica, si bien en algunos casos se ha declarado competente para conocer de violaciones del Pacto posteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte, pero en relación a los familiares y no en relación a la persona desaparecida.

5.2. Ámbito regional

En el sistema interamericano, la Corte IDH ha definido desde sus primeros casos la desaparición forzada de personas como una violación de carácter continuo o permanente[202]. A raíz de ello, ha establecido que puede "pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aún si ésta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha"[203]. De modo que "sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de

[201] CDH, Comunicación núm. 1078/2002, *Yurich v. Chile*, dictamen aprobado el 2 de noviembre de 2005, párr. 6.3-6.4.
[202] Ver, entre otros, CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, párr.153; *Caso Godínez Cruz c. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 163.
[203] CORTE IDH, *Caso Heliodoro Portugal c. Panamá, cit.*, nota 145 *supra*, párr. 34.

protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia"[204].

No obstante, a pesar de resaltar la necesidad de "considerar integralmente la desaparición forzada, en forma autónoma y con carácter continuo o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados"[205], la Corte IDH en determinados casos no ha podido evitar "fragmentar" en cierta medida el delito al entrar a conocer sólo algunas violaciones de la CADH, quedando otras fuera de su competencia *ratione temporis*. Un caso muy ilustrativo es el de *Blake c. Guatemala*[206], en el cual la Corte IDH decidió que no examinaba la privación de libertad ni la muerte del Sr. Blake, hechos que ocurrieron en marzo de 1985, porque Guatemala no había reconocido la competencia de la Corte hasta el 9 de marzo de 1987. Sin embargo, los efectos del delito de desaparición forzada se prolongan en el tiempo mientras no se esclarezca la suerte o el paradero de la víctima, que en este caso fue el 14 de junio de 1992. No obstante, la Corte limitó *ratione temporis* su competencia a los hechos ocurridos a partir de 1987 y no entró a conocer las violaciones al derecho a la vida ni a la privación de libertad del Sr. Blake.

El juez Antonio A. Cançado Trindade, en su voto razonado de la sentencia, criticó a la Corte por considerar que había hecho una fragmentación artificial del delito de desaparición forzada, el cual se caracteriza por ser una forma compleja de violación de derechos humanos inderogables que debe ser considerada de manera integral[207]. El hecho de que la Corte sólo hubiera tenido en cuenta ciertos elementos de la desaparición forzada conllevaba, a su vez, importantes repercusiones en materia de reparaciones[208]. Guatemala había ratificado la CADH en 1978, momento a partir del cual se obligó a respetar los derechos y libertades que contiene, independientemente de que el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte se haya realizado

[204] CORTE IDH, *Caso Osorio Rivera y familiares c. Perú¸ cit.,* nota 177 *supra,* párr. 33.
[205] CORTE IDH, *Caso Heliodoro Portugal c. Panamá, cit.*, nota 145 *supra*, párr. 107. Véase, también, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia*, *cit.*, nota 154 *supra,* párr. 57; *Caso Anzualdo Castro c. Perú, cit*. nota 129 *supra*, párr. 60.
[206] CORTE IDH, *Caso Blake c. Guatemala*, *Blake c. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 53-55.
[207] *Ibid.,* voto razonado del juez A.A. Cançado Trinidade, párr. 7-15.
[208] *Ibid.*, párr. 8.

posteriormente. Como delito continuado que es la desaparición forzada, la Corte IDH tendría que haber conocido los hechos desde el momento de la privación de libertad del Sr. Blake, es decir, desde 1985, porque Guatemala ya había asumido la obligación de respetar los derechos de la CADH con anterioridad.

Más tarde, la Corte IDH cambió esta interpretación en el caso *Trujillo c. Bolivia*[209], en el cual, a pesar de que Bolivia es parte de la CADH desde 1979 y había reconocido la competencia de la Corte el 27 de julio de 1993, decidió conocer los hechos ocurridos desde 1971, año de la detención del Sr. Trujillo y desaparecido desde entonces[210]. El allanamiento y asunción de toda la responsabilidad de lo acontecido por parte del Estado de Bolivia, sin duda, facilitó la decisión de la Corte que examinó los hechos de la desaparición como un todo, teniendo en cuenta el carácter continuo del delito, en este caso de más de 30 años de duración. En este sentido, la Corte IDH no sólo hizo una aplicación retroactiva de la CADH sino que además decidió sobre hechos que se iniciaron 8 años antes de la fecha de ratificación de la Convención por parte de Bolivia[211].

En el 2004 la Corte IDH también tuvo que pronunciarse sobre su competencia *ratione temporis* en el *Caso Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, sobre dos menores que fueron objeto de desaparición forzada en 1982 y de las cuales todavía se desconoce su paradero. El Estado interpuso cuatro excepciones preliminares, una de las cuales sobre incompetencia de jurisdicción *ratione temporis* de la Corte, al considerar que no podía conocer de hechos o actos anteriores al 6 de junio de 1995, fecha en la que el Estado había reconocido la competencia del Tribunal junto con una declaración en la que limitaba la competencia de la Corte exclusivamente a "hechos o actos jurídicos

[209] CORTE IDH, *Caso Trujillo Oroza c. Bolivia*, Fondo, Sentencia de 26 de enero de 2000, párr.41.
[210] CORTE IDH, *Caso Trujillo Oroza c. Bolivia*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 72.
[211] En un caso similar contra Bolivia, la Corte IDH estableció que "Si bien el Estado reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 27 de julio de 1993, en el presente caso al haber reconocido expresamente los hechos ocurridos a partir del mes de octubre de 1971 (...),Bolivia ha renunciado a cualquier limitación temporal al ejercicio de la competencia de la Corte y, por tanto, ha reconocido la competencia contenciosa para que ésta examine todos los hechos ocurridos y se pronuncie sobre las violaciones que se configuren en este caso y sus consecuencias". Véase. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, cit*, nota 154 *supra*¸ párr. 22.

posteriores o hechos o actos jurídicos cuyo principio de ejecución sean posteriores a la fecha del depósito de esta Declaración de Aceptación"[212].

En consecuencia, la Corte resolvió que no tenía competencia para conocer sobre la desaparición forzada de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz que supuestamente ocurrió en junio de 1982 ni sobre ninguno de los alegatos que sustentaron las violaciones relacionadas con dicha desaparición -derecho a la vida, la integridad personal y libertad personal, entre otros - aceptando por lo tanto la excepción preliminar interpuesta por El Salvador sobre la competencia temporal del Tribunal[213]. La decisión de dejar fuera de la competencia de la Corte IDH el examen de la desaparición forzada de las Hermanas Serrano Cruz fue fuertemente criticada por el Juez Manuel E. Ventura Robles, que consideró que el Tribunal había realizado una interpretación restrictiva de la CADH tratándose de un caso de desaparición forzada de menores y teniendo en cuenta que hay otros derechos como el de la identidad que debería haber analizado la Corte:

> "(…) en la presente Sentencia la Corte se ha autolimitado en razón de acoger una interpretación restrictiva en perjuicio de las víctimas, que ha privado al Tribunal de la posibilidad histórica de pronunciarse sobre la violación a los derechos de protección a la familia, al derecho al nombre y a los derechos del niño en un caso que abarca la problemática de la búsqueda de las personas que desaparecieron cuando eran niños en el contexto de un conflicto armado interno y, consecuentemente, pronunciarse sobre el derecho a la identidad de tales personas"[214].

Sin embargo, la Corte IDH sí se declaró competente para conocer de los artículos 8 y 25 de la CADH, que hacen referencia a las garantías judiciales y a la protección judicial, respecto de los familiares de las hermanas Serrano Cruz, puesto que éstos habían interpuesto acciones legales (una acción de *habeas corpus* entre otras) después de la "fecha crítica" y, por lo tanto, se habían iniciado con posterioridad al reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de El Salvador[215].

---

[212] CORTE IDH, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, Excepciones Preliminares, de 23 de noviembre de 2004, párr. 58.
[213] *Ibid.*, párr. 77-79.
[214] CORTE IDH, *Caso Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*¸ Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de marzo de 2005, Voto disidente del Juez Manuel E. Ventura Robles respecto del punto resolutivo tercero, párr. 2. Véase, también, en este sentido el voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade.
[215] *Ibid.*, párr. 84-85. La Corte IDH consideró que "(…) se trata de actuaciones judiciales que constituyen hechos independientes cuyo principio de ejecución es posterior al reconocimiento de la competencia de la Corte por parte de El Salvador, y que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia del Tribunal".

Finalmente cabe mencionar el caso *Heliodoro Portugal c. Panamá*, en el cual el Sr. Portugal fue detenido el 14 de mayo de 1970, siendo su fecha de muerte de aquel mismo año[216], sin embargo, sus restos no fueron identificados hasta agosto del 2000. Habiendo Panamá ratificado la CADH en 1978 y reconocido la competencia de la Corte el 9 de mayo de 1990, el Tribunal decidió que entraba a conocer sobre la privación de libertad del Sr. Portugal desde 1990 hasta el 2000, quedando fuera de su competencia *ratione temporis* los derechos a la vida y a la integridad personal, al considerar que se habían producido antes de la fecha crítica. Con esta interpretación, la Corte no lograba mantener la integridad de todos los elementos de la desaparición forzada, dejando fuera de su competencia aspectos tan relevantes como la vida y la integridad personal, y basándose sólo en la ficción de la privación de la libertad desde 1990 hasta el 2000. Probablemente, el hecho de tratarse de una ejecución extrajudicial seguida de una desaparición forzada contribuyó a que los jueces fragmentaran el delito.

Por otra parte, en el ámbito europeo, el TEDH también ha tenido que determinar el alcance de la competencia *ratione temporis* en relación las desapariciones forzadas iniciadas con anterioridad al reconocimiento de su jurisdicción, siendo el caso más relevante el relativo a las violaciones de derechos humanos como consecuencia de la ocupación del Norte de la isla de Chipre por parte de Turquía en 1974[217]. Así, en el caso *Chipre c. Turquía* de 2001[218], por primera vez el Tribunal estimó que un Estado parte era responsable de violaciones continuadas de numerosos derechos[219] afectando a un

[216]CORTE IDH, *Caso Heliodoro Portugal c. Panamá, cit.*, nota 145 *supra*, párr. 31. La Corte argumenta que "(…) en el presente caso no se sabe con certeza la fecha en que la presunta víctima falleció y, por ende, se desconoce si la muerte ocurrió con posterioridad a la fecha de reconocimiento de la competencia del Tribunal por parte del Estado. No obstante ello, (…) el Tribunal se remite a los informes del Instituto de Medicina Legal según los cuales el análisis de los restos, posteriormente identificados como pertenecientes a Heliodoro Portugal, permite concluir que éste habría fallecido al menos veinte años antes de haber sido encontrado".

[217] Véase, entre otros, *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV; *Varnava and Others v. Turkey* [GC], *cit.*, nota 179 *supra.*

[218] *Cyprus v. Turkey* [GC], *cit.,* nota 217 *supra.*

[219] El TEDH constató 14 violaciones de la Convención, entre ellas, la *violación continua del artículo 2* (derecho a la vida) por la falta de investigación efectiva sobre la suerte o paradero de los greco-chipriotas que desaparecieron en circunstancias peligrosas para la vida; *violación continua del artículo 5* (derecho a la libertad y seguridad personales) por falta de investigación efectiva sobre la suerte o paradero de los greco-chipriotas que presuntamente quedaron bajo custodia de Turquía; *violación continua del artículo3* (prohibición de trato inhumano o degradante) como consecuencia del silencio por parte de las autoridades turcas ante las peticiones y preocupaciones de los familiares de las personas desaparecidas que alcanzó al nivel de trato inhumano; *violación continua del artículo 8* (derecho a la vida privada y

amplio número de personas durante un largo periodo de tiempo[220]. Si bien Turquía había ratificado el CEDH en 1954, aceptó el derecho de petición individual en 1987 y la jurisdicción del TEDH en 1990, el Tribunal aplicó de forma retroactiva el CEDH examinando las desapariciones forzadas que se iniciaron con los hechos de 1974.

Sin embargo, cabe precisar que en la práctica el TEDH no entró a valorar la violación sustantiva del artículo 2 y 5 sino que se centró en la vertiente procesal, es decir, en la obligación del Estado de investigar de forma efectiva la suerte o paradero de las personas desaparecidas, limitando su competencia a "to ascertaining the extent, if any, to which the authorities of the respondent State have clarified the fate or whereabouts of the missing persons. It is not its task to make findings on the evidence on whether any of these persons are alive or dead or have been killed in circumstances which engage the liability of the respondent State"[221].

Posteriormente, en el caso *Varnava c. Turquía*, el TEDH tuvo ocasión de entrar a valorar con mayor profundidad su competencia *ratione tempori*s en materia de desapariciones forzadas. El Tribunal en primer lugar estableció la diferencia principal entre los actos instantáneos como la muerte y las situaciones continuadas [222] de violaciones de derechos humanos como son las desapariciones forzadas:

> "A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an *ongoing situation* of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even deliberate concealment and obfuscation of what occurred. This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a *continuing situation*"[223].

familiar) en relación a la negativa a permitir el regreso de los greco-chipriotas desplazados a sus casas del norte de la isla.

[220] LOUCAIDES, L.G., "The Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Cyprus v. Turkey", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, p. 226. El primer caso inter-estatal del TEDH fue el de *Ireland v. the United Kingdom, 18 January 1978, Series A no. 25*, aunque, según el autor, no es comparable en relación a la escala de violaciones del caso sobre Chipre y Turquía, contexto en el que desaparecieron 1.485 personas.

[221] *Cyprus v. Turkey* [GC], *cit.,* nota 217 *supra*, § 121.

[222] En este sentido, Antoine Buyse presume que las "situaciones" son de una duración superior que los actos o los hechos. BUYSE, A., "A Lifeline in Time: Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR", *Nordic Journal of International Law*, vol. 75, 2006, p. 72.

[223] *Varnava and Others v. Turkey* [GC], *cit.*, nota 179 *supra*, § 148, (énfasis añadido).

En cuanto al alcance de su competencia temporal, el TEDH remarcó que cualquier demanda basada en los hechos de 1974 quedaba fuera de su competencia temporal, de modo que sólo podían referirse actos u omisiones de Turquía a partir de 1987, fecha de aceptación del derecho a petición individual[224]. En este sentido, en el *cas dans l'espèce,* los demandantes basaban sus reclamaciones exclusivamente en relación a la falta de investigación sobre la suerte o paradero de las personas desaparecidas a partir de 1987[225]. No obstante, el TEDH excluyó de su examen toda alegación de violación basada en hechos ocurridos antes de la ratificación por parte de Turquía del derecho de petición individual el 28 de enero de 1987, quedando fuera de su competencia el artículo 2 y 5 del CEDH en su vertiente sustantiva y solamente reconociendo la violación dichos artículos en su vertiente procesal. En consecuencia, la desaparición forzada se ve de nuevo fragmentada y no examinada en todos sus elementos.

Asimismo, el TEDH se pronunció sobre el plazo razonable en virtud del cual las víctimas deben acudir a la jurisdicción europea, en base al requisito del plazo de 6 meses, estimando que los demandantes no pueden esperar indefinidamente antes de acudir a Estrasburgo[226]. Para ello, el Tribunal, teniendo en cuenta la naturaleza de las desapariciones forzadas y su carácter imprescriptible cuando constituyen un crimen de lesa humanidad, consideró que no se puede aplicar un estándar tan estricto como en otro tipo de violaciones y "allowances must be made for the uncertainty and confusion which frequently mark the aftermath of a disappearance"[227]. Aun así, el TEDH estimó que las demandas pueden ser inadmitidas cuando considere que ha transcurrido un tiempo excesivo desde que los demandantes se dieron cuenta o debieron de haberse percatado de que las investigaciones no eran efectivas o no permitirían esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida. Para el Tribunal este plazo razonable es de 10 años[228]. Este ha sido uno de los principales motivos por los que el TEDH no ha admitido casos de desapariciones forzadas cometidas en España durante la Guerra Civil y la dictadura franquista, cerrando así una de las pocas puertas que quedaban abiertas

[224] *Ibid.*, § 134.
[225] *Ibid.*
[226] *Ibid*., § 160.
[227] *Ibid.*
[228] *Ibid.*, § 165-166.

para que las víctimas españolas pudieran esclarecer la suerte o paradero de las personas desaparecidas:

> "Indeed, with the lapse of time, memories of witnesses fade, witnesses may die or become untraceable, evidence deteriorates or ceases to exist, and the prospects that any effective investigation can be undertaken will increasingly diminish; and the Court's own examination and judgment may be deprived of meaningfulness and effectiveness. Applicants must therefore make proof of a certain amount of diligence and initiative and introduce their complaints without undue delay"[229].

España reconoció el derecho de petición individual del TEDH el 1 de julio de 1981. Teniendo en cuenta que no había ningún tipo de investigación sobre las desapariciones forzadas, según el Tribunal "it must have been apparent to the applicants that there was not any realistic hope of progress in either finding the body or accounting for the fate of their missing relative in the near future"[230]. En el caso *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España,* el Tribunal consideró que habiendo puesto la primera denuncia ante los tribunales españoles el 2006 y la demanda en Estrasburgo el 2009, esto es casi 28 años después de la fecha crítica y 73 años después de la desaparición forzada, la demanda no cumplía con los requisitos temporales del Tribunal. No obstante, Samantha Salsench opina que la puerta no está del todo cerrada en Estrasburgo respecto a las víctimas españolas y que en caso de nuevas pruebas o información respecto a las desapariciones forzadas, como por ejemplo la identificación de la persona desaparecida a partir de la exhumación de una fosa común, podría permitir al TEDH admitir el caso[231].

En cambio, en el *caso Varnava c. Turquía*, a pesar de haber transcurrido 15 años desde los hechos, el TEDH tuvo en cuenta que no era posible acudir al TEDH antes de 1987 (fecha en que Turquía reconoció el derecho de petición individual) y que aunque los familiares acudieron a Estrasburgo en 1990, fue entonces cuando quedó patente que los mecanismos establecidos para esclarecer la suerte o paradero de las personas

[229] *Gutiérrez Dorado and Dorado Ortiz v. Spain* (dec.), no. 30141/09, §37, 27 March 2012.
[230] *Ibid.*, párr. 39.
[231] SALSENCH I LINARES, S., "Francoism facing justice. Enforced disappearances before the Spanish Courts", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, 2013, p.481.

desaparecidas no eran efectivos. No obstante, el Tribunal ha rechazado otros casos parecidos que se han denunciado con posterioridad por considerarlos extemporáneos[232].

En el caso de las desapariciones forzadas en España, la inadmisión de esta demanda junto con las subsiguientes que han llegado al TEDH ha supuesto un jarro de agua fría para las víctimas españolas, que ven como se van cerrando todas las puertas de acceso a la justicia, a la verdad y a la reparación. Si bien a nivel formal el TEDH cumple con la legalidad, hay que tener en cuenta que la Guerra Civil Española fue seguida de 40 años de dictadura y que la "cultura del miedo" de la sociedad durante todo ese tiempo no se desvanece por el simple hecho de que a partir de 1978 se instaura una democracia en el país. Como explica acertadamente Antonio Cassesse:

> "if the victims or their relatives do not set in motion criminal proceedings, normally this failure is not due to negligence or lack of interest; initiating such proceedings may indeed prove "psychologically painful, or politically dangerous, or legally impossible"; as for the national authorities' failure to prosecute, it may be due to political motivations which the passage of time may sooner or later efface"[233].

Aunque es lógico que el TEDH establezca unos límites a su competencia temporal, la cuestión que se plantea aquí es qué ocurre con estas graves violaciones de derechos humanos históricas que han quedado sin reparación y sin justicia[234]. En este contexto, es importante recordar que las desapariciones forzadas no pueden quedar simplemente relegadas a la historia de Europa sino que es un problema contemporáneo[235].

---

[232] Véase, *Orphanou and Others v. Turkey* (dec.), nos. 43422/04 et al., 1 December 2009; *Karefyllides and Others v. Turkey* (dec.), no. 45503/99, 1 December 2009; and *Charalambous and Others v. Turkey* (dec.), nos. 46744/07 et al., 1 June 2010

[233] Véase, CASSESSE, A., *International Criminal Law*…, *op.cit.*, nota 29 *supra*¸ p.315.

[234] Véase, entre otros casos, *Janowiec and Others v. Russia* [GC], nos. 55508/07 and 29520/09, ECHR 2013 en el que el TEDH se declaró incompetente para conocer de la masacre de Katyn ocurrrida en 1940 en Polonia por parte de la Rusia .En el ámbito internacional, véase la reclamación de reparaciónes como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial por parte de Grecia a Alemania (http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/15/actualidad/1424020999_952398.html) o el caso de la comunidad indígena de Herero de Namíbia que reclama reparaciones por el genocidio ocurrido entre 1904 y 1908, territorio que se encontraba bajo la potencia colonial de Alemania. Para más información, SARKIN, J. Y FOWLER, C., "Reparations for Historical Human Rights Violations: The International and Historical Dimensions of the Alien Torts Claims Act Genocide Case of the Herero of Namibia", *Human Rights Review,* Vol. 9, 2008, núm. 3, pp.331-360.

[235] HERI, C., "Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights' ratione temporis Jurisdiction. A Discussion of Temporal Elements in Janowiec and Others v. Russia*", Journal of International Criminal Justice*, 2014, p.17 (pp.1- 18).

El hecho de que la desaparición forzada sea un delito continuado o permanente suscita mucha controversia en torno a la competencia *ratione temporis* de los tribunales internacionales sobre todo cuando la desaparición forzada se ha iniciado antes de la fecha crítica. La consecuencia es la fragmentación de la desaparición forzada, excluyendo algunos elementos o todos y sólo conociendo de las violaciones respecto de los familiares, con una clara repercusión en materia de reparaciones. Este "tratamiento parcialiazado" o segmentado del fenómeno complejo de las desapariciones forzadas implica la exclusión de derechos humanos inderogables como el derecho a la vida o el derecho a no ser sometido a tortura en relación a la persona desaparecida[236].

Normalmente en estos casos, los tribunales internacionales han optado por no conocer de la violación sustantiva de derechos humanos pero sí de la parte procedimental, es decir, de la obligación del Estado de investigar de forma rápida y efectiva las desapariciones forzadas en relación a los familiares de las personas desaparecidas. Esto ha provocado críticas, sobre todo desde el ámbito del derecho penal al considerar que, aunque sólo sea en el aspecto procedimental, los tribunales internacionales están haciendo una aplicación retroactiva de sus respectivos tratados y, por lo tanto, están vulnerando el principio de legalidad[237]. Por otro lado, se corre el peligro de desincentivar a los Estados para que adquieran nuevas obligaciones en materia de derechos humanos que luego se les pueda exigir retroactivamente[238].

No obstante, cabe recordar que el principio de irretroactividad "is not carved in stone" y no es una norma de *ius cogens*[239]. En todo caso, parece pertinente realizar una ponderación entre "los valores garantizados por el principio de irretroactividad, como el de la seguridad jurídica y la protección de la persona frente a un legislador veleidoso, y los valores éticos y de justicia material que militan en favor de la represión de crímenes

[236] COCONI ARAU, L., "Convergencias entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana: la cuestión de las desapariciones forzadas. El caso Varnava contra Turquía", en SAURA ESTAPÀ, J., *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos*, Institut Català de Drets Humans, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, p.381.
[237] Véase, GIL GIL, A., "Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS, K., *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional,* Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2011, pp.311-344.
[238] *Ibid.*, p.331.
[239] BUYSE, A., "A Lifeline in Time…, *op.cit.,* nota 222 *supra*, p. 65.

tan graves"[240]. Se trata de tratados de derechos humanos en los que el principio de irretroactividad no debería interferir en el disfrute de los derechos de las personas o al menos debería interpretarse de la forma más favorable en este sentido[241]. En definitiva, es importante resaltar que la desaparición forzada constituye una múltiple y compleja violación de derechos humanos cuya prohibición es de carácter *ius cogens* y que los tribunales internacionales deben encontrar la forma para que sus respectivos convenios tengan un efecto útil y, por lo tanto, sirvan para proteger los derechos humanos de las personas, garantizar el acceso a la justicia y que éstos no se conviertan en derechos ilusorios.

6. LA PRESCRIPCIÓN

Para luchar contra la impunidad de los autores de actos de desaparición forzada es indispensable que las acciones penales y las penas no prescriban. El derecho convencional prevé la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad[242], si bien estas convenciones no gozan de una amplia ratificación[243]. Por su parte, el ECPI[244] establece en su artículo 29 la imprescriptibilidad de los crímenes de la competencia de la Corte, es decir, de los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, crimen de genocidio y crimen de agresión. Aunque no existe aún una norma consuetudinaria que prohíba la prescripción para todos los delitos de derecho

[240] FERNÁNDEZ PONS, J. "El principio de la legalidad penal y la incriminación internacional del individuo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 5, 2002, p.6.
[241] BUYSE, A., "A Lifeline in Time…, *op.cit.,* nota 222 *supra,* p. 67.
[242] Véase, Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, U.N.T.S., vol. 754, p. 73. Entró en vigor el 11 de noviembre de 1970 y tiene 55 Estados Parte y 9 Estados signatarios. (consultado en abril de 2015). Convención europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, adoptada el 25 de enero de 1974 en el marco del Consejo de Europa, ETC núm.82. En vigor desde 27 de junio de 2003 y cuenta con 7 Estados Parte.
[243] Según la PACE, las aspectos negativos de la Convención de Naciones Unidas 1968 son que los crímenes de lesa humanidad no están definidos con precisión, cubre todos los crímenes de guerra sin tener en cuenta su gravedad y se aplica retroactivamente. Además parece obligar a los Estados a incorporar dichos crímenes en sus respectivas legislaciones internas. Si bien la Convención Europea de 1974 intentó salvar estas cuestiones cuando se adoptó, ello no se ha traducido en una mayor ratificación. Véase, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Committee on Legal Advisers on Public International Law, *Examination of the European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes,*Estrasburgo, 19-20 marco de 2015, párr. 9.
[244] El Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998 cuenta con 139 Estados signatarios y 122 Estados Parte. (consultado en abril de 2015).

internacional, en la actualidad nadie discute que la imprescriptibilidad del genocidio, los crímenes de lesa humanidad y la tortura forma parte del derecho internacional consuetudinario [245]. Hay que tener presente que, en los supuestos en que las desapariciones forzadas se han llevado a cabo como parte de una práctica sistemática, los tribunales internos no han sido capaces de llevar a cabo una investigación efectiva ni de castigar a los autores, siendo sólo esto posible con un cambio de régimen en el que las desapariciones forzadas ya no son toleradas[246], es decir, en procesos de justicia transicional. De ahí la importancia de que las desapariciones forzadas no prescriban.

En tanto que la desaparición forzada sea un crimen de lesa humanidad[247] es de carácter imprescriptible y así lo contemplan las legislaciones internas de los Estados que han incorporado los crímenes del Estatuto de la CPI en sus ordenamientos jurídicos[248]. En este sentido, los Principios contra la Impunidad prevén que "la prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles"[249].

Por otro lado, cuando no forma parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, el delito de desaparición forzada es considerado por su extrema gravedad un crimen de derecho internacional y, como tal, no debería prescribir. Así, la AGNU, en su resolución 60/147 ha establecido que "no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional" [250]. La aplicación de normas de derecho interno

[245] Véase, CASSESSE, A., *International Criminal Law*…, *op.cit.*, nota 29 *supra*¸ p. 315.
[246] BRODY, R., GONZALEZ, F., "Nunca más…, *op. cit.*, nota 40 *supra*, p.388.
[247] Véase, artículo 7.1.i) del ECPI y el artículo 5 de la Convención Internacional de 2006.
[248] Véase, entre otras, Alemania (artículo 5 del Código de delitos contra el derecho internacional); Argentina (artículo 11 de la Ley 26/2000, de 5 de enero de 2007); Bélgica (artículo 13 de la Ley sobre delitos internacionales) Bosnia y Herzegovina (artículo 19 del Código Penal); España (artículos 121.4 y 133.2 del Código Penal); Montenegro (artículo 129 del Código Penal) y Timor-Leste (artículo 117 del Código Penal). Citado en GTDFI, *Mejores prácticas... cit.,* nota 59 *supra*, párr. 56. Asimismo, algunas constituciones prevén las desapariciones forzadas sin sujeción a plazos de prescripción, como por ejemplo Ecuador (artículo 80) y Paraguay (artículo 5).
[249] *Conjunto de principios actualizado..., cit.,* nota 1 *supra*, Principio 23.
[250] AGNU, Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Principio IV.

relativas a la prescripción de los delitos ordinarios a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad impide el enjuiciamiento y el castigo de las personas responsables de estos crímenes[251].

La Declaración de 1992 establece en su artículo 17.3 que en caso de haber prescripción "la relativa a los actos de desaparición forzada ha de ser de largo plazo y proporcionado a la extrema gravedad del delito". Según el GTDFI esta disposición debe interpretarse en consonancia con los artículos 1.1, 2.1, 3 y 4 de la Declaración, que buscan castigar de forma severa estos crímenes para erradicar su práctica y justifican una interpretación restrictiva en la aplicación de medidas de prescripción[252]. Estos artículos establecen que:

> "Todo acto de desaparición forzada constituye un ultraje a la dignidad humana (…)". (Artículo 1.1)
>
> "Ningún Estado cometerá, autorizará ni tolerará las desapariciones forzadas". (Artículo 2.1)
>
> "Los Estados tomarán medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para prevenir o erradicar los actos de desapariciones forzadas en cualquier territorio sometido a su jurisdicción". (Artículo 3)
>
> "Todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad." (Artículo 4.1)

Además, el artículo 17.2 de la Declaración de 1992 establece la posibilidad de suspender la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada cuando "los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces" hasta el restablecimiento de estos recursos[253]. En la misma línea, la Convención Internacional de 2006 prevé la obligación del Estado de garantizar a las víctimas la capacidad de interponer un recurso eficaz en su artículo 8.2 en los siguientes términos: "El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción". Esta disposición de la Convención Internacional de 2006 puede interpretarse en el sentido de

[251] Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, Preámbulo.
[252] ONU Doc. E/CN.4/2001/68, *cit.,* nota 164 *supra,*, párr. 32.
[253] El PIDCP establece en su artículo 2.3.a) que los Estados partes se comprometen a garantizar que "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales".

que el plazo de prescripción queda "suspendido" mientras la víctima de desaparición forzada no disponga de un recurso efectivo[254].

La Convención Interamericana de 1994, a pesar de no incluir esta facultad de "suspender" la prescripción, sí establece en cambio, en su artículo VII, la imprescriptibilidad de la desaparición forzada como regla general y el plazo de prescripción como una excepción[255]:

> "La acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga jurídicamente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción.
>
> Sin embargo, cuando existiera una norma de carácter fundamental que impidiera la aplicación de los estipulado en el párrafo anterior, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del respectivo Estado parte".

Esta excepción, fruto del consenso, debe interpretarse de manera restrictiva y entender por "norma de carácter fundamental" una norma de rango constitucional, que tenga en cuenta la protección de los derechos humanos[256].

Por otra parte, la Convención Internacional de 2006 se refiere a la prescripción en el artículo 8 de la Convención Internacional de 2006 en los términos siguientes:

> "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5,
>
> 1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal:
>
> *a*) Sea prolongado y proporcionado a la extrema gravedad de este delito;
>
> *b*) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito.
>
> 2. El Estado Parte garantizará a las víctimas de desaparición forzada el derecho a un recurso eficaz durante el plazo de prescripción".

En este sentido, la Convención Internacional de 2006 no recoge de forma expresa la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y emplea los términos "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 5". Dicho artículo prevé que la desaparición

[254] SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle…, op.cit.*, nota 46 *supra*, p. 309. Véase también, *Conjunto de principios actualizado..., cit.,* nota 1 *supra*, Principio 23 sobre restricciones a la prescripción en virtud del cual establece que "La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción".
[255] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies…, *op.cit.*, nota 48 *supra,* p.39.
[256] BRODY, R., GONZALEZ, F., "Nunca más…, *op. cit.*, nota 40 *supra*, p.390.

forzada como un crimen de lesa humanidad "entraña consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable", es decir, no está sujeta a prescripción alguna. El resto del artículo 8 hacer referencia a los actos de desaparición forzada que no constituyen un crimen de lesa humanidad y que pueden ser objeto de prescripción. No obstante, se requiere que el plazo establecido de prescripción sea largo y proporcional teniendo en cuenta la gravedad del delito y empiece a contar desde el cese de la desaparición forzada. Se entenderá que cesa la desaparición forzada a partir del momento en que la suerte o paradero de la persona desaparecida haya sido esclarecida[257]. En su momento, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recomendó incluir la no prescripción del delito de desaparición forzada en la futura Convención Internacional como una de las medidas contra la impunidad[258].

Asegurar que las desapariciones forzadas no prescriben o tengan un plazo de prescripción largo es indispensable para evitar la impunidad de los autores. Una de las consecuencias de no tener tipificada la desaparición forzada como delito autónomo[259] es que los plazos de prescripción aplicables de otros tipos como el secuestro o la detención ilegal no reflejan la gravedad del delito de la desaparición forzada en todos sus elementos. También es relevante tener en cuenta el carácter continuado de la desaparición forzada y, por lo tanto, no empezar a contar el plazo hasta que haya cesado, es decir, se haya esclarecido la suerte o paradero de la persona desaparecida[260]. Paralelamente, también es importante que los plazos de prescripción para reclamar una compensación por graves violaciones de derechos humanos también sean largos porque a menudo las víctimas se centran primero en la búsqueda de sus seres queridos, lo cual

[257] GTDFI, *Mejores prácticas… cit.,* nota 59 *supra*, párr. 55. Véase sección 4.2 de este capítulo *supra.*
[258] PACE, *Enforced disappearances*, Resolución 1463, de 3 de octubre de 2005. Ver también *Enforced disappearances. Report to Committee on Legal Affairs and Human Rights,* Rapporteur: Mr. Christos Pourgourides, Doc. 10679, de 19 de septiembre de 2005.
[259] Véase sección 3 *supra.*
[260] Los tribunales españoles consideran que las desapariciones forzadas de la Guerra Civil y la dictadura han prescrito a pesar de que existen miles de personas desaparecidas cuya suerte o paradero aún no se ha esclarecido, ignorando el alcance del carácter continuado o permanente del delito de desaparición forzada que no se encuentra tipificado de forma autónoma en el ordenamiento jurídico español. Véase, sentencia del Tribunal Supremo, STS 101/2012, del 27 de febrero de 2012, FJ 3: "la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún caso que avale esa posibilidad. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal".

puede durar muchos años, y luego no pueden recibir una compensación adecuada por la prescripción de sus acciones.

CAPÍTULO VI

DERECHO A LA REPARACIÓN Y GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

La justicia transicional, además de promover el derecho a la verdad y el derecho a la justicia de las víctimas, también establece el derecho a obtener reparación y garantías de no repetición por las violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario ocurridas en el pasado, bien fruto de en un régimen autoritario anterior o como consecuencia de un conflicto armado o violencia extrema. De ahí que el Conjunto de Principios contra la Impunidad de 2005 instituya como principio general que "Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el deber del Estado de reparar y el derecho a dirigirse contra el autor" [1].

En la actualidad, la víctima se ha convertido en el elemento esencial a la hora de abordar las graves violaciones de derechos humanos, superando así la concepción tradicional centrada en la relación entre el Estado y el perpetrador[2]. De esta forma, la justicia transicional basada en una concepción de la justicia retributiva ha ido evolucionando hacia una justicia reparadora[3] en la que cobran más importancia la reconstrucción social y la reconciliación.

Este desarrollo de la justicia transicional queda reflejada en la adopción de los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones* por la AGNU en el 2005 (Principios y Directrices Básicos)[4] que constituyen un hito importante en materia de reparaciones, no tanto porque conlleven la creación de nuevas obligaciones internacionales para los Estados -que no es la intención del texto- sino por

[1] *Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, ONU Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005, Principio 31.
[2] GÓMEZ ISA, F., "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos", en GÓMEZ ISA, F. (dir.), *Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Alberdania, Zarauz, 2006, p.23.
[3] Véase, entre otros, BONET PÉREZ, J y ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos* 53, 2009.Según los autores, la justicia restaurativa o reparativa es el proceso en el cual se implica en la resolución de conflicto tanto a las víctimas como a los agresores y, a menudo, también al conjunto de la sociedad, pp.131-132.
[4] Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, de 21 de marzo de 2006.

el esfuerzo de codificación de las normas y principios de protección de los derechos humanos desde la perspectiva de la víctima[5].

A su vez, los Principios contra la Impunidad prevén de forma expresa que el ámbito de aplicación del derecho a obtener reparación en los casos de desapariciones forzadas es el siguiente:

> "(…) la familia de la víctima directa tiene el derecho imprescriptible a ser informada de la suerte y/o paradero de la persona desaparecida y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique, independientemente de que se haya establecido la identidad de los autores o se los haya acusado"[6].

De modo que el derecho a saber de los familiares de las personas desaparecidas se concibe como una forma de reparación, en tanto que permite esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida así como la identificación y restitución de sus restos.

Como se ha venido apuntando anteriormente, los diferentes mecanismos de justicia transicional deben interpretarse de forma holística y, por lo tanto, no son "simplemente una colección aleatoria de iniciativas"[7]. Aunque se pueden dar en un orden distinto o simultáneamente en función del contexto, las cuatro medidas (verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición) pueden complementarse mutuamente "ayudando a paliar las carencias que cada una presenta frente a la inmensidad de la tarea de reparar las violaciones graves de derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario"[8]. Así, por ejemplo, Brasil, después de aprobar una ley de amnistía en 1979[9] que impedía cualquier procesamiento de los autores de los crímenes cometidos durante la dictadura militar (1964-1985), decidió centrarse en las

[5] ROMBOUTS, H., SARDARO, P. y VANDEGINSTE, S., "The Right to Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights", en DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., BOSSUYT, M. y LEMMENS, P. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersetia, Antwerpen-Oxford, 2005, p.358.
[6] *Conjunto de principios actualizado…, cit.,* nota 1 *supra* Principio 34.
[7] *Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición*, ONU Doc. A/67/368, de 13 de septiembre de 2012, párr. 60
[8] *Ibid.*
[9] Ley núm. 6.683, de 29 de agosto de 1979.

compensaciones, dando prioridad al principio de reparación y en el 2011 decidió crear la Comisión Nacional de la Verdad[10] dando paso al derecho a la verdad.

A continuación se analizará la regulación jurídica internacional del derecho a la reparación y, de forma específica, el derecho a la reparación de las víctimas de desapariciones forzadas. Luego, se estudiarán las diferentes formas de reparación en base a la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en materia de desapariciones forzadas y, finalmente, se abordarán las garantías de no repetición.

1. DERECHO A LA REPARACIÓN

Las sociedades en transición deben afrontar graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado y, entre otras cuestiones, abordar la forma de reparar a las víctimas de estas atrocidades. En este sentido, los tribunales y, cada vez más, las comisiones de la verdad, tienen un papel primordial a la hora de reconocer un derecho de reparación de las víctimas y en dictar medidas de reparación[11].

La desaparición forzada constituye una violación grave del derecho internacional y, como tal, las víctimas tienen derecho a una reparación completa y proporcional al daño sufrido, que debe ir más allá de una indemnización pecuniaria e incluir también la restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición[12]. En materia de reparación, la jurisprudencia de las instancias internacionales es variada siendo la de la Corte IDH la más desarrollada y la del TEDH la más limitada, al prever solamente una indemnización pecuniaria para las víctimas.

[10] Véase, entre otros, CARNEIRO LEÃO, A.M., "La Comisión de la Verdad en la trayectoria de la justicia transicional en Brasil", *Revista Derecho del Estado*, núm. 30l enero-junio 2013, pp. 55 -92.
[11] DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., BOSSUYT, M. y LEMMENS, P. (eds.), *Out of the Ashes…, op.cit.*, nota 5 *supra*, p.1.
[12] *Principios y Directrices Básicos…*, *cit.*, nota 4 *supra*, Principio IX, párr. 15.

1.1. Regulación jurídica internacional del derecho a la reparación

Conforme al Derecho internacional, los Estados tienen la obligación de reparar el daño cuando cometen un hecho internacionalmente ilícito. Esta obligación viene recogida en el *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos* aprobado por la CDI en el 2001[13], en cuyo artículo 31.1 establece que "el Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito". Según el Proyecto de Artículos, el perjuicio causado incluye "todo daño, tanto material como moral"[14]. La primera sentencia que sentó las bases de la reparación del daño en el derecho internacional fue la del *Asunto de la Fábrica de Chorzow* en la que la Corte Permanente de Justicia Internacional determinó que "es un principio de Derecho internacional que la reparación de un hecho ilícito puede consistir en una indemnización en correspondencia al daño que los nacionales del Estado lesionado han sufrido como resultado del acto contrario al Derecho internacional"[15].

El derecho a la reparación, a pesar de estar previsto en el derecho internacional, en la práctica las víctimas tienen serias dificultades en acceder a las reparaciones y, sobre todo en el caso de desapariciones forzadas, no es suficiente una indemnización sino que se requiere otro tipo de medidas específicas, principalmente dirigidas a conocer las circunstancias y la suerte o paradero de las personas desaparecidas. Además, hay que tener en cuenta que, en situaciones de justicia transicional, la capacidad de los mecanismos tradicionales de obtención de reparación para las víctimas violaciones masivas es muy limitada, habiendo pocas víctimas que logren "cumplir con los requisitos para obtener una sentencia de reparación, especialmente luego de transcurridos muchos años desde su ocurrencia"[16].

---

[13] Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, mediante la cual la AGNU adopta el Proyecto de Artículos elaborado por la CDI.

[14] Véase, artículo 31.2 del Proyecto de Artículos.

[15] CPIJ, *Case concerning the Factory at Chrozów (Claim for indemnity Merits¸ núm.* 13, Series A, de 13 de septiembre de 1928, p. 27.

[16] CORREA, C., "Verdad, justicia y reparación: los grupos vulnerables y la justicia transicional", en DORADO BORRAS, J., *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables"*, Madrid, Dykinson, 2014, p. 135.

Si bien muchos instrumentos de protección de derechos humanos reconocen el derecho a un recurso efectivo, lo cierto es que existen pocas referencias explicitas al derecho de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Así, la DUDH reconoce en su artículo 8 que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". En esta misma línea, el artículo 3.2 del PIDCP dispone que para proteger de forma eficaz los derechos reconocidos en el Pacto, los Estados deben garantizar que todas las personas dispongan de recursos accesibles y efectivos para poder exigir sus derechos[17]. Esto implica una obligación de los Estados a otorgar una reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el Pacto hayan sido violados, ya que de lo contrario se quedaría sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos[18]. Solamente dos preceptos del Pacto se refieren de forma expresa a la reparación: por un lado, el artículo 9.5 establece que "toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación" y, por el otro, el artículo 14.6 prevé una indemnización cuando una persona haya sido condenada a una pena que ulteriormente ha sido revocada[19].

Igualmente, la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*[20] recoge en su artículo 6 que "Los Estados partes asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, (...) así como el derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación". Por otra parte, la Convención contra la tortura prevé en el artículo 14.1

[17] PIDCP, artículo 2.3 "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; (…)".

[18] *Observación general núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párr. 16.

[19] PIDCP, artículo 14.6 "Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser *indemnizada*, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido". (énfasis añadido)

[20] AGNU, Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. La Convención entró en vigor el 4 de enero de 1969, tiene 87 Estados signatarios y 177 Estados Parte (consultado por última vez el 20 de abril de 2015).

el derecho a la reparación a la víctima de actos de tortura, incluida la indemnización justa y adecuada, así como la rehabilitación "lo más completa posible", y en caso de resultado de muerte prevé una indemnización[21].

En el ámbito regional, los principales instrumentos de derechos humanos prevén el derecho a un recurso efectivo[22], y establecen, en el caso del TEDH, la facultad para conceder una satisfacción equitativa cuando el derecho interno del Estado prevea de forma imperfecta la reparación de los daños causados por la violación[23]. En el caso de la Corte IDH, la CADH prevé en el artículo 63 que el Tribunal podrá acordar medidas de reparación que permitan reparar las consecuencias de la violación, incluyendo una justa indemnización. Como se verá más adelante, la Corte IDH ha realizado una interpretación extensiva de este precepto adoptando un amplio abanico de medidas de reparación, al menos por lo que respecta a los casos de desapariciones forzadas, si bien en la práctica puede ser más difícil el cumplimiento por parte de los Estados de este tipo de sentencias.

Finalmente, el artículo 21.2 de la CADHP, relativo a las riquezas y recursos naturales de los cuales disponen los pueblos, prevé que "En caso de expoliación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad así como a una compensación adecuada". Este tipo de compensación tendrá necesariamente un carácter colectivo al referirse a los derechos de los pueblos[24]. Además, el artículo 27 del Protocolo para el establecimiento de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos también prevé que en caso de violación de derechos humanos el Tribunal podrá acordar el pago de una compensación o reparación[25].

[21] Convención contra la tortura, artículo 14.1 "Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización.

[22] CEDH, artículo 13; CADH, arts. 1.1, 8, 10 y 25, Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XVIII.

[23] Véase artículo 41 CEDH.

[24] ROMBOUTS, H., SARDARO, P. y VANDEGINSTE, S., "The Right to Reparation…, *op.cit.,* nota 5 *supra,* p.367.

[25] Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, de 9 de junio de 1998, en vigor desde 25 de enero de 2006, la Corte entró en funcionamiento a partir de 2006. Artículo 27: "If the Court finds that there has been violation of a human or peoples' right, it shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation."

En el ámbito del DIH, el derecho de reparación de las víctimas es bastante limitado[26]. Los Convenios de Ginebra de 1949 establecen la obligación de los Estados de sancionar penalmente a los responsables de las infracciones graves a los Convenios y de tomar las medidas oportunas para cesar estas violaciones[27]. La única disposición que hace referencia a una posible indemnización es el artículo 91 del Protocolo Adicional I de 1977 en el cual se establece la responsabilidad de los Estados: "La Parte en conflicto que violare las disposiciones de los Convenios o del presente Protocolo estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas".

Esta disposición no hace referencia a las víctimas, ni a los familiares ni a su derecho a una reparación, sino que simplemente deja a discreción de los Estados la posibilidad de indemnizar a las víctimas sin especificar su alcance. En caso de conflicto armado interno, ni el artículo 3 común ni el Protocolo Adicional II establecen nada en relación a la reparación o compensación de las víctimas. Si bien normalmente se interpreta que la obligación de pagar una compensación en el marco del derecho internacional humanitario es entre Estados[28], resulta pertinente resaltar que la CIJ en su opinión consultiva sobre *Las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado* estimó que Israel tenía la obligación jurídica de reparar los daños derivados de su conducta ilegal directamente a las personas afectadas[29].

Por otra parte, el artículo 75 del ECPI hace referencia explícita a la reparación de las víctimas y prevé que la Corte "establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes", además de crear un Fondo Fiduciario en beneficio de

[26] ZEGVELD, L. "Remedies for war victims", en STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, TMC Asser Presss, La Haya, 2010, p.623.
[27] Véase artículo 49 del I Convenio de Ginebra de 1949, el artículo 50 del II Convenio de Ginebra de 1949, el artículo 129 del III Convenio de Ginebra de 1949 y el artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 1949. Véase también artículo 3 de la IV Convención de La Haya relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907 que prevé que "La parte beligerante que viole las disposiciones de dicho Reglamento estará obligada a indemnización, si fuere el caso, y será responsable de todos los actos cometidos por las personas que hagan parte de su fuerza armada".
[28] ZEGVELD, L. "Remedies for war victims"…, *op. cit.*, nota 26 *supra*, p.623.
[29] CIJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004,* p. 136, párr. 145.

las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias[30]. Con este precepto, las víctimas de crímenes de guerra, de genocidio y de crímenes de lesa humanidad tienen reconocido el derecho a la reparación. En cambio, la mayoría de los tribunales internacionales *ad hoc* o híbridos no prevén la reparación de forma específica en sus respectivos estatutos, siendo una excepción el Tribunal Especial para el Líbano que prevé en su artículo 25.1 una indemnización para las víctimas[31] y el Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias de Senegal[32] que prevé en su artículo 27 como, formas de reparación, la restitución, la indemnización y la rehabilitación y crea, además, un Fondo en beneficio de las víctimas[33].

[30] Véase, artículo 79, ECPI "1. Por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se establecerá un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias.
2. La Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario. 3. El Fondo Fiduciario será administrado según los criterios que fije la Asamblea de los Estados Partes".

[31] Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, artículo 25.1: "El Tribunal Especial podrá identificar a las víctimas que hayan sufrido daños". 1. El Tribunal Especial podrá identificar a las víctimas que hayan sufrido daños como consecuencia de delitos cometidos por un acusado condenado por el Tribunal. 2. El Secretario transmitirá a las autoridades competentes del Estado interesado el fallo en que se condena al acusado del delito causante del daño sufrido por la víctima. 3. Sobre la base de la decisión del Tribunal Especial y de conformidad con la legislación nacional aplicable, la víctima o las personas que formulen la reclamación a través de ella podrán dirigirse a un tribunal nacional u otro órgano competente para obtener indemnización, con independencia de que la víctima haya sido o no identificada como tal por el Tribunal según lo previsto en el párrafo 1 del presente artículo. 4. A los efectos de las reclamaciones previstas en el párrafo 3 de este artículo, el fallo del Tribunal Especial tendrá carácter definitivo y vinculante en cuanto a la responsabilidad penal del condenado".

[32] *Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990*, artículo 27: "1. Les réparations accordées par les Chambres africaines extraordinaires sont la restitution, l'indemnisation et la réhabilitation. 2. Les Chambres africaines extraordinaires peuvent décider que l'indemnité accordée à titre de réparation soit versée par l'intermédiaire du fonds visé à l'article 28 du présent Statut. 3. Avant de rendre une décision en vertu du présent article, les Chambres africaines extraordinaires peuvent solliciter les observations de la personne condamnée, des victimes et des autres personnes ou Etats intéressés. 4. Les dispositions du présent article s'entendent sans préjudice des droits que le droit interne ou le droit international reconnaissent aux victimes".

[33] Véase artículo 28 del Estatuto: "Un fonds est créé, au profit des victimes de crimes relevant de la compétence des Chambres africaines extraordinaires et de leurs ayant droits. Ce fonds est alimenté par des contributions volontaires de gouvernements étrangers, d'institutions internationales, d'organisations non gouvernementales et d'autres sources désireuses d'apporter un soutien aux victimes. 2. Les réparations peuvent être attribuées aux victimes individuellement ou collectivement, qu'elles aient ou non participé aux procédures devant les Chambres africaines extraordinaires".

1.2. El derecho a la reparación en las desapariciones forzadas

La Declaración de 1992 establece en su artículo 19 el derecho a una reparación y a una indemnización de las víctimas de desaparición forzada y sus familiares, en una redacción muy similar al artículo 14 de la Convención contra la Tortura[34]:

> "Las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familiares deberán obtener reparación y tendrán derecho a ser indemnizadas de una manera adecuada y a disponer de los medios que les aseguren una readaptación tan completa como sea posible. En caso de fallecimiento de la víctima como consecuencia de su desaparición forzada, su familia tendrá igualmente derecho a una indemnización".

Según Reed Brody, el derecho a una compensación por parte de las víctimas no debe ser una medida a discreción del Estado sino que debe ser reconocido en la legislación interna[35]. Cuando la Declaración de 1992 establece que la indemnización debe ser "adecuada" significa que debe ser proporcional a la gravedad de la violación y, por lo tanto, debe tener en cuenta factores como la duración de la desaparición de la persona, las condiciones de detención de la víctima, así como también el daño sufrido por los familiares de la víctima de desaparición forzada[36].

La "readaptación tan completa como sea posible" indica que la reparación debe incluir la asistencia médica y psicológica para cualquier daño físico o mental, garantías de no repetición, asistencia legal y social, restauración de la libertad personal, de la vida familiar, de la ciudadanía, del trabajo o de la propiedad, la posibilidad de volver al lugar de residencia y otras formas de restitución, satisfacción y reparación que pueda eliminar las consecuencias de la desaparición forzada[37].

La Convención Interamericana de 1994 no prevé ninguna disposición sobre el derecho a una reparación y compensación por parte de las víctimas, no obstante, la

[34] Véase, Convención contra la tortura, artículo 14.1: "Todo Estado Parte velará por que en su legislación se garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justica y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización".
[35] BRODY, R, "Commentary on the draft UN Declaration on the protection of all persons from enforced disappearances", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 8, 1990, pp.381-394.
[36] GTDFI, *Observaciones generales sobre el artículo 19 de la Declaración*, ONU Doc. E/CN.4/1998/43, de 12 de enero de 1998, párr. 72
[37] *Ibid*., párr. 73.

Corte IDH ha desarrollado, a través de su jurisprudencia, formas de reparación novedosas que van más allá de una justa indemnización prevista por la CADH[38].

La Convención Internacional de 2006, inspirada en el derecho de reparación de de los Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas, establece en su artículo 24.4 el derecho de las víctimas[39] a la reparación y a una indemnización "rápida, justa y adecuada". El artículo 24 es, en mi opinión, una de las disposiciones más significativas de este tratado, sobre todo desde el punto de vista de los derechos de las víctimas, porque además de partir de un concepto amplio de víctima, reconoce el derecho a saber la verdad sobre las circunstancias y la suerte de la persona desaparecidas y obliga a los a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para buscar, localizar y liberar las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, la búsqueda y restitución de sus restos[40].

A su vez, el artículo 24.5 establece que el derecho a la reparación comprende todos los daños materiales y morales, y otras formas de reparación:

> "El derecho a la reparación al que se hace referencia en el párrafo 4 del presente artículo comprende todos los daños materiales y morales y, en su caso, otras modalidades de reparación tales como:
>
> *a*) La restitución;
>
> *b*) La readaptación;
>
> *c*) La satisfacción; incluido el restablecimiento de la dignidad y la reputación;
>
> *d*) Las garantías de no repetición".

Aunque no aparece el término "indemnización" de forma expresa, puede interpretarse que es la primera forma de reparación prevista por el tratado y que incluye

[38] CADH, artículo 63.1 establece que "Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".

[39] "Víctimas" en el sentido amplio del término al incluir el artículo 24.1 de la Convención Internacional de 2006 a "toda persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada", tal y como se ha explicado en el capítulo II, sección 3 *supra.*

[40] Véase Capítulo IV sobre el derecho a la verdad *supra.*

"los daños materiales y morales" [41] . Durante los *travaux préparatoires* algunas delegaciones eran partidarias de incluir el "derecho a solicitar" y no el "derecho a obtener" una reparación y propusieron un texto parecido al del artículo 14 de la Convención contra la Tortura, que alude a la obligación de los Estados Partes de garantizar en su legislación el derecho a reparación e indemnización, otras, en cambio, resaltaron[42]. No obstante, la Presidencia consideró que aunque no se mencionaran todas las posibles modalidades de reparación era muy importante no dejar un margen de maniobra demasiado amplio a los Estados y establecer una base mínima[43].

La disposición más novedosa de la Convención Internacional de 2006, no contemplada en ningún instrumento internacional en materia de desapariciones forzadas, es su artículo 24.6 en el cual amplia la reparación también a la protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de propiedad que se pueden ver afectados en caso de desaparición forzada, al quedarse los familiares sin sustento económico, con la vida familiar truncada, etc.:

> "Sin perjuicio de la obligación de continuar la investigación hasta establecer la suerte de la persona desaparecida, cada Estado Parte adoptará las disposiciones apropiadas en relación con la situación legal de las personas desaparecidas cuya suerte no haya sido esclarecida y de sus allegados, en ámbitos tales como al protección social, las cuestiones económicas, el derecho de familia y los derechos de la propiedad".

Ante la gravedad del delito de la desaparición forzada, una indemnización por los daños materiales y morales no es suficiente porque las víctimas necesitan, además, un reconocimiento por parte de las autoridades de su responsabilidad, la adopción de medidas legislativas para tipificar la desaparición forzada como delito autónomo, la investigación de los hechos y la identificación y sanción de los autores, la formación del personal y de los cuerpos de seguridad sobre este delito, y poner el nombre de la víctima en un lugar público para que no se olviden los hechos y como forma para prevenirlos en un futuro.

[41] DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire", *Droits fondamentaux*, núm. 6, enero-diciembre 2006, p. 86.
[42] *Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, ONU E/CN.4/2004/59, de 23 de febrero de 2004, párr. 138.
[43] *Ibid.,* párr. 136.

1.3. Formas de reparación en base a la jurisprudencia en materia de desapariciones forzadas

Los Principios y Directrices Básicos establecen que una reparación plena y efectiva de los daños sufridos debe comprender la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición[44]. En todo caso es importante enfocar las reparaciones como un *proceso* continuo y no como una serie de actos simbólicos o de entrega a las víctimas de algunas indemnizaciones y otro tipo de ayudas, lo cual va ligado al proceso de justicia restaurativa y transformadora[45]. Como a menudo se desconoce si la persona desaparecida sigue aún viva o ha sido asesinada, las medidas de reparación deben concederse de manera que puedan aplicarse tanto a la persona desaparecida como a los familiares[46].

Por su parte, el CDH ha establecido como reparación a las víctimas de desaparición forzada y a sus familiares la obligación del Estado de investigar lo ocurrido con la persona desaparecida; llevar ante la justicia a los responsables de su muerte, desaparición o maltrato; pagar una indemnización adecuada a la víctima sometida a desaparición forzada y a sus familiares y asegurar que violaciones similares no ocurrirán en el futuro[47]. Teniendo en cuenta que el CDH es un órgano de vigilancia con funciones casi-jurisdiccionales, sus formas de reparación en casos de desaparición forzada han ido más allá de una indemnización y han contemplado también la satisfacción y garantías de no repetición[48].

La restitución pretende devolver a la víctima a la situación anterior a la violación grave de derechos humanos. En casos de desaparición forzada la restitución puede comprender la puesta en libertad de la persona desaparecida o el regreso a su lugar de

[44] *Principios y directrices básicos…, cit.,* nota 4 *supra,* principio IX.
[45] GÓMEZ ISA, F. "El derecho de las víctimas…, *op. cit.*, nota 2 *supra,* p. 53.
[46] *Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias,* UN Doc. E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, párr. 85.
[47] CDH, *Bleier v. Uruguay*, Comunicación núm.30/1978, dictamen aprobado el 29 de marzo de 1982, párr. 15 Comunicación núm. 107/1981, *Almeida de Quinteros v. Uruguay*, dictamen aprobado el 21 de julio de 1983, párr.16; *Mojica v. República Dominicana*, Comunicación núm. 449/1991, dictamen aprobado el de 10 de agosto de 1994, párr. 7.
[48] SCOVAZZI, Tullio; CITRONI, Gabriella, *The struggle against Enforced Disappearances and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 370.

residencia, lo cual ha ocurrido en algunos casos como en Argelia o Marruecos[49] en donde hay personas que después de estar cerca de 20 años desaparecidas fueron puestas en libertad por las autoridades, aunque no es una práctica frecuente, puesto que las personas desaparecidas suelen ser ejecutadas.

Otra forma de restitución es la devolución de la identidad en casos de desaparición forzada de menores. Aquellos niños y niñas que fueron sustraídos de sus familias, apropiados o dados en adopción después de su nacimiento en cautiverio, tienen derecho a recuperar su identidad y su nombre como parte del derecho a la reparación. Este proceso de restitución es complejo para las víctimas de desaparición forzada porque normalmente implica tener que denunciar a sus padres "adoptivos" para poder cambiar su nombre y recuperar su identidad. A veces, los niños y niñas "restituidos" mantienen dos cumpleaños (el biológico y el falso) al considerar que tienen dos familias.[50] En consecuencia, hay que tener en cuenta también que la víctima en este caso se ve seriamente afectada, tanto a nivel psicológico como social, por todo este proceso de recuperación de su identidad y nombre, de forma que requiere su tiempo de adaptación.

El GTDFI destaca que en casos de desapariciones forzadas la restitución nunca puede ser plena "a causa de la naturaleza irreversible de los daños sufridos"[51] y, por lo tanto, es importante que se complemente con otras formas de reparación como la indemnización y rehabilitación. Además, la restitución puede conllevar también que al devolver a la víctima a la situación anterior se aproveche para corregir situaciones de discriminación o vulnerabilidad que ya existían antes de la desaparición forzada[52].

[49] En 1991, después de llevar cerca de 19 años en detención secreta, más de 300 presos fueron liberados tras una campaña internacional contra las violaciones de derechos humanos en Marruecos. Para más información, véase, entre otros, el capítulo sobre "Marruecos: los "desaparecidos" reaparecen" en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción,* EDAI, Madrid, 1994, pp. 75-90.
[50] GANDSMAN, A. E., "Retributive Justice, Public Intimacies and the Micropolitics of the Restitution of Kidnapped Children of the Disappeared in Argentina", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, 2012, p. 429.
[51] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, ONU Doc. A/HRC/22/45, de 28 de enero de 2013, párr. 55.
[52] *Ibid.*

La indemnización, según los Principios y Directrices Básicos, debe ser proporcional y apropiada a la gravedad del delito y debe cubrir los perjuicios pecuniarios económicamente evaluables como consecuencia, en este caso de la desaparición forzada, tales como:

> "a) El daño físico o mental;
>
> b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
>
> c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
>
> d) Los perjuicios morales;
>
> e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales"[53].

En esta misma línea, el GTDFI considera que la indemnización debe interpretarse en un sentido amplio y se debe "otorgar a cualquier daño resultante de una desaparición forzada"[54]. En el contexto de justicia transicional, el objetivo específico de la compensación de las víctimas de derechos humanos es el restablecimiento de la dignidad y reintegrarlas en la sociedad como ciudadanos iguales[55].

Ante la imposibilidad de establecer con certeza la muerte de la persona desaparecida, algunos Estados han previsto en sus ordenamientos jurídicos internos la concesión de un certificado de ausencia por razón de desaparición forzada. Según el GTDFI, esta declaración debe ser emitida con el consentimiento de la familia por una autoridad Estatal transcurrido cierto tiempo, como mínimo un año[56]. En todo caso, el hecho de haber concedido una declaración de ausencia por desaparición forzada no debe interrumpir o terminar el curso de las investigaciones para esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida[57].

No obstante, algunos países exigen establecer la presunción de la muerte de la persona desaparecida mediante la expedición de un "certificado de presunción de

[53] *Principios y directrices básicos…, cit.,* nota 4 *supra,* principio IX, párr. 20.
[54] ONU Doc. A/HRC/22/45, *cit.*, nota 51 *supra*, párr. 58.
[55] MALAMAUD-GOTI, J.E., y GROSMAN, L.S., "Reparations and Civil litigation: compensation for human rights violations in transitional democracies", en DE GREIFF, P., *Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006, p.551.
[56] GTDFI, *General Comment on the right to recognition as a person before the law in the context of enforced disappearances*¸ UN Doc. A/HRC/19/58, 6 de febrero de 2012, párr. 8.
[57] *Ibid.*, párr.10.

muerte" para poder cobrar una indemnización en caso de desaparición forzada[58]. En cambio, otros Estados han creado figuras parecidas como la declaración de "ausencia por desaparición forzada" en Argentina[59] o el "declarado ausente por desaparición forzada" en Uruguay[60]. Esta opción es más respetuosa con los familiares de las personas desaparecidas ya que, de lo contrario, estarían sometidos a un trato inhumano al ser obligados a declarar a sus seres queridos muertos, cuando en verdad están luchando para esclarecer si es así o no[61].

Para determinar la reparación y compensación en caso de desaparición forzada, la Corte IDH tiene en cuenta el daño material, el daño inmaterial y otras formas de reparación de las víctimas. Por daño material se entiende el lucro cesante, daño emergente y gastos efectuados con motivo de la búsqueda de la persona desaparecida. El daño inmaterial "puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos

[58] Véase, por ejemplo, Argelia en dónde conforme a la Ordenanza núm. 06-01 sobre la Carta por la paz y la reconciliación nacional, el 27 de febrero de 2006, se obliga a las familias de los desaparecidos a presentar un certificado de defunción de su familiar para poder cobrar la indemnización. El CDH ha recomendado al Estado "Suprimir, en el caso de las desapariciones, la obligación de que el derecho a una indemnización dependa de la voluntad de la familia de presentar el correspondiente certificado de defunción". Véase, CDH, *Observaciones finales sobre Argelia,* ONU Doc. CCPR/C/DZA/CO/3, de 12 de diciembre de 2007, párr. 13.

[59] Ley de Ausencia por Desaparición Forzada, Ley 24.321, de 11 de mayo de 1994, cuyo artículo prevé que "Podrá declararse la ausencia por desaparición forzada de toda aquella persona que hasta el 10 de diciembre de 1983 hubiera desaparecido involuntariamente del lugar de su domicilio o residencia, sin que se tenga noticia de su paradero". Fue el primer Estado en introducir en su ordenamiento jurídico esta noción, si bien está limitada a personas que desaparecieron hasta 1983 y, por lo tanto, no contempla desapariciones que hayan ocurrido o puedan ocurrir con posterioridad.

[60] Ley 17.894 "Personas cuya desaparición forzada resultó confirmada por el anexo 3.1 del Informe Final de la Comisión para la Paz", de 6 de septiembre de 2005. La ley prevé, e su artículo 2 que "Podrá promover el correspondiente proceso sucesorio de la persona declarada ausente conforme al artículo 1º de esta ley, *todo aquel que tenga un interés legítimo para ello* (…) A los efectos de esta ley, se considerará también con interés legítimo para promover el proceso sucesorio al concubino del declarado ausente. Para justificar el carácter de concubino bastará la declaración de dos testigos que acrediten tal relación. En caso de oposición de otro titular de un interés legítimo, el Juez interviniente podrá requerir otros medios probatorios y, en todo caso, resolverá la cuestión por vía incidental, de acuerdo a los principios generales de valoración de la prueba vigente en el ordenamiento procesal civil nacional". Disponible en: http://bcn.cl/m6cl (consultado por última vez el 20 de abril de 2012).

[61] CITRONI, G., "The Pitfalls of Regulating the Legal Status of Disappeared Persons Through Declaration of Death", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, p.802.

para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia"[62].

En cambio, el TEDH sólo ha establecido una indemnización como forma de reparación para las víctimas de desaparición forzada, bien por daños materiales, perjuicios morales o gastos de asistencia jurídica. En cuanto al daño material, el Tribunal exige una conexión causal entre el daño reclamado por el demandante y la violación de la Convención, lo cual puede incluir una compensación por lucro cesante[63]. En relación al daño moral, el Tribunal entiende que éste no queda compensado con la constatación de las violaciones de derechos de la Convención y por lo tanto también es necesaria una indemnización.

A diferencia de la Corte IDH, el TEDH no establece otras formas de reparación, como la rehabilitación o la satisfacción, en las que se podría exigir al Estado tomar medidas legislativas para sancionar este tipo de delitos, ofrecer una disculpa oficial y reconocer sus responsabilidades, formar a sus cuerpos de seguridad sobre el delito de desaparición forzada u otras medidas que tienen como objetivo reparar el daño sufrido por las víctimas y además prevenir este tipo de violaciones en un futuro. Esta posición tan estricta del TEDH viene delimitada en gran parte por el artículo 41 de la CEDH el cual únicamente prevé la satisfacción equitativa como forma de reparación[64].

Por otra parte, la jurisprudencia del TDHBH estableció una compensación colectiva para las víctimas además de obligar al Estado a informar sobre la suerte y el paradero de las personas desaparecidas, a investigar los hechos y a llevar a los responsables ante la justicia, El Tribunal entendió que la principal preocupación y

[62] CORTE IDH, *Caso Trujillo Oroza c. Bolivia*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2002, párr. 77.
[63] Véase, entre otros, TEDH, *Çakıcı v. Turkey* [GC], no. 23657/94, § 127, ECHR 1999-IV; *Çiçek v. Turkey,* no. 25704/94, § 200, 27 February 2001; *Baysayeva v. Russia,* no. 74237/01, § 175, 5 April 2007; *Akhmadova and Sadulayeva v. Russia*, no. 40464/02, § 143, 10 May 2007.
[64] CEDH, artículo 41 " Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa". Véase, entre otros, FERNÁNDEZ SOLA, N., "El derecho a la reparación de las víctimas de desaparición forzada: hacia la justicia a través del derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2008, núm. 2, pp.397-425. La autora, muy crítica con la jurisprudencia del TEDH en este contexto, propone una modificación de la regulación jurídica de la reparación de las víctimas de violaciones del CEDH.

objetivo de los familiares es saber lo ocurrido y encontrar las personas desaparecidas, de modo que consideró más pertinente obligar al Estado responsable a dar dinero a instituciones encargadas de buscar las personas desaparecidas o de recuperar la memoria de las víctimas[65]. De modo que el TDHBH fue más allá de la satisfacción equitativa prevista en el artículo 41 de la CEDH a la hora de determinar las formas de reparación, dando así una interpretación innovadora al artículo XI del Acuerdo por el cual se estableció el Tribunal[66].

Si bien es cierto que la incertidumbre sobre el paradero de la persona desaparecida causa mucha angustia y sufrimiento a los familiares y, por lo tanto, dar dinero a instituciones que buscan a estas personas es una forma de intentar reparar el daño que sufren los familiares, también es importante que reciban una compensación individual por los daños materiales y morales. En el caso de Bosnia y Herzegovina, desaparecieron cerca de 20.000 personas entre 1992 y 1995, la mayoría de las cuales fueron hombres musulmanes, de modo que las mujeres se han quedado sin el principal sustento de la familia, teniendo que asumir un rol en su entorno al cual no estaban acostumbradas o se han tenido que poner al frente del negocio de sus maridos. En consecuencia, una compensación individual, además de la colectiva, también hubiese sido adecuada para poder adaptarse a la nueva vida sin sus seres queridos.

[65] Véase, entre otros, TDHBH, *Srebrenica Cases v. Republika of Srpska*, 49 applications), Case nos. CH/01/8365, CH/01/8397, CH/01/8398, CH/01/8399, CH/01/8410, CH/01/8411, CH/01/8412, CH/01/8414, CH/01/8428, CH/01/8484, CH/01/8487, CH/01/8521, CH/02/8842, CH/02/8927, CH/02/9357, CH/02/9375, CH/02/9385, CH/02/9390, CH/02/9403, CH/02/9427, CH/02/9431, CH/02/9433, CH/02/9470, CH/02/9484, CH/02/9485, CH/02/9486, CH/02/9487, CH/02/9505, CH/02/9506, CH/02/9507, CH/02/9508, CH/02/9513, CH/02/9514, CH/02/9515, CH/02/9528, CH/02/9529, CH/02/9530, CH/02/9532, CH/02/9542, CH/02/9546, CH/02/9547, CH/02/9548, CH/02/9549, CH/02/9550, CH/02/9552, CH/02/9553, CH/02/9594, CH/02/9595, and CH/02/9596, decisión on admissibility and merits, de 7 de marzo de 2003, sentencia en la que el Tribunal condenó a la República de Srpska a pagar la compensación colectiva a la Fundación en memoria de las víctimas de Srebrenica-Potocari; en *Smajic, Cosic, Dzafic c. Republika Srpska*, Cases nº CH/02/8879-8883, CH/02/9384 y 9386, de 5 de diciembre de 2003, la compensación colectiva fue para el Instituto de Personas Desaparecidas.

[66] El artículo XI del Anexo 6 de los Acuerdos de Paz de Dayton de 1995 prevé que el Tribunal deberá establecer "b) what steps shall be taken by the Party to remedy such breach, including orders to cease and desist, monetary relief (including pecuniary and non-pecuniary injuries), and provisional measures". Véase, también, NOWAK, M., "Reparation by the Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina" en DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., BOSSUYT, M. y LEMMENS, P. (eds.), *Out of the Ashes…., op.cit.*, nota 5 *supra,* p. 246.

La rehabilitación en casos de desaparición forzada incluye tanto la asistencia médica como la psicológica, puesto que los familiares de la víctima de desaparición forzada sufren angustia y su vida se ha visto totalmente trastornada ante la incertidumbre sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida. Además, los familiares necesitan servicios jurídicos y sociales para poder interponer los recursos adecuados para establecer el paradero de la persona desaparecida y para pedir la reparación y compensación por los daños sufridos[67].

Por otra parte, las necesidades y circunstancias particulares de cada víctima se deberán tener en cuenta a la hora de determinar el tratamiento psicológico o psiquiátrico[68]. El tratamiento no necesariamente tiene que ser individual, sino que también puede ser colectivo o familiar.

> "(…) el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico, a las víctimas que así lo soliciten, incluyendo el suministro gratuito de los medicamentos que eventualmente se requieran, tomando en consideración los padecimientos de cada uno de ellos. (…) Asimismo, los tratamientos respectivos deberán prestarse, en la medida de lo posible, en los centros más cercanos a sus lugares de residencia en El Salvador por el tiempo que sea necesario. (…)"[69].

La satisfacción, según los Principios y Directrices Básicos, puede referirse a diferentes tipos de medidas que deben tomar los Estados, como por ejemplo el cese de las violaciones, declaraciones oficiales de disculpa para restablecer la dignidad de las víctimas o conmemoraciones y homenajes a las víctimas[70]. En relación a las desapariciones forzadas, los Principios y Directrices Básicos establecen como medidas de satisfacción:

> "La búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad"[71].

[67] *Principios y directrices básicos…, cit.,* nota 4 *supra*, Principio IX, párr. 21.
[68] ONU Doc. A/HRC/22/45, *cit.*, nota 51 *supra*, párr. 60.
[69] CORTE IDH, *Caso Contreras y Otros v. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011, párr. 200.
[70] *Principios y directrices básicos…, cit.,* nota 4 *supra,* párr. 22.
[71] *Ibid.*, párr. 22.c)

Por lo tanto, el derecho a la verdad constituye una forma de reparación en sí misma, siendo indispensable que el Estado lleve a cabo una investigación de los hechos para esclarecer la suerte y paradero de la persona desparecida. Asimismo, el Estado debe identificar a los autores y proceder a juzgarlos y, en su caso, castigarlos, siendo la justicia una de las prioridades de las víctimas en términos de reparación[72]. Es por este motivo que una de las formas de reparación otorgadas por la Corte IDH en caso de desapariciones forzadas es la obligación de investigar, identificar y sancionar a los responsables de los hechos[73].

En caso de fallecimiento de la persona desaparecida la restitución *in integrum* no es posible, pero la entrega de los restos mortales es considerado por la Corte IDH como un acto de reparación en sí mismo porque los familiares ya no tienen la incertidumbre del paradero de la víctima y pueden dar sepultura a los restos conforme a su tradición:

> "En este sentido la Corte considera que la entrega de los restos mortales en casos de detenidos-desaparecidos es un acto de justicia y reparación en sí mismo. Es un acto de justicia saber el paradero del desaparecido, y es una forma de reparación porque permite dignificar a las víctimas, ya que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto para con sus deudos y con el fin de que éstos puedan darle una adecuada sepultura"[74].

Además, la recuperación de los restos de la persona desaparecida permite a los familiares cerrar el proceso de duelo que han estado viviendo a lo largo de los años[75]. Cuando el derecho a la vida ha sido vulnerado, la Corte IDH considera que además de la habitual indemnización pecuniaria, el Estado debe garantizar la no repetición del hecho lesivo[76]. Una forma de hacer efectiva la recuperación e identificación de los restos mortales de las personas desaparecidas es estableciendo un Plan Nacional de Búsqueda, junto con un Protocolo de exhumaciones y el establecimiento de un Banco de datos de ADN para poder comparar perfiles. En este sentido, el GTDFI, tras su visita a España en el 2013 recomendó, entre otras medidas: crear una base de datos central sobre las

[72] FULTON, S. "Redress for Enforced Disappearance. Why financial Compensation is not enough", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, 2014, p.775.
[73] La Corte consideró que "ello contribuiría a despertar la conciencia pública sobre la necesidad de evitar la repetición de hechos lesivos ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de la víctima", *Caso Trujillo Oroza v. Bolivia, cit.,* nota 62 *supra*, párr. 122.
[74] CORTE IDH, *Caso Trujillo Oroza c. Bolivia* , *cit.*, nota 62 supra, párr. 115.
[75] CORTE IDH, *Caso Osorio Rivera y familiares c. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, párr. 250.
[76] CORTE IDH, *Caso Castillo Páez c. Perú*, Reparaciones, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 122.

desapariciones; adoptar un plan nacional de búsqueda de personas desaparecidas; actualizar el mapa de fosas; y, desarrollar un Protocolo de exhumaciones de víctimas de la Guerra Civil Española y la dictadura con un enfoque multidisciplinar, que incluya antropólogos, forenses, genetistas y arqueólogos[77].

Otras medidas concretas de satisfacción en relación a las desapariciones forzadas pueden incluir también la publicación y difusión de la sentencia; la creación de unidades especializadas de investigación de denuncias de violaciones graves de derechos humanos, incluidas las desapariciones forzadas; y el acceso público a documentos y archivos del estado que contengan información de interés. En este sentido, las reparaciones en el *Caso Trujillo Oroza c. Bolivia* destacan sobre todo por las "otras formas de reparación" que la Corte establece como, por ejemplo, la obligación del Estado de tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno, ordenar la publicación la sentencia en el Diario Oficial y dar oficialmente el nombre de José Carlos Trujillo Oroza a un centro educativo de la ciudad de Santa Cruz[78].

2. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Las garantías de no repetición suelen considerarse como una forma de reparación[79] o como una forma de satisfacción en un sentido más amplio[80], si bien también pueden considerarse que son medidas específicas diferentes de la reparación[81] aunque se podría afirmar que son complementarias. En general las garantías de no repetición hacen referencia a todas aquellas medidas que debe adoptar el Estado "para

[77] *Informe del Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Misión a España*, ONU Doc. A/HRC/27/49/Add.1, de 2 de julio de 2014.
[78] La Corte consideró que "ello contribuiría a despertar la conciencia pública sobre la necesidad de evitar la repetición de hechos lesivos ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de la víctima", *Caso Trujillo Oroza v. Bolivia, cit.,* nota 62 *supra*, párr. 122.
[79] En los Principios y Directrices Básicos las garantías de no repetición constituyen una forma de reparación y están bajo el Principio IX sobre Reparación de Daños sufridos. Véase, *Principios y directrices básicos…, cit.,* nota 4 *supra.*
[80] Véase, FERNÁNDEZ SOLA, N., "El derecho a la reparación…, *op.cit.*, nota 64 *supra*, p. 418.
[81] En el Conjunto de Principios contra la Impunidad, si bien el derecho a obtener reparación y las garantías de no repetición se encuentran bajo el mismo título IV, luego constituyen dos apartados distintos (A y B). Véase, *Conjunto de principios actualizado…, cit.,* nota 1 *supra.*

que las víctimas no puedan volver a ser objeto de violaciones de sus derechos"[82] y por lo tanto, constituyen sobre todo medidas de prevención que debe adoptar el Estado.

En relación a las desapariciones forzadas, las garantías de no repetición incluyen ejercer por parte del Estado un control efectivo sobre sus fuerzas armadas y cuerpos de seguridad; garantizar la independencia del poder judicial; educar y promocionar en todos los sectores de la sociedad los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, así como también formar al cuerpo de funcionarios y fuerzas de seguridad del Estado para prevenir las desapariciones forzadas[83]. Por ejemplo, en el *Caso del Carcazo c. Venezuela*, la Corte IDH ordenó al Estado "adoptar todas las providencias necesarias (...) tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley"[84].

Además, los Principios y Directrices Básicos establecen otro tipo de medidas como, por ejemplo, garantizar que todos los procedimientos civiles y militares respeten los estándares internacionales de celebración de un juicio justo, la protección de los defensores de los derechos humanos, la adopción de códigos de conducta por parte de los funcionarios y fuerzas de seguridad públicos y la revisión de las leyes que contribuyen a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de protección de los derechos humanos y del DIH[85].

Asimismo, la Corte IDH ha considerado que la búsqueda, identificación y recuperación de los restos mortales además de responder al derecho a la verdad de los familiares constituye una garantía de no repetición

> "En orden a impulsar los procesos penales relacionados con los hechos, *proporcionar garantías de no repetición* de estos últimos, dar pasos en la lucha contra la impunidad, y avanzar

[82] *Ibid,* Principio 35.
[83] *Ibid.,* Principios 35-38.
[84] CORTE IDH, *Caso del Caracazo c. Venezuela*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de agosto de 2002, párr. 127.
[85] *Principios y directrices básicos…, cit.,* nota 4 *supra*, Principio IX, párr. 23.

> en la localización de los restos mortales del conjunto de las víctimas a las que se ha hecho referencia, es pertinente que el Estado procure tomar las medidas necesarias para reanudar y llevar a su terminación, a la brevedad posible y con aplicación de técnicas e instrumentos idóneos, el proceso de exhumación e identificación de las personas inhumadas en el Sector "La Peste" del Cementerio General del Sur, de Caracas"[86].

En consecuencia, si bien todas estas reformas institucionales son importantes y contribuyen a prevenir futuras desapariciones forzadas, la mejor forma de garantizar la no repetición de estos actos es mediante la plena realización del derecho a la verdad y a la justicia[87].

[86] CORTE IDH, *Caso del Caracazo c. Venezuela*, *cit.¸* nota 83 *supra,* párr. 126.
[87] ONU Doc. A/HRC/22/45, *cit*, nota 51 *supra,* párr. 65.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La desaparición forzada es un fenómeno global y actual

La práctica de la desaparición forzada, lamentablemente, no pertenece al pasado sino que cada día ocurre en diferentes contextos, ya sea de conflicto armado, de crisis humanitarias, regímenes autoritarios, en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional o como consecuencia del crimen organizado. En la actualidad se están cometiendo desapariciones forzadas en México, Libia, Siria o la República Popular Democrática de Corea. Además, la desaparición forzada tampoco tiene fronteras y no hay región que no haya sufrido esta práctica: en Europa se ha dado en Alemania durante la Segunda Guerra Mundial, en los Balcanes como consecuencia de la guerra en los años 90, así como en Chechenia o Chipre. En Asia también ha habido desapariciones forzadas en Nepal, Sri Lanka, Japón o Tailandia, por mencionar algunos casos. En África, el fenómeno de las desapariciones forzadas se ha dado en Marruecos, Argelia, Libia, Sudán, Uganda y Senegal, entre otros. Finalmente, la región más conocida sin duda por la práctica de las desapariciones forzadas es América Latina, en donde pocos Estados se han librado de este fenómeno, destacando Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Perú, Guatemala, Honduras, El Salvador, Uruguay y México.

Si bien las desapariciones forzadas están en la agenda internacional desde hace más de 35 años, la importancia y preocupación por este fenómeno por parte de la comunidad internacional ha quedado patente con la adopción en el 2006 de la *Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas,* en la que por primera vez se regula específicamente esta grave violación de derechos humanos en un instrumento internacional de vocación universal jurídicamente vinculante. En mi opinión, la Convención tiene la virtud de reflejar la confluencia de tres ramas del derecho internacional: el derecho internacional de los derechos humanos en relación al derecho a no ser sometido a desaparición forzada; el derecho internacional penal en relación a la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad; y el derecho internacional humanitario en relación al derecho a saber. Esta interconexión entre diferentes ramas del derecho incorporada en el texto de la

Convención Internacional de 2006 otorga una mayor protección a las personas contra las desapariciones forzadas.

En primer lugar, la incorporación del derecho a no ser sometido a desaparición forzada denota la absoluta prohibición de esta práctica que no admite derogación bajo ninguna circunstancia y que está ciertamente inspirada por la formulación de la Convención contra la tortura según la cual nadie será sometido a tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. De modo que, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, existe un nuevo derecho a no ser sometido a desaparición forzada, sin necesidad de recurrir a la múltiple violación de derechos humanos, si bien esta última concepción sigue siendo importante y aplicable en relación a los convenios de derechos humanos en los que no se prevé la desaparición forzada de forma específica.

La segunda aportación viene de la mano del derecho internacional penal con el reconocimiento de la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad en el Estatuto de Roma de la CPI de 1998 lo cual ha constituido un paso muy significativo en la cristalización de una norma de derecho internacional consuetudinario en este sentido. Siguiendo este precedente, la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad fue incluido también en el Estatuto de la Cámaras Especiales para los Crímenes Graves en Timor Oriental del 2000. Posteriormente, la Convención Internacional de 2006, incorporó por primera vez la desaparición forzada como un crimen de lesa humanidad en la parte substantiva en un instrumento de protección de derechos humanos, puesto que con anterioridad, la Declaración de 1992 y la Convención Interamericana de 1994 solamente habían hecho referencia a esta cuestión en sus respectivos preámbulos pero no en la parte dispositiva. En la actualidad, nadie discute que la desaparición forzada es un crimen de lesa humanidad, y una muestra de ello es su reciente incorporación en el Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias establecidas en Senegal en el 2012 para juzgar crímenes cometidos en el Chad.

Finalmente, el derecho a saber cuyo origen se encuentra en el derecho internacional humanitario y que básicamente se refiere al derecho que asiste a los familiares de saber dónde se encuentran las personas desaparecidas como consecuencia

de un conflicto armado, ha sido incorporado por la Convención Internacional de 2006, siendo la primera vez también que un tratado internacional reconoce este derecho. Como se verá en otra de mis conclusiones, el derecho a saber la verdad es una pieza fundamental en relación a las desapariciones forzadas porque es la herramienta principal de que disponen los familiares para conocer la suerte o paradero de la persona desaparecida y así acabar con la angustia y sufrimiento de no saber lo que ha ocurrido con sus seres queridos.

SEGUNDA

Elementos principales del concepto de desaparición forzada: privación de libertad, llevada a cabo por agentes del Estado o por personas con su autorización o aquiescencia, seguida de la negativa o el ocultamiento de la suerte o paradero de la persona desaparecida

A partir del análisis comparativo de las diferentes definiciones de desaparición forzada contenidas tanto en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos como en el derecho internacional penal, junto con la interpretación dada por las instancias internacionales a través de sus sentencias y resoluciones, se pueden extraer tres elementos principales que definen la desaparición forzada: en primer lugar, debe haber una privación de libertad, cualquiera que sea su forma, sea legal o ilegal; en segundo lugar, los autores deben ser agentes del Estado o personas bajo su autoridad o aquiescencia; y, por último, las autoridades deben negar u ocultar la suerte o paradero de las personas desaparecidas.

La consecuencia inevitable de este tipo de delitos es la sustracción de la persona a la protección de la ley porque al negar u ocultar su paradero, las autoridades están poniendo a la persona desaparecida en un limbo legal, como si no existiera, porque no consta en ningún registro oficial ni se dispone de la prueba del crimen. La ocultación o negación de la persona desaparecida es el elemento que distingue este delito de otro tipo de crímenes como por ejemplo las ejecuciones extrajudiciales, que se caracterizan por la

privación arbitraria de la vida por parte del Estado o personas bajo su autorización o aquiescencia, sin un proceso judicial con las debidas garantías.

Por otro lado, existen dos elementos que están presentes en la definición de desaparición forzada en el ámbito del derecho internacional penal pero que no están incluidas en ningún instrumento de protección de derechos humanos y que han suscitado cierta controversia. Así, en el Estatuto de Roma de la CPI, el artículo 7.1.i.) añade dos elementos a la definición de desaparición forzada: el autor también puede ser una "organización política" y además se requiere que se haya cometido "con la intención de dejarlas [a las víctimas] fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado".

Respecto a la incorporación de una organización política debe ser bienvenida porque esta definición del Estatuto incorpora a los actores no estatales. Teniendo en cuenta que se trata de un instrumento de responsabilidad internacional del individuo y no de los Estados, es comprensible que no sólo se hayan incluido agentes del Estado sino a los que actúan bajo las directrices de una organización política. Las ONGS y organizaciones de familiares han pedido de forma persistente que se incluyan los actores no estatales en los instrumentos de derechos humanos, pero al ser éstos suscritos por los Estados y generar obligaciones internacionales para los Estados, es normal que éstos hayan sido reticentes a incluir a los actores no estatales en dichos instrumentos. Tan sólo en la Convención Internacional de 2006 se hace una referencia en el artículo 3 en el que se establece que "los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el artículo 2 que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables". De este modo, si bien en la definición de desaparición forzada de la Convención Internacional de 2006 no se incluyen a los actores no estatales, los Estados Parte tienen la obligación de prevenir este tipo de práctica y procesar a los responsables.

En cuanto al elemento intencional que además exige que sea por un "periodo prolongado", éste ha sido visto desde el ámbito de protección de los derechos humanos como un elemento difícil de probar y que por lo tanto puede ser un impedimento para

juzgar a los autores de delitos de desaparición forzada. No obstante, desde el punto de vista del derecho penal, todo tipo requiere un elemento intencional, un elemento subjetivo sin el cual no se puede construir y que, en este caso, es la intención de sustraer a la persona a la protección de la ley. La sustracción de la persona a la protección de la ley es un elemento difícil de disociar de un acto de desaparición forzada y por lo tanto, en la práctica no debería ser un obstáculo. Además, cuando el Estatuto de Roma prevé que la sustracción de la ley sea por un "periodo prolongado" debe entenderse que hace referencia a cierta extensión de la privación de libertad, a hacer algo más largo y no a que sea de una extensión determinada de días, horas, semanas, meses o años. Sin duda, la falta de jurisprudencia de la Corte Penal Internacional o de otros Tribunales internacionales *ad hoc* o híbridos no han podido despejar las dudas de unos y otros pero en un futuro habrá sentencias que nos permitirán establecer con mayor precisión el alcance de dichos elementos contenidos en el Estatuto de Roma.

TERCERA

La desaparición forzada concebida como una violación múltiple y compleja de derechos humanos

La concepción de la desaparición forzada como una violación múltiple de derechos humanos tiene su origen en el primer caso emblemático de la Corte IDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, en el cual el Tribunal, al no existir ninguna convención de derechos humanos relativa a las desapariciones forzadas, se vio obligado a construir esta violación a partir de la vulneración de distintos derechos recogidos en la CADH. Si bien no existe unanimidad en cuanto a los derechos humanos afectados por esta práctica, sí que se pueden extraer algunas conclusiones a partir de la regulación jurídica internacional y del análisis de la jurisprudencia internacional, en especial del CDH, el TEDH y la Corte IDH.

De todas formas, es importante entender que la desaparición forzada no es una suma de derechos humanos vulnerados sino que es una violación compleja, que debe tratarse de forma integral, como un todo, para proteger de forma efectiva a las personas

de este tipo de actos. Así, el trato como una acción única es relevante tanto para tipificar la desaparición forzada en las legislaciones internas como para establecer la competencia *ratione temporis* de las instancias internacionales o para determinar los plazos de prescripción.

Así, existe un amplio consenso en considerar que la desaparición forzada vulnera el derecho a la libertad y seguridad personales al constituir una forma grave de detención arbitraria. Las detenciones secretas son una forma de desaparición forzada que no puede justificarse bajo ninguna circunstancia, ni por razones de seguridad frente a la amenaza del terrorismo internacional. Por esta razón, los diferentes instrumentos de protección de derechos humanos prevén una serie de medidas de prevención como la prohibición de la detención secreta así como la obligatoriedad de tener registros oficiales de las personas detenidas y de los centros de detención para evitar las desapariciones forzadas.

Asimismo, las desapariciones forzadas implican *per se* una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante tanto respecto a las personas desaparecidas como respecto a los familiares. Por una parte, existe acuerdo en la jurisprudencia en considerar que la actitud de las autoridades de negación u ocultamiento del paradero de la persona desaparecida, junto con la falta de una investigación pronta y efectiva, provocan angustia y sufrimiento a los familiares constitutivos de un trato inhumano o degradante. No obstante, en relación a la persona desaparecida, el criterio de las diferentes instancias no es uniforme. Por un lado, el CDH considera que la desaparición forzada va inseparablemente unida a tratos que violan del derecho a la integridad personal como consecuencia de la detención en régimen de incomunicación. En cambio, el TEDH sólo reconoce la violación de este derecho cuando ha sido posible probarlo más allá de toda duda razonable. Teniendo en cuenta que normalmente este tipo de pruebas están en manos del Estado, parece un criterio demasiado estricto y difícil de cumplir por las víctimas. Finalmente, la postura más amplia es la de la Corte IDH que considera que el derecho a la integridad personal se vulnera por el sólo hecho de que exista el riesgo de la víctima a ser sometida a malos tratos. En mi opinión, la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes son inherentes a las desapariciones forzadas

desde el momento en que la persona se encuentra totalmente incomunicada y sin ningún tipo de contacto con el exterior.

Por otra parte, las desapariciones forzadas conllevan necesariamente la vulneración del derecho a la vida, no tanto por el hecho de que la víctima haya sido ejecutada, puesto que generalmente los tribunales no suelen tener la certeza de la muerte de la persona desaparecida, sino como consecuencia de la falta de protección adecuada del derecho a la vida y por la falta de investigación pronta y efectiva de los hechos por parte del Estado. Es por este motivo que los tribunales han sido más proclives a establecer la violación del derecho a la vida en su vertiente procesal y no tanto en su vertiente sustancial. A menudo las instancias internacionales de protección de derechos humanos se abstienen de considerar a la persona desaparecida muerta, ya sea por falta de pruebas o porque los familiares aún no han perdido la esperanza de recuperar a sus seres queridos vivos. Ello a pesar de que, en muchas ocasiones, las instancias internacionales son conocedoras de la existencia de una práctica sistemática de desapariciones forzadas en las que frecuentemente las víctimas han sido asesinadas.

Finalmente, la desaparición forzada representa una violación paradigmática del derecho a la personalidad jurídica, al sustraer a la víctima a la protección de la ley como consecuencia de la negativa de las autoridades estatales a revelar información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida. Esta vulneración, que no ha sido reconocida por las instancias internacionales hasta hace unos pocos años, se plantea porque ciertos aspectos de la desaparición forzada no quedan protegidos por el ámbito de los derechos de la libertad, la integridad y la vida. En estas situaciones las víctimas se encuentran desprovistas de su capacidad para ejercer sus derechos fundamentales, así como de cualquier acceso a un recurso efectivo como consecuencia directa de las acciones del Estado, dando lugar a la vulneración del derecho a la personalidad jurídica.

Además se puede afirmar que hay otros derechos que pueden ser violados como el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la identidad o el derecho a un nombre, corroborando que la desaparición forzada es una violación compleja y múltiple de derechos humanos.

CUARTA

El derecho inalienable e inderogable de los familiares de conocer la suerte o paradero de las personas desaparecidas y, en caso de fallecimiento, de recuperar sus restos mortales

En virtud del artículo 24 de la Convención Internacional de 2006, los familiares tienen el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada. Para poder garantizar este derecho, los Estados están obligados a llevar a cabo una investigación pronta y efectiva sobre las desapariciones forzadas y a informar a los familiares de los avances al respecto. Además, en caso de fallecimiento, los Estados están obligados a buscar, localizar e identificar a las personas desaparecidas y a restituir los restos a los familiares para que éstos puedan poner fin a su "duelo congelado" y enterrarlos conforme a sus creencias religiosas.

El derecho a saber es, además, *imprescriptible* y de carácter *absoluto* y, por lo tanto, no admite ningún tipo de derogación puesto que dicha limitación sólo agravaría y prolongaría la angustia y sufrimiento de los familiares de la persona desaparecida. Teniendo en cuenta que la prohibición de la tortura o malos tratos no puede ser suspendida, el derecho de los familiares a saber la verdad sobre la suerte o paradero de la persona desaparecida tampoco puede ser objeto de limitación bajo ninguna circunstancia. A pesar de que la obligación de los Estados de investigar es de medios y no de resultado, los Estados deben llevar a cabo una investigación efectiva con el objetivo de identificar y castigar a los responsables de las desapariciones forzadas para que responda a la *justa expectativa* que tienen los familiares de esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida.

A su vez, las comisiones de la verdad contribuyen notablemente a satisfacer el derecho a la verdad de los familiares en la medida en que permiten esclarecer las circunstancias de las desapariciones forzadas, pueden ayudar a localizar e identificar a las víctimas mediante mapas de fosas y pueden aportar pruebas a los tribunales penales internos para que éstos abran las investigaciones pertinentes. Además, las comisiones de

la verdad favorecen la dignificación de las víctimas a través del reconocimiento público de los hechos reforzando la memoria colectiva.

Asimismo, los Estados están obligados a tomar todas las medidas adecuadas para llevar a cabo la búsqueda, recuperación, identificación y restitución de los restos, mediante la localización y exhumación de las fosas comunes y demás lugares en donde se encuentren las personas desaparecidas. La utilización de la medicina forense a través del análisis de ADN constituye una herramienta fundamental que permite identificar a las personas desaparecidas, no sólo a las que se encuentran en las fosas comunes sino también para identificar y restituir a sus familias biológicas a los menores que fueron sustraídos o nacidos en cautiverio durante el régimen anterior. Para ello, también es importante que los Estados creen bancos de datos para poder comparar los perfiles y que estos bancos sean accesibles a todo el mundo.

QUINTA

La jurisdicción penal internacional: una alternativa respecto a la obligación de los Estados de extraditar o juzgar a los autores de delitos de desaparición forzada como forma de combatir la impunidad

En situaciones de transición, los Estados están obligados a juzgar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario ocurridas en el pasado para prevenir futuras violaciones y combatir la impunidad. Sin embargo, en determinadas situaciones, los juicios deben esperar a ser realizados en el momento adecuado, en aras a la reconciliación y fortalecimiento de las instituciones. También puede ocurrir que sea imposible juzgar a todos los responsables cuando las violaciones se han cometido de forma sistemática o generalizada, siendo recomendable en estos casos juzgar aquellos casos más graves para establecer un castigo ejemplar y prevenir futuras violaciones.

Existen varios obstáculos al acceso al derecho a la justicia, en especial la adopción de medidas de amnistía que impiden la investigación y procesamiento de los autores de desapariciones forzadas. Desde el derecho internacional existe la tendencia a considerar que las amnistías de este tipo no son admisibles cuando se refieren a crímenes de derecho internacional, como es el caso de las desapariciones forzadas, aunque no existe una prohibición expresa de este tipo de medidas por considerar que, sobre todo después de un conflicto armado interno, pueden resultar en beneficio de una reconciliación o transición pacífica.

En este sentido, es fundamental que los Estados incorporen el delito de desaparición forzada como delito autónomo dentro de sus ordenamientos jurídicos internos y que establezcan su jurisdicción sobre estos delitos para evitar la impunidad. No es suficiente con un tipo agravado del delito de privación de libertad o de secuestro porque no cubre todos los elementos y aspectos del delito de desaparición forzada, siendo el bien protegido la personalidad jurídica de la persona. En el momento de tipificar el delito de desaparición forzada también es importante tener en cuenta que se trata de una violación continuada o permanente que no cesa hasta esclarecer la suerte o paradero de la persona desaparecida, es decir, hasta que se encuentre y se identifique a la persona o a los restos en caso de muerte. Si bien como crimen de lesa humanidad la desaparición forzada no prescribe, en los supuestos en que no forma parte de una práctica sistemática o generalizada en caso de prescribir los plazos de prescripción deben ser proporcionales a la gravedad del delito.

Todas estas medidas contribuyen a la prevención de las desapariciones forzadas y permiten juzgar a los responsables por parte de los Estados. No obstante, en los procesos de justicia transicional, el Estado no siempre está en disposición de juzgar a los autores de desapariciones forzadas, bien por falta de voluntad al estar las autoridades estatales vinculadas con la comisión de estos crímenes, bien por la falta de capacidad del aparato judicial de llevar a cabo este tipo de juicios. Es ahí cuando puede entrar en juego la jurisdicción universal y la jurisdicción penal internacional.

La Convención Internacional de 2006 establece el principio *aut dedere au iudicare* respecto a las desapariciones forzadas y, por lo tanto, los Estados Parte están

obligados a juzgar o extraditar a los autores de estos crímenes y, en caso de que se encuentre en su territorio un presunto responsable de este delito pueden ejercer la jurisdicción universal. Por lo tanto, un tercer Estado puede contribuir a hacer efectivo el derecho a la justicia cuando el Estado en transición no puede o no quiere hacerlo por él mismo. Esta opción presenta dos dificultades: por un lado, ejercer la jurisdicción universal genera tensiones en las relaciones diplomáticas entre ambos países y presiones para que estas investigaciones y juicios no sigan adelante, como ha ocurrido en España con los juicios abiertos en relación a los crímenes cometidos en el Tíbet o en el Sahara Occidental. Por otro lado, si un Estado que está en proceso de transición ha decidido adoptar una ley de amnistía que impide el enjuiciamiento de los responsables de las atrocidades cometidas en el pasado para facilitar la reconciliación, cabe preguntarse si un tercer Estado, aunque legalmente pueda ejercer la jurisdicción universal y no esté vinculado por las leyes de amnistía de ese Estado, debe ejercer igualmente su jurisdicción o por el contrario debe abstenerse de interferir en el proceso de justicia transicional de dicho Estado.

En este sentido, la jurisdicción penal internacional puede ser una buena alternativa para enjuiciar a los responsables de las desapariciones forzadas cuando el Estado en donde se han cometido estos crímenes no puede o no quiere hacerlo, sin necesidad de esperar a que un tercer Estado decida ejercer su jurisdicción universal (puesto que para ello debería, tal y como se ha apuntado antes, tener tipificado el delito en su legislación interna y establecida su jurisdicción sobre este tipo de delitos). Así, la Convención Internacional de 2006 en su artículo 11 contiene una innovación interesante y es que establece la obligación de juzgar o extraditar a otro Estado un presunto responsable del delito de desaparición forzada que se halle en su territorio y, en su caso, la "transferencia a una instancia penal internacional" dejando abierta una "tercera alternativa", expresión empleada por la CDI. De este modo, si el Estado no quiere juzgar, tiene la opción de extraditar a la persona o remitirla a un tribunal penal internacional. Aunque seguramente en el momento de adopción del texto se pensaba principalmente en la CPI, en la actualidad hay varios tribunales penales internacionales de carácter híbrido que pueden ejercer un importante papel en la lucha contra la impunidad como es el caso de las Cámaras Especiales para los Crímenes Graves en

Timor Oriental del 2000 y las Salas Africanas Extraordinarias establecidas en Senegal en el 2012 que contemplan en sus respectivos estatutos la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad.

SEXTA

El derecho a una reparación de las víctimas de desaparición forzada no sólo debe contener una indemnización sino que también debe incluir la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y garantías de no repetición

El derecho de las víctimas a obtener una reparación por violaciones de derechos humanos constituye en la actualidad un elemento esencial para luchar contra la impunidad y confirma el cambio de tendencia de la justicia transicional retributiva hacia una justicia transicional restaurativa. La progresiva *humanización* del Derecho Internacional, utilizando la expresión del Juez Theodor Meron, queda reflejada no solamente en la adopción de múltiples tratados internacionales de protección de derechos humanos y de creación de nuevos tribunales penales internacionales, sino que también tiene que ver con el cambio de perspectiva no tan centrada en la relación entre el Estado y los perpetradores sino en las víctimas.

Este cambio de paradigma tiene su fundamento en la protección de la dignidad humana y el derecho a la reparación y, en cierta medida, tiene por finalidad restaurar la dignidad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos como son las desapariciones forzadas. Es por esta razón que la Convención Internacional de 2006 prevé en su extenso artículo 24 una serie de medidas destinadas hacer efectivo el derecho a obtener una reparación. Para ello utiliza un concepto amplio de víctima en el cual se incluye cualquier persona que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. Previamente a las formas de reparación, el artículo 24 contiene dos párrafos fundamentales para la reparación que son el derecho de los familiares a saber la suerte o paradero de la persona desaparecida que conlleva la obligación del Estado de investigar, juzgar y castigar a los autores; y, en caso de

fallecimiento, la obligación de los Estados de buscar, respetar y restituir los restos mortales a sus familias. En consecuencia tanto el derecho a la verdad como el derecho a la justicia constituyen una forma de reparación en sí mismos.

Además, el artículo 24 de la Convención Internacional de 2006 va más allá de la indemnización como forma de reparación y prevé otras medidas que en el caso de desapariciones forzadas cobran especial importancia como son la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición. La Corte IDH ha sido muy creativa y pionera en acordar medidas de reparación en este sentido, en comparación con el TEDH, si bien luego la práctica dificulta el cumplimiento de la sentencia por parte de los Estados. Suele ser más fácil para éstos pagar una indemnización que establecer un día al año para conmemorar las personas desaparecidas, hacer un reconocimiento oficial de las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado o pedir perdón públicamente a las víctimas. A su vez, la incorporación del derecho a una reparación tanto en el Estatuto para la CPI como en el Estatuto de las Salas Africanas Extraordinarias de Senegal reafirma la importancia del derecho a la reparación de las víctimas en la justicia.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFÍAS, ESTUDIOS Y OBRAS COLECTIVAS

ALAM, M., *Women and Transitional Justice. Progress and Persistent Challenges in Retributive and Restorative Processes*, Palgrave Macmillan, Londres, 2014.

ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Publicacions UB, Barcelona, 2011.

AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Desapariciones forzadas y homicidios políticos. La crisis de los derechos humanos en los noventa. Manual para la acción,* EDAI, Madrid, 1994.

BASSIOUNI, M. CH., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer, La Haya, 1999.

BASSIOUNI, M. CH., *Crimes Against Humanity. Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge University Press, Nueva York, 2011.

BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, Martinus Nijoff Publishers, vol. II, 3ª ed., 2008.

BASSIOUNI, M. CH., *Post-conflict Justice*, Transational Publishers Inc., Nueva York, 2002.

BONET PÉREZ, J y ALIJA FERNÁNDEZ, R.A., *Impunidad, Derechos Humanos y Justicia Transicional*, *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos* 53, 2009.

BOSSUYT, M. J., *Guide to the "Travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights,* Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1987.

BUERGENTHAL, T., *Human Rights in the Americas: Cases and Materials*, 4a edición revisada, N.P.Engel Publisher, Strasbourg, 1995.

CARLSON, S. N. y GISVOLD, G., *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights,* Transnational Publishers, Nueva York, 2003.

CASADO, M. y LÓPEZ ORTEGA, J. J. (coord.), *Desaparición forzada de niños en Europa y Latinoamérica: del Convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Publicacions UB, Barcelona, 2015.

CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2003.

CASSESSE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ªed., 2013.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., *Derecho internacional y transiciones a la democracia y a la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, Ed. Partheon, Madrid, 2007.

CIRUZZI, M. S., *El delito de desaparición forzada de personas,* Fabián J. Plácido Ed., Buenos Aires, 2005.

COMMISSION INDÉPENDANTE SUR LES QUESTIONS HUMANITAIRES INTERNATIONALES, *Disparus: rapport à la Commission Indépendante sur les questions humanitaires internationales*, Berger-Levraut, Nancy, 1986.

DA SILVA CATELA, L., *No habrá flores en la tumba del pasado: la experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos.* Ediciones Al Margen, La Plata, Argentina, 2001.

DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruyland, 3ªed., 2002.

DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., BOSSUYT, M. y LEMMENS, P. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2005.

DE GREIFF, P. y DUTHIE, R., *Transitional justice and development: making connections*, ICTJ / Social Science Research Council, Nueva York, 2009.

EIDE, A *et al* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Scandinavian University Press, Noruega, 1992.

FORCADA BARONA, I. *Derecho Internacional y Justicia Transicional. Cuando el Derecho se convierte en religión*, Civitas, Thomson Reuters, 2011.

FREEMAN, M., *Truth Commissions and Procedural Fairness*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006.

GÓMEZ ISA, F. (dir.), *Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Alberdania, Zarauz, 2006.

GUEST, I., *Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War Against Human Rights and the United Nations*¸University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1990.

HAYNER, P., *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, Routledge, Nueva York, 2011.

HAYNER, P.B., *Verdades silenciadas. La justicia transicional y el reto de las Comisiones de la Verdad*, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, Ed. Bellaterra, 2014.

HENCKAERTS, J-M. y DOSWALD-BECK, L, *El derecho internacional humanitario consuetudinario,* Vol. I: Normas, CICR, Ginebra, 2007.

HENKIN, L. (ed.), *The International Bill of Human Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981.

HERRERA, M. y TENEMBAUM, E., *Identidad, despojo y restitución,* Abuelas de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2007.

HUERTAS DÍAZ, O. *et al.*, *La dimensión internacional de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación para las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Aproximación para su comprensión,* Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2008.

HUGHES, SCHABAS y THAKUR (eds.), *Atrocities and International Accountability: Beyond Transitional Justice*, United Nations University Press, 2007.

IBÁÑEZ GUZMÁN, A. J., *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

JEFFERY, R., *Amnesties, Accountability and Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2014.

JENKINS, C. y DU PLESSIS, M. (eds.), *Law, Nation-Building and Transformation: The Sout African experience perspective*, Intersentia, Cambridge / Antwerp / Portland, 2014.

JOSEPH, S., SCHULTZ, J. y CASTAN, N., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary,* Oxford University Press, Nueva York, 2004.

KRITZ, N.J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes,* United States Institute of Peace Process, Washington D.C., 1995

LABAN HINTON, A., *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, Rugters University Press, New Brunswick, 2010.

Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes: Colloque de Paris Janvier-Février 1981, Ed. Berger-Levrault, París, 1982.

LORENZETTI, R. L. y KRAUT, A. J., *Derechos humanos: justicia y reparación. La experiencia de los juicios en la Argentina. Crímenes de lesa humanidad*¸ Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2011.

MALLINDER, L., *Amnesty, Human Rights and Political Transitions. Bridging the Peace and Justice Divide*, Studies of International Law, Hart Publishing, Portland, 2008.

MAY, L. y EDENBERG, E., *Just Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013.

MEDINA QUIROGA, C., *La Convención americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Universidad de Chile, Ed. Mundo Gráfico, Costa Rica, 2005.

MERON, T., *The Humanization of International Law*, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 2006.

MINISTÈRE DE LA DÉFENSE - DIRECTION DE LA MÉMOIRE, DU PATRIMOINE ET DES ARCHIVES, *Décrets NN. Déportés condamnés à disparaître dans la nuit et le brouillard*, Collection "Mémoire et Citoyenneté", núm. 36, 2006.

NIFOSI, I., *The UN Special Procedures in the Field of Human Rights*, Intersentia, Oxford, 2005.

NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR* Commentary, N.P. Engel Publisher, Khel (Germany), Arlington, Va., USA, 1993.

ORÉ, G. y GÓMEZ ISA, F. (eds.), *Rethinking Transitions: Equiality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*¸ Intersentia, Cambridge / Antwerp / Portland, 2011.

OT, L., *Enforced Disappearance in International Law*, Intersentia, 2011.

PACHECO, G. y ACEVEDO, L. (eds.). *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, IIDH e Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 3a reimpresión, Costa Rica, 2007.

PÉREZ GONZÁLEZ, C. y ESCUDERO ALDAY, R. (Eds.), *Desapariciones forzadas, represión política y crímenes del franquismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

PÉREZ SOLLA, M. F., *Enforced disappearances in International Human Rights*, Mcfarland&company, North Carolina, 2006.

PILLOUD, C., DE PREUX, J. y SANDOZ, Y., *Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Martinus Nijhoff Publishers, CICR, 1986.

PINTO, M., *L'Amérique Latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme*, Editions Pedone, 2007.

REYDAMS, L., *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, New York, 2003.

RODLEY, N. y POLLARD, M., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, 3ª ed., 2009.

RODLEY, N., *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford University Press, 1999.

RODLEY, N., *The treatment of prisoners under international law*, Oxford University Press, Nueva York, 2ª ed., 2002.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE, J. L (coord.) *Derecho internacional Humanitario*, Cruz Roja Española, Tirant lo Blanc monografías, Valencia, 2007.

ROHT-ARRIAZA, N., *Impunity and human rights in international law and practice,* Cambridge University Press, 1995.

ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZCURRENA, J., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, 2006.

ROUGET, D., *Le guide de la protection internationale des droits de l'homme*, Editions La Pensée sauvage, Dijon-Quetigny, 2000.

SÁNCHEZ LEGIDO, Á., *Jurisdicción universal penal y derecho internacional,* Tirant lo Blanch monografías, Valencia, 2004.

SARKIN, J., *Carrots and Sticks: the South African Amnesty Process*, Intersentia, 2004.

SASSÒLI, M. y BOUVIER, A. A., *Un droit dans la guerre ?*, Vol.1 y Vol 2, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2003.

SCHABAS, W.A., *An Introduction to the International Criminal Court,* Cambridge University Press, 4ª Ed., Nueva York, 2011.

SCOVAZZI, T. y CITRONI, G., *The struggle against Enforced Disappearances and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

SIKKINK, K, *Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, W.W. Norton & Company inc., Nueva York, 2011.

TORRES PÉREZ, M. *La responsabilidad internacional del individuo por la comisión de crímenes de lesa humanidad*, Tirant lo Blanch Monografías, Valencia, 2008.

TRIFFTERER, O. (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Munich, 2a ed., 2008.

VERBITSKY, H., *El vuelo*, Editorial La página, 1ª edición, Buenos Aires, 2006.

LOT VERMEULEN, M., *Enforced disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*¸ Intersentia, 2012.

ARTÍCULOS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

ABDEL-MONEM, T., "Chechens win First Claims in the European Court of Human Rights in Khashiyev and Akayeva v. Russia", *Cornell International Law Review*, Vol. 39, 2006, pp. 171-180.

ABELLÁN HONRUBIA, V., "Aspectos jurídico-internacionales de la desaparición forzada de personas como práctica política del Estado", *Estudios Jurídicos en honor al Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pp. 7-23.

ADERSON, K., "How effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances likely to be in holding individuals criminally responislbe for acts of enforced disappearances?", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7, 2006, núm. 2, pp. 245-277.

AGUILAR, P., "Transitional or Post-Transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case", *South European Society and Politics*, Vol. 13, 2008, núm.4, pp. 417-433.

AMBOS, K. y BÖHM, M. L., "El tipo penal de la desaparición forzada de personas: análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009.

ANDREU-GUZMÁN, F., "Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies", *Revue Internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 84, 2002, núm. 848, pp. 803-818.

ANDREU-GUZMÁN, F., "Progress towards a United Nations Treaty against Enforced Disappearances", *ICJ Yearbook*, 2004, pp. 325-337.

ANDREU-GUZMAN, F., "The draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance", *International Commission of Jurists Review*, 2001, núm. 62-63, pp. 73-106.

AUKERMAN, M. J., "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*¸ Vol.15, 2002, pp. 39-97.

BAIGÚN, D., "La desaparición forzada de personas: su ubicación en el ámbito penal", en DE INICIATIVA, G., *La desaparición: crimen de lesa humanidad*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, 1987, pp. 67-75.

BASSIOUNI, M.CH., "Accountability for Violations of International Humanitarian Law and others Serious Violations of Human Rights", en BASSIOUNI, M.CH., *Post-conflict Justice*, Ardsley-on-Hudson Transnational Publishers, Nueva York, 2002, pp.3-54.

BENZAMIRA-HAZAN, J., "En marge de l'arrêt *Timurtas contre la Turquie*: vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2001, pp. 983-997.

BENZAMIRA-HAZAN, J., « Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité: la méthodologie de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme,* 2001, pp. 765-796.

BERMAN, M. R. y CLARCK, R. S., "State Terrorism: Disappearances", *Rutgers Law Journal,* Vol. 13, núm. 3, 1982, pp. 531-577.

BISSET, A., *Transitional Justice in Nepal: The Commission on Investigation of Disappeared Persons, Truth and Reconciliation Act 2014 (Bengham Centre Working Paper 2014/07)*, Bingham Centre for the Rule of Law, BIICL, Londres, septiembre de 2014.

BOED, R., "The effect of a Domestic Amnesty on the Ability of Foreign States to Prosecute Alleged Perpetrators of Serious Human Rights Violations", *Cornell International Law Journal*, Vol. 33, 2000, pp. 297-329.

BOGDAN, M., "Article 6", en EIDE, A *et al* (eds.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, 1992, pp. 111-113.

BRODY, R. y GONZALEZ, F., "Nunca más: an analysis of international instruments on "disappearances"", *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, 1997, núm. 2, pp. 365-405.

BRODY, R., "Commentary on the draft UN Declaration on the protection of all persons from enforced disappearances", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 8, 1990, pp. 381-394.

BRYSK, A., "The Politics of Measurement: The Contested Count of the Disappeared in Argentina", *Human Rights Quarterly*, Vol.16, 1994, núm. 4.

BUERGENTHAL, T., "The United Nations Truth Commission for El Salvador", en KRITZ, N.J., *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes,* United States Institute of Peace Process, Washington D.C., 1995, pp.292-395.

BUSTOS RAMIREZ, Juan José, "Le délit de disparition forcée crime contre l'humanité et mesures préventives internationales", en *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes: Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Collection « mondes en devenir », Série « points chauds », Paris, 1982.

BUYSE, A., "A Lifeline in Time: Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75, 2006, pp. 63-88.

CALLEJÓN, C., « Une immense lacune du droit international comblée avec le nouvel instrument des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 66, 2006.

CALVET MARTÍNEZ, E., "La desaparición forzada de menores en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en CASADO, M. y LÓPEZ

ORTEGA, J. J. (coord.), *Desaparición forzada de niños en Europa y Latinoamérica: del Convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN*, Publicacions UB, Bareclona, 2015, pp. 229-247.

CAPELLÀ ROIG, M., "Las "desapariciones forzadas" en España durante la Guerra Civil: crímenes y violaciones del Derecho Internacional sin castigo ni reparación", *Conflictos y protección de derechos humanos en el orden internacional,* Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. VI, 2006, pp. 265-301.

CARNEIRO LEÃO, A.M., "La Comisión de la Verdad en la trayectoria de la justicia transicional en Brasil", *Revista Derecho del Estado*, núm. 30l enero-junio 2013, pp. 55 -92.

CITRONI, G., "Desaparición forzada de personas: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. 19, 2003, pp. 373-407.

CITRONI, G., "The Pitfalls of Regulating the Legal Status of Disappeared Persons Through Declaration of Death", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp.787-803.

CITRONI, G., "When is enough? Enforced Disappearance and the "Temporal Element"", *Droits fondamentaux*, núm 9, enero 2011-diciembre 2012, pp.1-28.

COCONI ARAU, L., "Convergencias entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana: la cuestión de las desapariciones forzadas. El caso Varnava contra Turquía", en SAURA ESTAPÀ, J., *Reconocimiento y protección de derechos emergentes en el sistema europeo de derechos humanos*, Institut Català de Drets Humans, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp.351-381.

CORREA, C., "Verdad, justicia y reparación: los grupos vulnerables y la justicia transicional", en DORADO BORRAS, J., *Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables"*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 129-135.

CRETTOL, M. y LA ROSA, A.-M., « The missing and transitional justice: the right to know and the right against impunity", *Revue International de la Croix Rouge*, Vol. 88, 2006, núm. 862.

DALLARI, D. A., « Le crime des disparitions », en *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes*, *Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Paris, 1982.

DE FROUVILLE, O., "La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire", *Droits fondamentaux*, enero-diciembre 2006, núm. 6.

DE GREIFF, P., "Articulating the Links Between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration", en DE GREIFF, P. y DUTHIE, R., *Transitional justice and development: making connections*, ICTJ / Social Science Research Council, Nueva York, 2009, pp. 28-75.

DECAUX, E., « La Chambre des Droits de l'Homme pour Bosnie-Herzégovine », *Revu Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2000, núm.44, pp. 709-728.

DECAUX, E., « La problématique des disparitions forcées à la lumière des articles 2 et 3 CEDH », en DE CHASSIN, C., *La portée de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 2006, pp. 157-178.

DINSTEIN, Y., "The Right to Life, Physical Integrity, and Liberty", en HENKIN, L. (ed.) *The International Bill of Human Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981, pp. 1154-137.

DÖRMANN, K., "Preparatory Commission for the International Criminal Court: the elements of war crimes", *International Review of the Red Cross*, núm. 839, pp. 771-795.

DROEGE, C., "In truth the leitmotiv: the prohibition of torture and other forms of ill-treatment in International humanitarian law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, 2007, núm. 867, pp. 515-541.

ĐUKIC, D., "Transitional justice and the International Criminal Court – in ''the interests of justice''?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, 2007, núm. 867, pp. 691-718.

EGELAND, J., "Political "disappearances" – a challenge for humanitarian law", *Nordisk Tidsskrift for International¸* 1982, pp. 189-202.

FERNÁNDEZ PONS, J. "El principio de la legalidad penal y la incriminación internacional del individuo", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 5, 2002, pp.1-18.

FERNÁNDEZ SOLA, N., "El derecho a la reparación de las víctimas de desaparición forzada: hacia la justicia a través del derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX, 2008, núm. 2, pp.397-425.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., "Proliferación de tribunales y justicia internacionales" en ANITUA, G.I., IGLESIS SKULJ, A., RAMOS VÁZQUEZ, J.A. y ZAPICO BARBIETO, M. /eds.), *Derecho penal internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro*, Buenos Aires, Fabián J. di Palacio, 2012. pp. 181-211.

FINUCANE, B., "Enforced Disappearance as a Crime under International Law: a Neglected Origin in the Laws of War", *Yale Journal of International Law*, Vol. 35, 2010, pp. 171-197.

FULTON, S. "Redress for Enforced Disappearance. Why financial Compensation is not enough", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 769-786.

GANDMAN, A. E., "Retributive Justice, Public Intimacies and the Micropolitics of the Restitution of Kidnapped Children of the Disappeared in Argentina", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 6, 2012, pp. 423-443.

GARIBIAN, S., "Ghosts also die. Resisting Disappearance through the 'Right to the Truth' and the *Juicios por la Verdad* in Argentina", *Journal of International Criminal Justice*, núm. 12, 2014, pp.515-538.

GIBSON, J.L., "Truth, Justice, and Reconciliation: Judging the Fairness of Amnesty in South Africa", *American Journal of Political Science*, Vol.46, núm.3, 2002, pp.540-556.

GIL GIL, A., "Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho Penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS, K., *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional,* Konrad-Adenauer-Stiftung, Uruguay, 2011, pp.311-344.

GIORGOU, I., "State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, núm. 5, pp. 1001-1021.

GÓMEZ ISA, F., "El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de derechos humanos", en GÓMEZ ISA, F. (dir.), *Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Alberdania, Zarauz, 2006, pp.23-65.

GUILLÉN, A. L. Z. y RIOS, L., "Lo que el genocidio nos dejó: consecuencias jurídicas y psicosociales en la recuperación de la niñez robada en Argentina", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Núm. Especial: América Latina, 2011, pp. .343-356.

HALL, C. K., "Article 7", en TRIFFTERER, O. (Ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck, Munich, 2a ed., 2008, pp. 159-275).

HARROFF-TAVEL, M., "La acción del Comité internacional de la Cruz Roja ante las situaciones de violencia interna", *Revista internacional de la Cruz Roja*, 1993, núm.117, pp. 199-225.

HENDERSON H., "La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina", *Revista IIDH*, Vol. 43, 2006, pp. 281-298.

HERI, C., "Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights' *ratione temporis* jurisdiction. A discussion of Temporal Elements in *Janowiec and Others v. Russia*", *Journal of International Criminal Justice*, 2014,pp. 1-18.

HOFFMEISTER, F., "Cyprus v. Turkey. App. No. 25781/94"**,** *The American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, núm. 2, pp. 445-452.

HOROVITZ, S., "Transitional criminal justice in Sierra Leone", en ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZCURRENA, J., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, 2006, pp.43-69.

JENKINS, C., "Transitional Justice: Lessons from South Africa?", en JENKINS, C. Y DU PLESSIS, M. (eds.), *Law, Nation-Building and Transformation: The Sout African experience perspective*, Intersentia, Cambridge / Antwerp / Portland, 2014, pp. 1-40.

KAUFMAN, E. y WEISS, P., "Extrajudicial Executions: An Insight into the Global Dimensions of a Human Rights Violation", *Human Rights Quarterly*, Vol. 3, 1981, núm. 4, pp. 81-100.

KRAMER, D., "The 1980 UN Commission on Human Rights and the disappeared", *Human Rights Quarterly,* Vol.3, 1981, núm.1, pp. 18-33.

LAFONTAINE, F., "No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The *Sandoval* Case before the Supreme Court of Chile", *Journal of International Criminal Justice,* Vol. 3, 2005, núm. 2, pp. 469-484.

LAVADO LUCH, D., "La desaparición forzada de personas: un silencio que sigue retumbando en la sociedad argentina", *Foro Latinoamericano*, Tomo I, Vol. I, San José, Costa Rica, 1995, pp. 7- 22.

LEWIS, E. T. M., "To what extent does the proposed draft International Convention for the protection of all persons from enforced disappearance guard against impunity for those responsible for enforced disappearances?, *Merkourios Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 22, 2005, núm 62, pp. 38-47.

LIPPMAN, M., "Government sponsored summary and arbitrary executions", *Florida International Law Journal*, Vol. 4, 1989, núm. 3, pp. 401-433.

LÓPEZ DÍAZ, C., "Colombia", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, pp. 77-106.

LOUCAIDES, L.G., "The Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Cyprus v. Turkey", *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 225-236.

LUTZ, E., "Transitional Justice: lessons learned and the road ahead", en ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZCURRENA, J., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, 2006.

MALAMAUD-GOTI, J.E., y GROSMAN, L.S., "Reparations and Civil litigation: compensation for human rights violations in transitional democracies", en DE GREIFF, P., *Handbook of Reparations*, Oxford University Press, 2006, pp. 539-559.

MALIN, A. "Mothers Who Don't Disappear", *Human Rights Quarterly,* Vol. 16, 1994, núm.1, pp. 187-213.

MALLINDER, L., MOFFETT, L., MCEVOY, K. Y ANTHONY, G., *Investigations, Prosecutions, and Amnesties under Articles 2 & 3 of the European Convention on Human Rights*, marzo 2015.

MANI, R., "Editorial Dilemmas of Expanding Transitional Justice, or Forging the Nexus between Transitional Justice and Development", *International Journal of Transitional Justice*, Vol. 2, 2008, pp. 253–265.

MANI, R., "Reparation as a Component of Transitional Justice: Pursuing "Restorative Justice" in the Aftermath of Violent Conflict", en DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., BOSSUYT, M. y LEMMENS, P. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersetia, Antwerpen-Oxford, 2005.

MAOGOTO, J. N., "Now you see, now you don't. The Duty of the State to Punish "Disappearances" and extra-judicial executions", *Australian International Law Journal*, 2002, pp. 1-85.

MARFANY, G. , "El ADN como trazador del parentesco genético. Su uso en la búsqueda e identificación de desaparecidos", en CASADO, M. y LÓPEZ ORTEGA, J.J. (Coord.), "Desaparición forzada de niños en Europa y Latinoamérica: del Convenio de la ONU a las búsquedas a través del ADN", Observatori de Bioètica i Dret, Universidad de Barcelona, 2015, pp.15-28.

McCRORY, S., "The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearances", *Human Rights Law Review*, Vol. 7, 2007, núm. 3, pp. 545-566.

McGREGOR, L., "Transitional Justice and Prevention of Torture"*, International Journal of Transitional Justice*, Vol. 7, 2013, pp. 29 -51.

MEINI, I., "Perú", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, pp.107-134.

MÉNDEZ, J. "Accountability for past abuses", *Human Rights Quarterly,* Vol. 19, 1997, pp. 255-282.

MERON, T., "Towards a humanitarian declaration on internal strife", *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, núm. 4, pp. 859-868.

MODOLELL GONZÁLEZ, J. L., "El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en AMBOS, K., *Desaparición forzada de personas: análisis comparado e internacional*, Ed. Temis, Bogotá, 2009, pp. 181-194.

MOLINA THEISSEN, A. L., "La desaparición forzada de personas en América Latina", *Ko'aga Roñe'eta se.vii*, 1998, http://www.derechos.org/vii/molina.html.

Munczek, D., "La desaparición forzada de personas como estrategia política del terror", *Atención integral a víctimas de tortura en proceso de litigio*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, 2007, pp.137-179.

NADYA SADAT, L., "The effect of amnesties" en HUGHES, SCHABAS y THAKUR (Eds.), *Atrocities and International Accountability: Beyond Transitional Justice*, United Nations University Press, 2007, 225-245.

NAQVI, Y., "The right to the truth in international law: fact or fiction?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, 2006, núm. 862, pp. 245-273.

NOVOA, E., "Analyse juridique de la disparition de personnes", en *Le refus de l'oubli: la politique de disparition forcée de personnes*. *Colloque de Paris Janvier-Février 1981*, Ed. Berger-Levrault, Paris, 1982.

NOWAK, M., "Disappearances in Bosnia-Herzegovina", *Post-war protection of human rights in Bosnia and Herzegovina*, ed. Michael O'Flaherty and Gregory Gisvold, 1998, pp. 107-121.

NOWAK, M., "Reparation by the Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina" en DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., BOSSUYT, M. y LEMMENS, P. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersetia, Antwerpen-Oxford, 2005.

NOWAK, M., « Monitoring Disappearances –The Difficult Path from Claryfying Past Cases to Effectively Preventing Future Ones », *European Human Rights Law Review*, Vol. 1, 1996, pp. 349-361.

OLSEN, T. D., PAYNE, L. A. y REITER, A. G., "The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy"*, Human Rights Quarterly*, Vol. 32, 2010, pp. 980-1007.

ORENTLICHER, D., "Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime", *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, núm. 8, pp. 2537-2615.

ORENTLICHER, D.F., "Settling Accounts' Revisited: Reconciling Global Norms with local Agency", *The International Journal of Transitional Justice*, Vol. 1, 2007, pp.10-22.

PARAYRE, S., "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 Derechos Humanos", *Revista IIDH,* Vol. 29, pp. 25-67.

PENSKY, M. "*Just Post Bellum* and amnesties", en MAY, L. y EDENBERG, E., *Just Post Bellum and Transitional Justice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2013, pp. 152-177.

PÉREZ GONZÁLEZ, C., "Derecho a la verdad y desapariciones forzadas durante la Guerra civil y el Franquismo: una perspectiva desde el derecho internacional", en PÉREZ GONZÁLEZ, C. y ESCUDERO ALDAY, R. (Eds.), *Desapariciones*

forzadas, represión política y crímenes del franquismo, Ed. Trotta, Madrid, 2013, pp. 55-76.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P., "Las desapariciones forzadas de personas en el derecho internacional contemporáneo", *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. XXIII, 2007, pp. 355-387.

PINTO, M., "Encuadramiento jurídico internacional de la desaparición forzada de personas", en *La desaparición. Crimen de lesa humanidad*, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos, Buenos Aires, octubre de 1987.

PION-BERLIN, D., "To Prosecute or to Pardon? Human Rights Decision in the Latin American Southern Cone", *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, 1994, núm.1, pp. 105-130.

POLLIS, A., "The Missing of Cyprus - a Distinctive Case", *Journal of Modern Greek Studies*, Vol. 9, 1991, núm. 1.

POTTER, M. y ABERNETHY, H., "What About the Women? Transitional Justice and Gender in Bosnia and Herzegovina and Northern Ireland", en SIMIĆ, O. y VOLČIČ, Z. (eds.), *Transitional Justice and Civil Society in the Balkans*, Springer, Nueva York, 2013, pp. 163-180.

PUEYO LOSA, J., "Derechos humanos, crímenes de guerra y globalización de la justicia", *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 83, Madrid, Enero-Junio 2004, pp. 11-58.

RATNER, S. R., "Judging the Past: State Practice and the Law of Accountability", *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, núm. 2, pp. 412-420.

ROBBEN, A., C.G.M., "Testimonies, Truths and Transitions of Justice in Argentina and Chile, en LABAN HINTON, A., *Transitional Justice: Global Mechanisms and*

Local Realities after Genocide and Mass Violence, Rugters University Press, 2010, pp.179-205.

ROBINSON, D. "Defining "Crimes Against Humanity" at the Rome Conference", *American Journal of International Law*, Vol. 93, 1999, núm. 1, pp. 43-57.

ROBINSON, D., "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, Vol. 14, 2003, núm. 3, pp. 481-505.

ROBLES CARRILLO, M., "El principio de jurisdicción universal: estado actual y perspectivas de evolución", *Revista Española de Derecho Internacional,* Vol. LXVI, 2014, núm.2, pp.81-111.

RODLEY, N., "UN Action Procedures Against "Disappearances", Summary or Arbitrary Executions and Torture", *Human Rights Quarterly,* Vol. 8, 1986, núm. 4, pp. 700-730.

ROHT-ARRIAZA, N. "State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law", *California Law Review*, Vol. 78, 1990, pp. 449-514.

ROHT-ARRIAZA, N., "The Developing Jurisprudence on Amnesty", *Human Rights Quarterly,* Vol. 20, 1998, pp. 843-885.

ROMBOUTS, H., SARDARO, P. y VANDEGINSTE, S., "The Right to Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations of Human Rights", en DE FEYTER, K., PARMENTIER, S., BOSSUYT, M. y LEMMENS, P. (eds.), *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Human Rights Violations*, Intersetia, Antwerpen-Oxford, 2005, pp. 345-503.

ROTH-ARRIAZA, N., "The new landscape of transitional justice", en ROTH-ARRIAZA, N. y MARIEZCURRENA, J., *Transitional Justice in the Twenty-First Century*, Cambridge University Press, 2006.

SALMÓN, E., "Reflections on international humanitarian law and transitional justice: lessons to be learnt from Latin American experience", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, 2006, núm. 862, pp. 327-353.

SALSENCH I LINARES, S., "Francoism facing justice. Enforced disappearances before the Spanish Courts", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, 2013, pp. 463-483.

SARKIN, J. Y FOWLER, C., "Reparations for Historical Human Rights Violations: The International and Historical Dimensions of the Alien Torts Claims Act Genocide Case of the Herero of Namibia", *Human Rights Review,* Vol. 9, 2008, núm. 3, pp.331-360.

SCHABAS, W.A., "Comisiones de la verdad y memoria", en GÓMEZ ISA, F. (dir.), *Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Alberdania, Zarauz, 2006, pp.101-112.

SCHIRMER, J. G., « Those Who Die for Life Cannot be Called Dead: Women and Human Rights Protest in Latin America », *Feminist Review*, Vol. 32, 1989.

SETHI, G. S., "The European Court of Human Rights' Jurisprudence on Issues of Forced Disappearances", *Human Rights Brief,* Vol. 8, 2001, núm. 3.

SHARP, D. N., "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 26, 2013, núm. 1, pp. 149-178.

SUÁREZ, D., "Los conflictos armados internos", en RODRIGUEZ-VILLASANTE, J. L. y otros, *Derecho Internacional Humanitario*, Cruz Roja Española / Tirant lo Blanc Monografías, Valencia, 2007, pp. 713-732.

TAYLER, W., "Background to the Elaboration of the Draft International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, *International Law Commission Review*, 2001, núm. 62-63, pp. 63-72.

TEITEL, R. G., "Transitional Justice Genealogy", *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, 2003, pp. 69-94.

TIGROUDJA, H., « La Cour Européene des Droits de l'Homme face au conflit en Tchétchénie », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, Vol. 17, 2006, pp. 111-140.

VOLIO, F. "Legal personality, privacy, and the family", en HENKIN, L. (ed.) *The International Bill of Human Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981, pp. 185-208.

WAGNER, S., "Identifying Srebrenica's Missing: The "Shaky Balance" of Universalism and Particularism", en LABAN HINTON, A., *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*, Rugters University Press, New Brunswick, 2010.

WITTEN, S. M., "Velasquez Rodríguez Case", *American Journal of International Law*, Vol. 83, 1989, núm. 2, pp. 361-367.

ZALAQUETT, J. "Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting the Past Human Rights Violations", *Hastings Law Journal*, Vol. 43, 1991-1992, pp. 1425-1438.

ZEGVELD, L. "Remedies for war victims", en STAHN, C. y VAN DEN HERIK, L. (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, TMC Asser Presss, La Haya, 2010, pp.211-624.

DOCUMENTACIÓN

TRATADOS INTERNACIONALES

Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*.

I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949.

II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949.

III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de agosto de 1949.

IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949.

Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre 1950.

Resolución 220 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.*

Resolución 220 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 26 de noviembre de 1968, U.N.T.S., vol. 754

Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 9169.

Resolución 3068(XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, *Convención internacional sobre la represión y castigo del apartheid.*

Convención europea sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, adoptada el 25 de enero de 1974 en el marco del Consejo de Europa, ETC núm.82.

Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, de 8 de junio de 1977.

Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, de 8 de junio de 1977.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 27 de julio de 1981.

Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*.

Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura (Serie sobre Tratados, OEA núm. 67), de 9 de diciembre de 1985.

Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (ETS núm. 126), de 26 de noviembre de 1987.

Resolución 44/25, de 20 de novembre de 1989, *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.*

Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, de 9 de junio de 1998.

Resolución 57/199, de 18 de diciembre de 2002, *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*.

Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

Resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006, *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

RESOLUCIONES Y DECISIONES

I. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

1. Asamblea General de las Naciones Unidas

Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, *Declaración Universal de Derechos Humanos.*

Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.*

Resolución 3074 (XXVIII), de 3 de diciembre de 1973, *Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.*

Resolución 3220 (XXIX), de 6 de noviembre de 1974, *Asistencia y cooperación para localizar a las personas desaparecidas o muertas en conflictos armados*.

Resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975, *Declaración sobre la Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*

Resolución 33/172, de 20 de diciembre de 1978, *Personas desaparecidas en Chipre*.

Resolución 33/173, de 20 de diciembre de 1978, *Personas desaparecidas.*

Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.*

Resolución 36/22, de 9 de noviembre de 1981*, Ejecuciones Arbitrarias o Sumarias.*

Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*.

Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*.

Resolución 44/162, de 15 de diciembre de 1989, *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias*.

Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, *Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*.

Resolución 57/215, de 23 de febrero de 2003, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias*.

Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

Resolución 68/156, de 18 de diciembre de 2013, *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.*

2. ECOSOC

Resolución 1982/35, de 7 de mayo de 1982, *Ejecuciones sumarias o arbitrarias.*

Resolución 1989/65, de 24 de mayo de 1989, *Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias.*

3. Comisión de Derechos Humanos

Resolución 20 (XXXVI) de 29 de febrero de 1980, *Question of missing and disappeared persons.*

Resolución 1993/35 de 5 de marzo de 1993, *Question of enforced or involuntary disappearances.*

Resolución 2003/38 de 23 de abril de 2003, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias.*

Resolución 2004/40 de 19 de abril de 2004, *Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias.*

Resolución 2005/66 de 20 de abril de 2005, *El derecho a la verdad.*

4. Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Resolución 1/129 de junio de 2006, *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*.

Decisión 2/105, *El derecho a la verdad,* de 27 de noviembre de 2006.

Resolución 9/11, *El derecho a la verdad*, de 18 de septiembre de 2008.

Resolución 12/12, *El derecho a la verdad*, de 1 de octubre de 2009.

II. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

AG/RES.2175 (XXXVI-0106), de 6 de junio de 2006

AG/RES.443 (IX-0/79), de 31 de octubre de 1979.

AG/RES.666 (XIII-0/83), de 18 de noviembre de 1983.

AG/RES.742 (XIV-0/84), de 17 de noviembre de 1984.

III. UNIÓN EUROPEA

Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de marzo de 2007, sobre las personas desaparecidas en Chipre, P6_TA (2007) 0081, DOUE C 301 E/243-244, de 13 de diciembre de 2007.

IV. UNIÓN AFRICANA

Comisión Africana de Derechos Humanos

Resolution on Guidelines and Measures for the Prohibition and Prevention of Torture, Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Africa, ACHPR/Res.61(XXXII)02, de 23 de octubre de 2002.

OTROS DOCUMENTOS OFICIALES

I. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

1. Asamblea General

Declaración y programa de acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993.

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, A/CONF. 183/9, de 17 de julio de 1998.

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, Comisión Plenaria, Acta resumida de la novena sesión, A/CONF. 183/C.1/SR.9, de 6 de julio de 1999.

Informe sobre la cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, A/57/50/Rev.1, de 2 de julio de 2002.

2. Consejo de Seguridad

Resolución 827, 25 de mayo de 1993.

Resolución 955 (1994), de 8 de novembre de 1994.

Resolución 1315 (2000), de 14 de agosto de 2000.

Resolución 1497 (2003), de 1 de agosto de 2003.

El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004.

El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, S/2011/634, de 12 de octubre de 2011

Resolución 1757 (2007), de 30 de mayo de 2007. *Acuerdo entre las Naciones Unidas y la República Libanesa relativo al establecimiento de un Tribunal Especial para el Líbano*

3. Comisión de Derecho Internacional

Proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Texto del proyecto de artículos aprobado por la CDI en 1996, *Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 48º período de sesiones,* de 6 de mayo a 26 de julio de 1996,

AGNU, Documentos Oficiales, Quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/51/10).

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º periodo de sesiones celebrado en 2001, Suplemento núm. 10 (A/56/10).

Examen de las convenciones multilaterales que pueden resultar pertinentes para la labor de la Comisión de Derecho Internacional sobre el tema "La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)", A/CN.4/630, de 18 de junio de 2010.

La obligación de extraditar o juzgar (aut dedere aut iudicare), Informe final de la Comisión de Derecho Internacional, Yearbook of the International Law Commission, 2014, vol. II (Part Two).

4. Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias

Informes y misiones

Report of the Working .Group on Enforced or Involuntary Disappearances, E/CN.4/1435, de 26 de enero de 1981.

Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, E/CN.4/1983/14, 31 de enero de 1983.

Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias, Informe de su misión en Perú del 17-22 de junio de 1985, E/CN.4/1986/18/Add.1, de 8 de enero de 1986.

Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias, Informe de su misión en Guatemala del 5-9 de octubre de 1987, E/CN.4/1988/19/Add.1, de 21 de diciembre de 1987.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1990/13, de 24 de enero de 1990.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1991/20, de 17 de enero de 1991.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. E/CN.4/1993/25, de 7 de enero de 1993.

Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias, Informe de su misión en Sri Lanka del 25-29 de octubre de 1999, E/CN.4/2000/64/Add.1, 21 de diciembre de 1999.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/2001/68, de 18 de diciembre de 2000.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/2002/79, de 18 de enero de 2002.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/2005/65, de 23 de diciembre de 2004.

Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias, Informe de su misión en Nepal del 6-14 de diciembre de 2004, E/CN.4/2005/65/Add.1, de 28 de enero de 2005.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a Colombia, E/CN.4/2006/56/Add.1, de 17 de enero de 2006.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/4/41, de 25 de enero de 2007.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/10/9, de 6 de febrero de 2009.

Mejores prácticas de la legislación penal nacional en materia de desapariciones forzadas, A/HRC/16/48/Add.3, de 28 de diciembre de 2010.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Misión a España, Doc. A/HRC/27/49/Add.1, de 2 de julio de 2014.

Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/27/49, de 4 de agosto de 2014.

Comentarios generales

General Comment on article 4 of the Declaration, E/CN.4/1996/38, de 15 de enero de 1996.

Observaciones generales sobre el artículo 10 de la Declaración, E/CN.4/1997/34, de 13 de diciembre de 1996.

Observaciones generales sobre el artículo 19 de la Declaración, E/CN.4/1998/43, de 12 de enero de 1998.

Comentario general al artículo 17 de la Declaración, E/CN.4/2001/68, 18 de diciembre de 2000.

Desapariciones, amnistía e impunidad: Observación general sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005.

Comentario General sobre la definición de desapariciones forzadas, A/HRC/7/2, de 10 de enero de 2008.

Comentario General sobre las desapariciones forzadas como crimen de lesa humanidad, A/HRC/13/31, de 21 de diciembre de 2009

Comentario general sobre la desaparición forzada como delito continuado, A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011.

Comentario general sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, de 26 de enero de 2011

General Comment on the right to recognition as a person before the law in a context of enforced disappearances, A/HRC/19/58, de 6 de febrero de 2012.

Métodos de trabajo

Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias, *Revised methods of work of the working group*, 14 de noviembre de 2001.

Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/13/31, Anexo I, de 14 de noviembre de 2009.

Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, A/HRC/WGEID/102/2, de 2 de mayo de 2014**.**

5. Otros documentos de la Comisión, la Subcomisión y el Consejo de Derechos Humanos

Report of the Special Rapporteur on Torture, E/CN.4/1986/15.

Cuestión de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier tipo de detención o prisión¸ Doc. E/CN.4/Sub.2/1989/29/Rev.1, Anexo I, de 27 de octubre de 1989.

Cuestión de los derechos humanos de las persones sometidas a cualquier tipo de detención o prisión, E/CN.4/Sub.2/1990/32, de 29 de agosto de 1990.

Informe del Grupo de Trabajo encargado de examinar el proyecto de declaración sobre la protección de todas las personas contra la desaparición forzada, E/CN.4/1992/19/Rev.1, de 31 de enero de 1992.

Proceso especial sobre las personas desaparecidas en el territorio de la antigua Yugoslavia, informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, miembro del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, E/CN.4/1995/37, de 12 de enero de 1995.

Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, de 2 de octubre de 1997.

Informe del Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia, E/CN.4/Sub.2/1998/19, de 19 de agosto de 1998.

Informe presentado por el Sr. Manfred Nowak, experto independiente encargado de examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, E/CN.4/2002/71, de 8 de enero de 2002.

Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2003/71, de 12 de febrero de 2003

Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2004/59, de 23 de febrero de 2004.

Documento de trabajo del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2004/WG.22/WP.2, de 13 de septiembre de 2004.

Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, E/CN.4/2005/102/Add.1, de 8 de febrero de 2005.

Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2005/66, de 10 de marzo de 2005.

Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2006/57, de 2 de febrero de 2006.

Note verbale dated 20 June 2006 from the Permanent Mission of the United States of America to the United Nations Office at Geneva addressed to the secretariat of the Human Rights Council, A/HRC/1/G/1, de 27 de junio de 2006.

Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Sheinin. Mission to the United States of America, A/HRC/6/17/Add.3, de 22 de noviembre de 2007.

Joint Study on Global Practices in Relation to Secret Detention in the Context of Countering Terrorism of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of

Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, Martin Scheinin; the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak; the Working Group on Arbitrary Detention represented by its Vice-Chair, Shaheen Sardar Ali; and the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances represented by its Chair, Jeremy Sarkin, A/HRC/13/42, de 19 de febrero de 2010.

Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, A/67/368, de 13 de septiembre de 2012.

GTDA, *Deliberation No. 9 concerning the definition and scope of arbitrary deprivation of liberty under customary international law*, Report of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/22/44, de 24 de diciembre de 2013.

6. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, de 9 de enero de 2006.

El derecho a la verdad, A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007.

Folleto informativo Nº 6 (Rev.2), *Desapariciones forzadas o involuntarias,* 1998.

Folleto informativo No. 6/Rev.3, *Desapariciones forzadas o involuntarias, 2009.*

México enfrenta prueba crucial al investigar la muerte y desaparición forzada de estudiantes en Guerrero, disponible en: http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=15155&LangID=S#sthash.D0GvvenO.dpuf

Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1977-2004).

Informe de la OACNUDH sobre el derecho a la verdad y sobre la genética forense y los derechos humanos, A/HRC/15/26, de 24 de agosto de 2010.

7. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Observaciones generales

Comentario General nº 6 sobre el derecho a la vida (artículo 6 del PIDCP), A/37/40 (SUPP), de 22 de septiembre de 1982, Anexo V.

O*bservación general núm. 20. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7)*, A/47/40 (SUPP), de 30 de septiembre de 1992.

General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Article 10), de 10 de abril de 1992.

General Comment No. 29. States of Emergency (article 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, de 31 de agosto de 2001.

Observación general núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004.

Observación general núm. 35: El derecho a la libertad y seguridad personales (artículo 9), CCPR/C/GC/35, de 16 de diciembre de 2014.

Comunicaciones

Comunicación núm. 30/1978, *Bleier v. Uruguay*, dictamen aprobado el 29 de marzo de 1982.

Comunicación núm. 107/1981, *Almeida de Quinteros v. Uruguay*, dictamen aprobado el 21 de julio de 1983.

Communications No. 343, 344 and 345/1988, *R. A. V. N. et al. [names deleted] v. Argentina,* dictamen aprobado el 22 noviembre de 1988.

Comunicación núm. 181/1984, *Arévalo v. Colombia*, dictamen aprobado el 22 de noviembre de 1989.

Comunicación núm. 275/1988, *S. E. (se suprime el nombre) v. Argentina*, dictamen aprobado el 26 de marzo de 1990.

Comunicación núm. 305/1988, *Van Alphen v. Holanda*, dictamen aprobado el 23 de julio de 1990.

Comunicación núm.449/1991, *Mojica v. República Dominicana*, dictamen aprobado el 10 de agosto de 1994.

Comunicación núm. 400/1990, *Rosa Mónaco Gallicchio v. Argentina¸* dictamen aprobado el 3 de abril de 1995.

Comunicación núm. 540/1993, *Celis Laureano v. Perú*, dictamen aprobado el 16 de abril de 1996Comunicación núm. 400/1990, *Rosa Mónaco Gallicchio v. Argentina¸* dictamen aprobado el 3 de abril de 1995.

Comunicación núm. 540/1993, *Celis Laureano v. Perú*, dictamen aprobado el 16 de abril de 1996.

Comunicación núm. 950/2000, *Sarma v. Sri Lanka*, dictamen aprobado el 16 de julio de 2003.

Comunicación núm. 1134/2002, *Gorji-Dinka v. Camerún*, dictamen aprobado el 15 de marzo de 2005.

Comunicación núm. 1078/2002, *Yurich v. Chile*, dictamen aprobado el 2 de noviembre de 2005

Comunicación núm. 1297/2004, *Medjnoune v. Algeria*, dictamen aprobado el 14 de julio de 2006.

Comunicación núm. 1327/2004, *Grioua v. Algeria*, dictamen aprobado el 10 de julio de 2007.

Comunicación núm. 1328/2004, *Kimouche c. Argelia*, dictamen aprobado el 10 de julio de 2007.

Comunicación núm.1422/2005, *El Hassy v. Libia*, dictamen aprobado el 24 de octubre de 2007.

Comunicación núm. 1439/2005, *Aber v. Algeria*, dictamen aprobado el 13 de julio de 2007.

Comunicación núm. 1495/2006*, Madoui v. Algeria*, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008.

Comunicación núm.1469/2006, *Sharma v. Nepal*, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2008.

Comunicación núm. 1588/2007, *Benaziza v. Algeria*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2010.

Comunicación núm. 1640/2007, *El Abani v. Libia*, dictamen aprobado el 26 de julio de 2010.

Comunicación núm. 1776/2008, *Bashasha v. Libia*, dictamen aprobado el 20 de octubre de 2010.

Comunicación núm. 1751/2008, *Aboussedra v. Libia*, dictamen aprobado el 25 de octubre de 2010.

Comunicación núm. 1780/2008, *Aouabdia v. Algeria*, dictamen aprobado el 22 de marzo de 2011.

Comunicación núm. 1881/2008, *Chihoub v. Algeria*, dictamen aprobado el 31 de octubre de 2011.

Comunicación núm. 1781/2008, *Djebrouni v. Algeria*, dictamen aprobado el 31 de octubre de 2011.

Comunicación núm. 1905/2009, *Ouaghlissi v. Algeria*, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2012.

Comunicación núm. 1753/2008, *Guezout v. Algeria*, dictamen aprobado el 19 de julio de 2012.

Comunicación núm. 1865/2009, *Sedhai v. Nepal*, dictamen aprobado el 19 de julio de 2013.

Informes de los Estados

Observaciones finales sobre Guatemala, CCPR/C/79/Add.63, 3 de abril de 1996.

Observaciones finales sobre Chile, CCPR/C/79/Add.104, de 30 de marzo de 1999.

Observaciones finales sobre Argentina, CCPR/CO/70/ARG, de 3 de noviembre de 2000.

Observaciones finales sobre Perú, CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000.

Observaciones finales sobre El Salvador, CCPR/CO/78/SLV, de 22 de agosto de 2003.

Observaciones finales sobre Estados Unidos de América, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, de 18 de diciembre de 2006.

Comentario del Gobierno de los Estados Unidos de América sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1/Add.1, de 12 de febrero de 2008.

Observaciones finales sobre Argelia, CCPR/C/DZA/CO/3, de 12 de diciembre de 2007.

Observaciones finales sobre España, CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2008.

8. Comité contra la tortura

Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Estados Unidos de América, CAT/USA/CO/2, de 25 de julio de 2006.

Observaciones finales sobre España, ONU Doc. CAT/C/ESP/CO/5, de 19 de noviembre de 2009.

Observación general núm. 2. Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, CAT/C/GC/2, de 24 de enero de 2008.

Observación general núm. 3, Aplicación del artículo 14 por los Estados Parte, CAT/C/GC/3, de 13 de diciembre de 2012.

Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados de los Estados Unidos de América, CAT/C/USA/CO/3-5, de 19 de diciembre de 2014.

9. Comité contra la desaparición forzada

Statement on the Ratione Temporis Element in the Review of Reports Submitted by States Parties under the International Convention for the Protection af All Persons from Enforced Disappearance, de 15 de noviembre de 2013.

Observaciones finales sobre España, CED/C/ESP/CO/1, de 12 de diciembre de 2013.

10. Otros

Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo

Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Manual sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias, E/ST/CSDHA/12, de mayo de 1991.

II. CONSEJO DE EUROPA

Explanatory Report on Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto (ETS No.46), 16 de septiembre de 1963.

Guidelines on Eradicating Impunity for serious Human Rights Violations, de 30 de marzo de 2011.

Asamblea parlamentaria

Disappeared persons in Belarus, Recomendación 1657, de 28 de abril de 2004.

Disappeared persons in Belarus, Resolución 1371, de 28 de abril de 2004.

Enforced disappearances. Report to Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr. Christos Pourgourides, Doc. 10679, de 19 de septiembre de 2005.

Enforced disappearances, Resolución 1463, de 3 de octubre de 2005.

Enforced disappearances, Recomendación 1719, de 3 de octubre de 2005.

Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report, Rapporteur: Mr. Dick Marty, Doc. 11302 rev., de 7 de junio de 2006.

Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states, Resolución 1507, de 27 de junio de 2006.

Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees involving Council of Europe member states, Recomendación 1754, de 27 de junio de 2006.

Legal remedies for human rights violations in the North-Caucasus Region, Rapporteur: Mr. Dick Marty, Doc. 12276, de 4 de junio de 2010.

The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, Report to Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr. Christos Pourgourides, Doc. 12880, de 23 de febrero de 2012

TEDH, *Factsheet-Armed Conflicts*, noviembre 2014.

*Examination of the European Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitation to Crimes against Humanity and War Crimes,*Estrasburgo, 19-20 marco de 2015

III. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Informe sobre Chile. Capítulo IX: detenciones por tiempo indeterminado y personas desaparecidas, OEA/Ser.L/V/II.34, 25 octubre de 1974.

Informe sobre Argentina, *Capítulo III: El problema de los desaparecidos. A. Consideraciones generales*, OEA/Ser. L/V/II.49, doc. 19, de 11 abril 1980.

"Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", *Informe Anual 1986-1987,* OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, de 22 de septiembre 1987, Cap. V.II.

"Estudio sobre la situación de los hijos menores de personas desaparecidas que fueron separados de sus padres y son reclamados por miembros de sus legítimas familias", *Informe Anual*, 1987-88, Cap. V, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev.1, de 16 septiembre 1988, Inter-American Yearbook on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, octubre 1991.

"Proyecto de Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas", *Informe Anual 1987-88*, Cap. V, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10 rev.1, de 16 septiembre 1988, Inter-American Yearbook on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, octubre 1991, pp.501-523.

Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 5 rev.1, de 7 de marzo 2006.

TRIBUNALES INTERNACIONALES E HÍBRIDOS

Corte Penal Internacional

Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998.

ASAMBLEA DE ESTADOS PARTE, *Elementos de los crímenes,* Doc. ICC-ASP/1/3 (parte II-B), de 9 de septiembre de 2002.

Cámaras Especiales para los Crímenes Graves en Timor Oriental

UNTAET, Regulation No. 2000/15 *on the establishment of panels with exclusive jurisdiction over serious criminal offences*, de 6 de junio de 2000.

Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya

Law On The Establishment Of Extraordinary Chambers In The Courts Of Cambodia For The Prosecution Of Crimes Committed During The Period Of Democratic Kampuchea, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004 (NS/RKM/1004/006).

Salas Africanas Extraordinarias de Senegal

Agreement between the government of the republic of Senegal and the African Union on the establishment of Extraordinary African Chambers within the senegalese judicial system, de 22 de agosto de 2012.

Statut des Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises pour la poursuite des crimes internationaux commis au Tchad durant la période du 7 juin 1982 au 1er décembre 1990, de 22 de agost de 2012.

JURISPRUDENCIA

Corte Permanente Internacional de Justicia y Corte Internacional de Justicia

CPIJ, *Case concerning the Factory at Chrozów (Claim for indemnity Merits¸ núm.* 13, Series A, de 13 de septiembre de 1928,

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. *Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012.*

Tribunal Militar Internacional de Nuremberg

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal. Nuremberg, 14 November 1945 – 1 October 1946.

OFFICE OF UNITED STATES CHIEF OF COUNSEL FOR PROSECUTION OF AXIS CRIMINALITY, Nazi Conspiracy and Aggression, Vol. 7, Doc. núm. L-90, United States Government Printing Office, Washington, 1946.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Akhmadova and Sadulayeva v. Russia, no. 40464/02, 10 May 2007

Al Nashiri v. Poland, no. 28761/11, 24 July 2014.

Aslakhanova and Others v. Russia, nos. 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 and 42509/10, 18 December 2012.

Avkhadova and others v. Russia, no. 47215/07, ECHR 2013.

Baysayeva v. Russia, no. 74237/01, 5 April 2007.

Bazorkina v. Russia, no. 69481/01, 27 July 2006.

Bazorkina v. Russia, no. 69481/01, 27 July 2006.

Çakıcı v. Turkey [GC], no. 23657/94, ECHR 1999-IV.

Charalambous and Others v. Turkey (dec.), nos. 46744/07 et al., 1 June 2010.

Çiçek v. Turkey, no. 25704/94, 27 February 2001.

Cyprus v. Turkey [GC], no. 25781/94, ECHR 2001-IV.

El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia [GC], no. 39630/09, ECHR 2012.

Er and Others v. Turkey, no. 23016/04, 31 July 2012.

Gutiérrez Dorado and Dorado Ortiz v. Spain (dec.), no. 30141/09, 27 March 2012.

Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland, no. 7511/13, 24 July 2014.

Imakayeva v. Russia, no. 7615/02, ECHR 2006-XIII (extracts).

Ireland v. the United Kingdom, 18 January 1978, Series A no. 25.

Janowiec and Others v. Russia [GC], nos. 55508/07 and 29520/09, ECHR 2013.

Karefyllides and Others v. Turkey (dec.), no. 45503/99, 1 December 2009.

Kurt v. Turkey, 25 May 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-III.

Luluyev and Others v. Russia, no. 69480/01, ECHR 2006-XIII (extracts).

Meryem Çelik and Others v. Turkey, no. 3598/03, 16 April 2013.

Orhan v. Turkey, no. 25656/94, 18 June 2002.

*Orphanou and Others v. Turke*y (dec.), nos. 43422/04 et al., 1 December 2009.

Ould Dah v. France (dec.), no. 13113/03, ECHR 2009.

Pitsayeva and Others v. Russia, nos. 53036/08, 61785/08, 8594/09, 24708/09, 30327/09, 36965/09, 61258/09, 63608/09, 67322/09, 4334/10, 4345/10, 11873/10, 25515/10, 30592/10, 32797/10, 33944/10, 36141/10, 52446/10, 62244/10 and 66420/10, 9 January 2014.

Taş v. Turkey, no. 24396/94, 14 November 2000.

Timurtaş v. Turkey, no. 23531/94, ECHR 2000-VI.

Turluyeva v. Russia, no. 63638/09, 20 June 2013.

Varnava and Others v. Turkey [GC], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, ECHR 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Anzualdo Castro c. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2009.

Bámaca Velásquez c. Guatemala, Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Barrios Altos c. Perú, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001

Benavides Cevallos c. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de junio de 1998.

Blake c. Guatemala, Fondo, Sentencia de 24 de enero de 1998.

Caballero Delgado y Santana c. Colombia, Fondo, Sentencia de 8 de diciembre de 1995.

Caballero-Delgado y Santana c. Colombia, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, reparaciones de 29 de enero de 1997.

Caracazo c. Venezuela, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de agosto de 2002,

Castillo Páez c. Perú, Fondo, Sentencia de 3 de noviembre de 1997.

Castillo Páez c. Perú, Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998.

Chitay Nech y otros c. Guatemala¸ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010.

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de marzo de 2006.

Contreras y otros c. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2011.

Fairén Garbi y Solís Corrales c. Honduras, Fondo, Sentencia de 15 de marzo de 1989.

García y familiares c. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2012.

Gelman c. Uruguay, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011.

Godínez Cruz c. Honduras, Fondo, Sentencia de 20 enero de 1989.

Goiburú y otros c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

Gomes Lund y otros ("Guerrilha Do Araguaia") c. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010.

González Medina y familiares c. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2012.

Gudiel Álvarez y Otros ("Diario Militar") c. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

Heliodoro Portugal c. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008.

Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador¸ Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de marzo de 2005.

Hermanas Serrano Cruz c. Salvador, Excepciones preliminares, Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010.

La Cantuta c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

Masacres del Rio Negro c. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012.

Molina Theissen c. Guatemala, Fondo, Sentencia de 4 de mayo de 2004.

Neira Alegría y otros c. Perú, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 1996.

Osorio Rivera y familiares c. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013.

Saramaka c. Suriname, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Ticona Estrada y otros c. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008.

Torres Millacura y otros c. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de agosto de 2011.

Trujillo Oroza c. Bolivia, Fondo, Sentencia de 26 de enero de 2000

Trujillo Oroza c. Bolivia, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2002.

Velásquez Rodríguez c. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Villagrán Morales y otros (caso "Niños en la calle") c. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Case nº IT-96-22-T, sentencia de 26 de noviembre de 1996.

Prosecutor v. Anto Furundzija, Case Nº. IT-95-17/1-T, sentencia de 10 de diciembre de 1998.

Prosecutor v. Kupreskic et al, Case nº IT-95-16-T, sentencia de 14 de enero de 2000.

Prosecutor v. Radislav Krstic, Case nº IT-98-33-T, sentencia de 2 de agosto de 2001.

Prosecutor v. Kunarac et al., Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, sentencia de 22 de febrero de 2001.

Tribunal de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina

Palic v. Republika Srpska, Case nº CH/99/3196, decision on admissibility and merits, de 11 de enero de 2001.

Unkovik v. Federation of Bosnia and Herzegovina, Case nº CH/99/2150, decision on admissibility and merits, de 9 de noviembre de 2001, y decision review, de 10 de mayo de 2002.

Srebrenica Cases v. Republika of Srpska (49 applications), Case nos. CH/01/8365, CH/01/8397, CH/01/8398, CH/01/8399, CH/01/8410, CH/01/8411, CH/01/8412, CH/01/8414, CH/01/8428, CH/01/8484, CH/01/8487, CH/01/8521, CH/02/8842, CH/02/8927, CH/02/9357, CH/02/9375, CH/02/9385, CH/02/9390, CH/02/9403, CH/02/9427, CH/02/9431, CH/02/9433, CH/02/9470, CH/02/9484, CH/02/9485, CH/02/9486, CH/02/9487, CH/02/9505, CH/02/9506, CH/02/9507, CH/02/9508, CH/02/9513, CH/02/9514, CH/02/9515, CH/02/9528, CH/02/9529, CH/02/9530, CH/02/9532, CH/02/9542, CH/02/9546, CH/02/9547, CH/02/9548, CH/02/9549, CH/02/9550, CH/02/9552, CH/02/9553, CH/02/9594, CH/02/9595, and CH/02/9596 de 7 de marzo de 2003,

Popovic v. Federation of Bosnia and Herzegovina, Case nº CH/02/10074, decision on admissibility and merits, de 7 de noviembre de 2003

Jovanovic v. Federation of Bosnia and Herzegovina, Case nº CH/02/9180, decision on admissibility and merits, de 5 de diciembre de 2003.

Smajic, Cosic, Dzafic v. Republika Srpska, Cases nº CH/02/8879 et al., decision on admissibility and merits, de 5 de diciembre de 2003.

Huskovic and others v. Federation of Bosnia and Herzegovina, Cases nº CH/02/12551 et al, decision on admissibility and merits, de 22 de diciembre de 2003.

Malkic and others v. Republika Srpska, Cases nº CH/02/9358 et al., decision on admissibility and merits, de 22 de diciembre de 2003.

Mujic and others v. Republika Sprska, Cases nº CH/02/10235, decision on admissibility and merits, de 22 de diciembre de 2003.

Corte Penal Internacional

Pre-Trial Chamber II, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19-Corr., de 31 de marzo de 2010.

Tribunal Especial para Sierra Leona

Prosecutor v. Kallon (Case No. SCSL-2004-15-AR72 (E))

Prosecutor v. Bazzy Kamara (Case No. SCSL-2004-16- AR72 (E)), Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty, de 13 de marzo de 2004,

Salas Extraordinarias en las Cortes de Camboya

SECC, Pre-Trial Chamber of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, *Decision on Ieng Sary's Appeal Against the Closing Order*, Criminal Case File No. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC75), 11 April de 2011.

Jurisprudencia nacional

España

Tribunal Supremo, STS 101/2012, del 27 de febrero de 2012.

Argentina

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Guarino, Mirta s/ querella", sentencia del 27 de diciembre de 1996.

Corte Suprema de Justicia de la Nación "Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación", sentencia de 30 de septiembre de 2003.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa G.291.XXXVIII. "Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años, sentencia de 11 de agosto de 2009.

COMISIONES DE LA VERDAD

Argentina

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), Decreto 187/83 de Presidencia, Informe final "Nunca Más", Buenos Aires, septiembre de 1984.

Disponible en la web: http://www.nuncamas.org/investig/investig.htm.

Brasil

Comisión Nacional de la Verdad de Brasil, ley 12.528 de 18 de diciembre de 2011.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, *Relatório*. *Parte I – A Comissão Nacional da Verdade* , Vol. 1, diciembre de 2014.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, *Relatório. Parte III: métodos e práticas nas graves violações de direitos humanos e suas vítimas*, vol. III, diciembre de 2014.

Chile

Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, Decreto Supremo N° 355 de 25 de abril de 1990. *Informe final de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile*, Andros Impresores, reedición 1996, tomo I.

El Salvador

Comisión de la Verdad, *De la locura a la esperanza. La guerra de 12 años en el Salvador*, Informe final, S/25500, Anexo, 1 de abril de 1993.

Guatemala

Memoria del silencio: informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas, Guatemala, junio de 1999.

Marruecos

Comisión Nacional de Equidad y Reconciliación, Dahir (Real Decreto) Núm. 1.04.42 del 19 de Safar 1425 (10 abril de 2004).

Perú

Comisión de la Verdad y Reconciliación, Decreto Supremo Nº 065-2001-PCM, del 4 de junio de 2001, complementado luego por Decreto Supremo Nº 101-2001-PCM.

Declaración conjunta del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, la Comisión de la Verdad y Reconciliación y la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Plataforma conjunta de trabajo de investigación de fosas comunes, Lima, junio de 2002.

Plan Nacional de Intervención Antropológico-Forense, Informe final, Tomo IX, Cuarta Parte: *Recomendaciones de la CVR, Hacia un compromiso nacional por la reconciliación*, Lima, 28 de agosto de 2003.

Iniciativa sobre Personas Desaparecidas conformada por la CVR, la Defensoría del Pueblo, la CNDDHH y el CICR, Informe final, Anexo V, 28 de agosto de 2003.

Informe final: el proceso de exhumación de fosas¸ Apéndice 2, de 28 de agosto de 2003.

Informe final: recomendaciones, de 28 de agosto de 2003.

COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 2012-2013: Diez Años del Informe Final de la CVR, Lima, 2014

Sudáfrica

Promotion of National Unity and Reconciliations Act, de 19 de julio de 1995. http://www.justice.gov.za/trc/

LEGISLACIÓN Y DOCUMENTOS ESTATALES

Argelia

Ordenanza núm. 06-01 sobre la Carta por la paz y la reconciliación nacional, el 27 de febrero de 2006.

Argentina

Ley de Punto Final, No. 23.492, de 23 de diciembre de 1986.

Ley Nacional Argentina 23.511/87, de 13 de mayo de 1987, por la cual se crea el Banco Nacional de Datos Genéticos con base en el Hospital Durand de Buenos Aires.

Ley de Ausencia por Desaparición Forzada, Ley 24.321, de 11 de mayo de 1994.

Ley 26/2000, de 5 de enero de 2007.

Bosnia y Herzegovina

Law on Missing Persons, 21 de octubre de 2004.

Brasil

Ley de Amnistía núm. 6.683, de 29 de agosto de 1979.

Croacia

Law on General Amnesty, No. 80/96, de 20 septiembre de 1996

España

Ley de Amnistía 46/1977, de 15 de octubre.

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Estados Unidos de América

Executive order: Review and disposition of individuals detained at the Guantánamo Bay Naval Base and closure of detentions facilities, de 22 de enero de 2009.

Executive order: Review of detention policy options, de 22 de enero de 2009.

Executive order: Ensuring Lawful Interrogations, de 22 de enero de 2009.

SENATE SELECT COMMITTEE ON INTELLIGENCE, *Committee Study on the Central Intelligence Agency's Detention and Interrogation Program*, Declassification Revisions December 3, 2014.

Guatemala

Ley de reconciliación nacional, Decreto 145-1996, de 27 de diciembre de 1996

Nepal

Commission on Investigation of Disappeared Persons, Truth and Reconciliation Act, de 25 de abril de 2014.

Uruguay

Ley 17.894 "Personas cuya desaparición forzada resultó confirmada por el anexo 3.1 del Informe Final de la Comisión para la Paz", de 6 de septiembre de 2005.

INFORMES DE ONG Y OTROS INFORMES

ABUELAS DE PLAZA DE MAYO, *La historia de Abuelas. 30 años de búsqueda,* 2007.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Russian Federation. What justice for Chechnya's disappeared?,* EUR 46/015/2007, mayo 2007.

AMSTERDAM INTERNATIONAL LAW CLINIC, *Enforced Disappearances as continuing violations*, 7 de mayo de 2002.

CICR, *Annual Report 2006*, Ginebra.

CICR, Derecho internacional humanitario y terrorismo: respuestas a preguntas clave [en línea]. 5 de mayo de 2005. Disponible en: www.icrc.org/spa.

CICR, *Informe del CICR: las personas desaparecidas y sus familiares. Resumen de las conclusiones de consultas anteriores a la Conferencia Internacional de expertos gubernamentales y no gubernamentales (del 19 al 21 de febrero de 2003)*.

CICR, *Las personas desaparecidas y sus familiares. Documentos de referencia*, Ginebra, febrero de 2004.

CICR, *Personas desaparecidas. Una tragedia olvidada*, Ginebra, agosto de 2007.

CICR, *The missing. ICRC Progress Report*, agosto 2006. Disponible en: www.icrc.org/spa.

CICR, *The missing: end of silence. ICRC progress report*, Ginebra, agosto 2006.

Consenso Mundial de principios y normas sobre el trabajo psicosocial en procesos búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias o extrajudiciales adoptados en Bogotá, Colombia, en el 2010,

HUMAN RIGHTS WATCH AND OTHERS, *Off the Record: U.S. Responsibility for Enforced Disappearances in the "War on Terror"*, 2007, at 3-5, disponible en: http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/usa/ct0607/ct0607web.pdf

ICMP, *Factsheet: BiH, Missing Persons From The Armed Conflicts Of The 1990s: A Stocktaking*, ICMP.DG.945.1.doc, Sarajevo, 16 de noviembre de 2014.

ICMP, *U.S. Helsinki Commission Hearing:"Healing The Wounds Of Conflict And Disaster: Clarifying The Fate Of Missing Persons In The OSCE" Intervention by Her Majesty Queen Noor, ICMP Commissioner*, ICMP.DG.415.4.doc, 28 de febrero de 2012.

LA ROSA, A., *Preventing and Repressing International Crimes: Towards an "Integrated" Approach Based on Domestic Practice*, CICR, Vol. 1, Ginebra, febrero 2014.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Globalizing torture. CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, Nueva York, 2013, disponible en: www.opensocietyfoundations.org (consultado por última vez el 20 de abril de 2015);

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE, *Globalizing torture. CIA Secret Detention and Extraordinary Rendition*, Nueva York, 2013.

SELECCIÓN DE WEBS

Amnistía Internacional: http://www.amnesty.org

Asian Federation Against Involuntary Disappearances (AFAD): http://www.afad-online.org/about/what-is-afad

Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos (PRO-BÚSQUEDA): http://www.probusqueda.org.sv/

Avalon Project. Documents in Law, History and Diplomacy (Yale Law School): http://avalon.law.yale.edu

Banc D'ADN per a la futura investigaació dels parents desapareguts a la Guerra Civil: http://femfum.com/OnEtsOncleGuillem/072012BancADNguerraCivil.pdf:

Chambres Africaines Extraordinaires: http://www.chambresafricaines.org/

Coalición por la Corte Penal Internacional: http://www.iccnow.org

Collectif des Familles de Disparus en Algérie (CFDA): http://www.algerie-disparus.org/

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: http://www.oas.org/es/cidh/

Consejo de Europa: www.coe.int

Corte Interamericana de Derechos Humanos: http://www.corteidh.or.cr

Corte Internacional de Justicia: http://www.icj-cij.org

Corte Penal Internacional: http://www.icc-cpi.int

Derechos / Equipo Nizkor: http://www.derechos.org

Equipo Argentino de Antropologia Forense: http://www.eaaf.org/

Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos (FEDEFAM): www.desaparecidos.org/fedefam

Fédération Internationale des Droits de l'Homme (FIDH) : https://www.fidh.org

Fundación Antropología Forense de Guatemala: http://www.fafg.org.

Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina: http://www.hrc.ba/

Human Rights Watch: http://www.hrw.org

International Center for Transitional Justice (ICTJ): https://www.ictj.org/

International Coalition Against Enforced Disappearances (ICAED): http://www.icaed.org/

International Commissión of Jurists (ICJ): http://www.icj.org/

International Commission on Missing Persons: www.ic-mp.org.

International Committee of the Red Cross: http://www.icrc.org

Judicial System Monitoring Programme Timor-Leste: http://www.jsmp.minihub.org

Khmer Rouge Trial Task Force: http://www.cambodia.gov.kh/krt

Mediterranean Federation of Families of Disappeared (FEMED): http://www.disparitions-euromed.org/

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: http://www.ohchr.org

Organización de Estados Americanos: http://www.oas.org

Organización de las Naciones Unidas: http://www.un.org

Salas Extraordinarias para el Enjuiciamiento del Khmer Rojo: http://www.eccc.gov.kh

Stichting Russian Justice Initiative (STJI): http://www.srji.org/en/

The Amnesty Law Database: http://incore.incore.ulst.ac.uk/Amnesty/about.html

Transitional Justice Database, realizada por Olsen, T. D., Payne, L. A. y Reiter, A. G: https://sites.google.com/site/transitionaljusticedatabase/home

TRIAL: http://www.trial-ch.org

Tribunal Especial para Sierra Leona: http://www.rscsl.org/

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: http://www.echr.coe.int

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia: http://www.icty.org

Tribunal Penal Internacional para Ruanda: http://www.ictr.org

Unión Africana: http://www.africa-union.org

Unión Europea: http://europa.eu

United Nations Treaty Collection: http://treaties.un.org